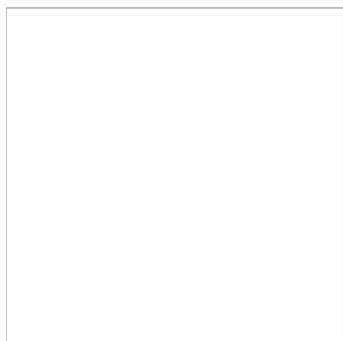


Soyla H. León Tovar

contratos mercantiles

OXFORD

Soyla H. León Tovar



Egresada con mención honorífica de la Facultad de Derecho de la UNAM y doctora en Derecho con mención honorífica por la Universidad Panamericana. Es autora de los libros *Contratos mercantiles* y *El arrendamiento financiero en el derecho mexicano (leasing)*, así como coautora de *La firma electrónica avanzada* y *Derecho mercantil*.

Ha publicado diversos artículos en las materias contractual y societaria en revistas como el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* del Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ) de la UNAM y *Perspectiva jurídica* de la Universidad Panamericana, en Guadalajara; en el libro homenaje al maestro Jorge Barrera Graf; los Cuadernos del IIJ; el *Diccionario jurídico mexicano* del IIJ y el *Diccionario de derecho mercantil* de la UNAM.

Ha sido profesora en la Facultad de Derecho de la UNAM, la Escuela de Derecho de la Universidad Lasalle, el Colegio Superior de Ciencias Jurídicas (Humanitas), el Colegio Enrique Díaz de León y la Universidad Panamericana, en las materias Contratos mercantiles, Sociedades mercantiles, Operaciones de crédito y Comercio internacional. Ha sido profesora invitada en las universidades de Colima, Panamericana en Aguascalientes y Culiacán, Lasalle en León, y de la Asociación Nacional de Abogados de Empresa; asimismo, ha impartido cursos de actualización al Poder Judicial de Guanajuato y al de Coahuila. Actualmente es profesora en Sociedades mercantiles y Derecho societario en la licenciatura y el posgrado de la Universidad Panamericana.

Ha impartido diversas conferencias en materia de derecho mercantil, firma electrónica, contratos, sociedades mercantiles, gobierno corporativo y normas antilavado de dinero. Es presidenta de la Academia de Derecho Mercantil de la Universidad Panamericana, campus Guadalajara. Fue investigadora por oposición de Derecho mercantil en el IIJ; coordinadora del Área de Derecho Mercantil y del *Diccionario jurídico mexicano*, del IIJ.

Desde 1989 ha sido abogada litigante y asesora en derecho mercantil y civil, especialmente en sociedades mercantiles, fusiones, escisiones y liquidaciones, contratos, pactos parasociales, conflictos de socios, sociedades promotoras de inversión (SAPI), gobierno corporativo y planeación patrimonial. Actualmente es profesora investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, campus Guadalajara.

Logo de oxford

Oxford University Press es un departamento de la Universidad de Oxford, el cual promueve los objetivos de excelencia en la investigación, el aprendizaje y la educación, mediante publicaciones en todo el mundo.

Oxford es una marca registrada de Oxford University Press en el Reino Unido, México y otros países.

D.R. © Oxford University Press México, S.A. de C.V., 2015
Av. Insurgentes Sur 1602, int. 11-1101, Col. Crédito Constructor, Benito Juárez
Ciudad de México, C.P. 03940
www.oup.com.mx

CONTRATOS MErCANTILES

Textos Jurídicos Universitarios

Segunda edición: junio de 2016

ISBN 978-607-426-555-2

Autora: Soyla H. León Tovar

Gerente de derecho y ciencias sociales: Karina Salgado Peña

Gerente de operaciones: Miguel Ángel Castro N.

Coordinadora editorial: Lilia Guadalupe Aguilar Iriarte

Edición: Rutilo Olvera Argüello

Portada: César Caballero Arango

Diseño y formación: Estudio César Caballero

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

Se terminó de imprimir en los talleres de Litoprocess, S.A. de C.V.

San Francisco Cuautlalpan núm. 102-A, Col. San Francisco Cuautlalpan, C.P. 53569, Naucalpan, Estado de México.

En su composición se emplearon las familias tipográficas

CoconOT (9 y 11 pts.), Cronos Pro (9 y 11 pts.), Miso (9 y 11 pts.), Myriad Pro (9 y 11 pts.), sobre papel Bond Kromos blanco Alta Opacidad de 68 g.

Impreso en México

La transformación a libro electrónico del presente título fue realizada por Sextil Online,
S.A. de C.V./ Ink it ® 2018.

+52 (55) 52 54 38 52

contacto@ink-it.ink

www.ink-it.ink

A Hugo González García, con todo mi cariño
y agradecimiento por su apoyo incondicional, su
paciencia en tantas noches de desvelo y lo feliz que he sido a su lado

A nuestras amadas hijas, Ana Magdalena y María Bárbara,
de quienes me siento muy orgullosa y afortunada

A la memoria de mis padres,
Francisco H. León Romero y Ma. Consuelo Tovar,
quienes además de darme la vida, me dieron su cariño y
su ejemplo de trabajo, constancia y gratitud

A mis hermanos Ma. Asunción, César, Irma, Gloria, Baltazar,
Maricela, Arminda, Francisco, Mireya, Rufino y Víctor
Hugo, por todo su cariño, ayuda y unión familiar.
A mis hermanos, cuñados y sobrinos que han seguido
la noble profesión de abogados

A la Universidad Panamericana
A la Facultad de Derecho de la unam

En recuerdo de mis dos muy queridos Maestros:
Jorge Barrera Graf y Arturo Díaz Bravo

A mis alumnos

Índice de contenido



Prólogo a la segunda edición

1. Obligaciones mercantiles

Fuentes de las obligaciones mercantiles

La ley

Acto jurídico o negocio jurídico

El contrato

Declaración unilateral de voluntad

Estipulación a favor de tercero

Gestión de negocios

Responsabilidad objetiva

Enriquecimiento sin causa o ilegítimo

Pago de lo indebido

Acto ilícito

Usos y costumbres mercantiles

Distinción entre contratos civiles y mercantiles

El acto de comercio

Concepto de contrato mercantil

Clasificación de los contratos mercantiles

Típicos o nominados y atípicos o innominados

Contratos típicos

Contratos atípicos

Contratos atípicos en México

Confirming o confirmación financiera

Derivado

DIP *Financing* (*Debtor-In-Possession Financing*) o créditos emergentes

Electrónicos o telemáticos

Escrow

Forfaiting

Forward

Fractional ownerships o multipropiedad

Hosting

Llave en mano (*turnkey*)

Management

Merchandising

Partenariat

Patrocinio publicitario, esponsorización o *sponsoring*

Permuta publicitaria (*bartering*)

Product placement

Stand

Suministro llave en mano

Swaps, bono clip, cuota segura, permuta financiera o seguro de cobertura de tipos de interés

Testimonial

Tiempo compartido (*time sharing*)

Underwriting

Contratos mixtos y normativos

Contratos mixtos

Contratos normativos

Contratos abiertos y cerrados

Contratos abiertos

Contratos cerrados

Contratos unilaterales y bilaterales o sinalagmáticos y plurilaterales

Contratos unilaterales

Contratos bilaterales

Contratos plurilaterales

Contratos onerosos y gratuitos

Contratos onerosos

Contratos gratuitos

Contratos conmutativos y aleatorios

Contratos conmutativos

Contratos aleatorios

Contratos preparatorios y definitivos

Contratos preparatorios

Contratos definitivos

Contratos principales y accesorios

Contratos principales

Contratos accesorios

Contratos consensuales y reales

Contratos consensuales

Contratos reales

Contratos de ejecución instantánea y de tracto sucesivo

Contratos de ejecución instantánea

Contratos de tracto sucesivo

Contratos de adhesión y de libre discusión o bilateralmente discutidos

Contratos de libre discusión

Contratos de adhesión

Contratos de cambio, de colaboración y asociativos

Contratos de cambio o de contraprestación

Contratos de colaboración

Contratos de organización

Contratos asociativos

Uniones de contratos

Contratos vinculados o coaligados

Contratos múltiples

Contratos combinados

Contratos compensatorios

Compraventa compensatoria (*counter purchase*)

Compraventa con pacto de compra (*buy back*)

Compensación industrial (*offset*)

Intercambio de créditos de compra de activos (APC, *Asset Purchase Credit*)

Contratos conexos

Relatividad del contrato (*res inter alios acta*) y contratos conexos

Régimen jurídico de los contratos

Interpretación de los contratos

Reglas de Pothier sobre interpretación de los contratos

Reglas de interpretación de los contratos en el Código Civil

Interpretación de los contratos y la jurisprudencia

Teorías para la integración de los contratos atípicos

Principios de los contratos mercantiles

Licitud de los contratos mercantiles

Autonomía de la voluntad

Límites a la autonomía de la voluntad

Límites de orden o interés público

Límites en atención a las leyes prohibitivas

Límites a la renuncia de derechos

Límites por las buenas costumbres

Límites por los derechos humanos

Pacta sunt servanda

Buena fe

Abuso del derecho

Actos propios (*estoppel*)

Retraso desleal o mora del acreedor (*Verwirkung*)

Principios del comercio electrónico

Ilícitud en los contratos mercantiles

Contratos nulos

Contratos en fraude de acreedores

Venta de bienes dados en prenda sin transmisión de posesión

Contratos que constituyen prácticas monopólicas absolutas

Cláusulas nulas

Estipulación de contrato por persona por nombrar

Exención de responsabilidad por dolo

Pacto de retroventa

Cláusula de devaluación

Indemnización de seguros condicionada

Cláusulas que implican prácticas monopólicas relativas o verticales

Anatocismo

Cláusulas abusivas

Cláusulas nulas en los contratos de servicios de acceso a internet

2. Normas generales y especiales de los contratos mercantiles

Normas generales

Supletoriedad e incorporación

Plazo de cumplimiento

Obligaciones con plazo

Obligaciones sin plazo

Plazo razonable

Lugar de pago

Mora

Intereses

Interés convencional

Interés legal

Interés lesivo

Interés usurario

Cláusula penal

Lesión

Arras

Obligaciones en pesos (pago en efectivo y pago en especie)

Pago en especie

Obligaciones en dólares

Obligaciones en Udis

Privacidad de datos personales

Prescripción en los contratos mercantiles

Compraventa mercantil

Corretaje

Derecho marítimo

Sociedades mercantiles

Seguros

Fianzas

Depósitos bancarios

Prenda sin transmisión de posesión

Cuenta corriente

3. Formación del contrato mercantil

Instrumentos de formación progresiva de los contratos

Carta de intención (*Letter of Intent*)

Memorándum de entendimiento (*Understanding*)

Carta opción

Formación del contrato

Oferta

Policitación

Consentimiento

Contratos entre presentes (*vis a vis*) y contratos por teléfono

Contrato entre personas no presentes (carta y telégrafo)

Objeto

Forma en los contratos mercantiles

Mensaje de datos “constar por escrito” y de “firma”

Mensajes de datos en instrumento público

Capacidad

Nulidad de los contratos

Nulidad absoluta del contrato

Nulidad relativa

Vicios del consentimiento

Falta de forma

Incapacidad

Comercio electrónico

Eficacia de los contratos por fax, teléfono, edi, e-mail, telégrafo, etcétera

Comercio electrónico internacional

Constancia por escrito

Firma

En forma original

Pruebas electrónicas

Firmas electrónicas

El comercio electrónico en México

Las reformas sobre comercio electrónico

Mensaje de datos

Formación de los contratos por fax, correo electrónico, EDI, internet (mensaje de datos)

Momento de la recepción

Forma

Firma electrónica

Valor probatorio

Contratos relacionados con el comercio electrónico

- Prestación de servicios de acceso a internet

- Operación de sistema en internet

- Suministro de información

- Renta de espacio en línea y servicios relacionados

- Contratos promocionales

- Contratos de desarrollo tecnológico

- Contrato de certificación de autoridad

Contratos mercantiles de adhesión

Contratos tipo. Uso y formularios

- Modelos de la CCI

- Modelos o formularios de la Profeco

- Aprobación administrativa de algunos contratos mercantiles

Cláusulas de los contratos mercantiles

- Cláusulas esenciales

- Cláusulas naturales

- Cláusulas accidentales

- Cláusula de efectos adversos relevantes (cláusula MAC)

Elementos del acuerdo

Consentimiento

Objeto del arbitraje

Forma

Capacidad

Autonomía del acuerdo arbitral

Cláusulas del acuerdo

4. Compraventa mercantil

Caracterización de la compraventa mercantil

Distinción entre contratos de compraventa civil y mercantil

Importancia de la distinción

Desde el punto de vista sustantivo

Desde el punto de vista adjetivo

Tendencia de unificación de normas

Elementos del contrato de compraventa

Consentimiento

Objeto

Forma

Partes del contrato

Obligaciones del vendedor

Entregar la cosa

Plazo de entrega

Lugar de entrega

Forma de entrega

Gastos de entrega

Derecho de retención

Garantizar las calidades de la cosa

Responder de los vicios o defectos ocultos

Exención de responsabilidad por vicios

Acciones del comprador

Acción redhibitoria

Acción *quantum minoris* o estimatoria

Caducidad y prescripción de la acción

Cumplimiento forzado, más el pago de daños y perjuicios

Nulidad del contrato por vicios en el consentimiento

Saneamiento para el caso de evicción

Obligaciones del comprador

Pagar el precio

Mora en el pago

Recibir la cosa

Rescisión del contrato

Cumplimiento forzado

Modalidades de la compraventa

Compraventa a la vista

Compraventa sobre muestras o calidades

Compraventa con expedición o indirecta

Compraventa contra documentos

Clases de compraventas

Compraventa marítima

Compraventa de acciones

Restricciones a la venta de acciones

Formalidades de la compraventa de acciones

Compraventa de control accionario de sociedades no cotizadas

Compraventas bursátiles

Oferta pública de adquisición (OPA)

Adquisición de control en bolsa

Responsabilidad del vendedor (accionista mayoritario)

Pactos parasociales sobre la venta de acciones

Derecho de adhesión o acompañamiento (*tag along*)

Derecho de arrastre (*drag along*)

Derecho del tanto (*first option*)

Compraventas en tránsito o encadenadas

Compraventa en la *Ley Federal de Protección al Consumidor*

Promociones y ofertas

Promociones

Ofertas

Normas para las promociones y ofertas
Compraventa a domicilio, mediata o indirecta
Derechos especiales del consumidor

5. Suministro y suscripción

Concepto

Mercantilidad del contrato

Clases de suministro

Elementos personales

Elementos reales

La cosa

El precio

Obligaciones y derechos del suministrante

Entregar la cosa

Plazo de entrega

Lugar de entrega

Forma de entrega

Gastos de entrega

Garantizar las calidades de la cosa

Responder de los vicios o defectos ocultos

Saneamiento para el caso de evicción

Recibir el precio

Fijar el precio

Obligaciones y derechos del suministratario

Pagar el precio

Recibir la cosa

Mínimos y máximos

Cláusulas usuales y características

Cláusula de exclusiva

Cláusula de preferencia

Naturaleza jurídica

Semejanzas y diferencias con la compraventa

Características del contrato de suministro

Terminación

Contrato de suscripción. Su concepto, generalidades y diferencias con el contrato de suministro

6. Reporto

Concepto y mercantilidad

Elementos reales

Elementos personales

Obligaciones de las partes

Obligaciones y derechos del reportado

Obligaciones y derechos del reportador

Naturaleza jurídica

Duración

7. Mandato mercantil

Mandato mercantil

Mercantilidad del mandato

Clases de mandato

Perfeccionamiento del mandato mercantil

Características del mandato mercantil

Alcances del mandato mercantil

La representación

Contenido de la representación

Clases de representación

Actos *ultra vires* (sin representación y sin competencia)

Responsabilidad por exceso de facultades

8. Consignación o contrato estimatorio

Concepto

Naturaleza jurídica

Formalidad

Elementos personales

Obligaciones del consignante

Transmitir la disponibilidad

Entregar la cosa

Transmitir la posesión de los bienes consignados

Transmitir la propiedad de los bienes al adquirente

Pagar al consignatario la prestación pactada en el contrato

Porcentaje

Suma de dinero

Otro beneficio

Pago de almacenaje

Obligaciones del consignatario

Obligación de pago del precio o restitución de la cosa

Restitución de los bienes

Conservación de los bienes

Asunción del riesgo de la cosa

Derechos del consignatario

Disposición de los bienes

Recibir la contraprestación pactada en su favor

Adquisición de la propiedad

Derecho de retención

Terminación del contrato

Características y diferencias con otros contratos

9. Comisión mercantil

Antecedentes

Terminología

Concepto

Naturaleza jurídica

Elementos del contrato

Elementos esenciales

Consentimiento

Objeto

Elementos de validez

La forma del contrato

Elementos personales

Obligaciones del comisionista

Sujeción a instrucciones del comitente

Ejercicio personal del encargo

Conservación y adecuado empleo de cosas y dinero recibidos

Secreto de la comisión

Prohibición de autoentrada

Ventas a plazos

Comisión en garantía o *star del credere*

Rendición de cuentas

Obligaciones del comisionista frente a terceros

Derechos del comisionista

Venta de bienes

Remuneración

Reembolso de gastos

Derechos de retención

Derechos y obligaciones del comitente

Clases de comisión

Extinción del contrato

La comisión en relación con los contratos de agencia, consignación y mediación o corretaje

10. El contrato de agencia

Función económica

Concepto

Notas características

Mandato mercantil

Elementos personales en la agencia

Obligaciones del agente

Obligaciones del empresario

Remuneración

Extinción

Indemnización al agente

Clases de agentes

Agentes de seguros y de fianzas

Agentes aduanales

Agentes navieros

Agentes de viajes

Convención sobre Representación en la Compraventa Internacional de Mercaderías

11. Mediación o corretaje

Ubicación

Concepto

Mercantilidad

Características

Elementos personales, contenido obligatorio

Obligaciones del mediador

Desplegar la actividad de promoción

Secrecía

Información

Imparcialidad

Contraprestación

Diferencias entre agencia y mediación

Clases de corretaje

Mediación de bienes raíces o inmobiliaria

Mediación turística o de viajes

Mediación en servicios

Formalidades y características

12. Asociación en participación

Consideraciones generales

Antecedentes

Regulación en México

Naturaleza jurídica de la asociación en participación

Consideraciones preliminares

Terminología

Concepto de asociación en participación

Carácter contractual

Contrato de colaboración

Elementos del contrato

Consentimiento

Objeto de la asociación en participación

Causa de la asociación en participación

Forma del contrato de asociación en participación

La capacidad en el contrato

La calidad de comerciantes

Derechos y obligaciones de las partes

Obligaciones del asociado

Obligaciones del asociante

Derechos del asociado y del asociante

Entrega de la aportación

Rendición de cuentas y derecho de control

Restitución de los bienes aportados

Percepción de utilidades y pérdidas

Propiedad de los bienes aportados

Relaciones con terceros

El asociado y los terceros

Obligación solidaria del asociado

Obligación directa del asociado

Acción subrogatoria

Acción pauliana

Extinción y liquidación de la asociación en participación

Extinción de la A en P conforme a la ley

Expiración del término fijado en el contrato

Imposibilidad de cumplir con el objeto

Acuerdo de las partes

Supuesto de la fracción iv del artículo 229 de la *Ley General de Sociedades Mercantiles*

Muerte de alguna de las partes

Exclusión del asociado

Rescisión de la asociación en participación

Denuncia del contrato

Otras causas de extinción

Liquidación de la asociación en participación

13. *Joint venture*

Función económica

Concepto

Partes

Objeto

Mercantilidad

Naturaleza del contrato de joint venture

Características

14. Distribución

Propósitos

Concepto de distribución

Mercantilidad del contrato

Características del contrato de distribución

Cláusulas tipificantes

Elementos reales

La cosa

El precio

Elementos personales

Obligaciones y derechos del fabricante o productor

Obligaciones y derechos del distribuidor

Terminación

Terminación sin causa

Indemnización en caso de terminación del plazo o denuncia

Indemnización por clientela

Indemnización por aviso injustificado, omitido o inoportuno

Indemnización por terminación del contrato

Clases de distribución

Contratos de distribución exclusiva

Contrato de distribución selectiva

Prácticas monopólicas

Concesión y distribución

Concesión

Elementos personales

Suministro y distribución, diferencias

15. Contrato de franquicia

Concepto

Circular Oferta de Franquicia (cof)

Documento de Divulgación de Franquicia (fdd)

Clases de franquicias

Mercantilidad del contrato

Características

Forma y contenido del contrato

Elementos personales. Derechos y obligaciones

El franquiciante

El franquiciatario

Elementos reales

Elementos de propiedad industrial

La contraprestación

Terminación

Naturaleza jurídica

16. Cesión y descuento

Cesión de créditos mercantiles

Concepto

Objeto

Alcances de la cesión

Forma de la cesión

Efectos de la cesión

Responsabilidad del cedente

Clases de cesión

Cesión de créditos mercantiles

Cesión de póliza de seguro

Cesión de derechos de comprador de la arrendadora financiera en favor del arrendatario financiero

Cesión de derechos

Cesión de derechos derivados del contrato de arrendamiento financiero

Cesión de contrato

Cesión de deudas

Cesión internacional de créditos y cesión de créditos internacionales

Descuento

Descuento bancario

Objeto

Descuento de títulos

Concepto

Características principales

Elementos de existencia y de validez

Obligaciones de las partes

Descuento de crédito en libros

17. Factoraje

Ubicación

Concepto y mercantilidad

Concepto

Mercantilidad

Características del contrato

Factoraje financiero como actividad auxiliar del crédito

Elementos del contrato de factoraje

Promesa de factoraje

Elementos reales

Elementos personales

El factorante

Obligaciones y derechos del factorante

El factorado

Comerciante

Obligaciones y derechos del factorado

Naturaleza jurídica

Cesión de créditos

Descuento

Seguro de crédito

Anticipo bancario

Operación de crédito

Confirming o “factoraje al revés”

Características del contrato de factoraje

Clasificación del factoraje

18. Arrendamiento financiero

Concepto

Características

Naturaleza jurídica

Elementos del contrato

Elementos esenciales

Elementos de validez

La forma en el contrato

Registro

Obligaciones y derechos derivados del contrato

Obligaciones del arrendatario financiero

Obligación de pago y determinación

Forma de pago

- Integración del precio
- Conservación de los bienes
- Uso convenido
- Selección del proveedor y de los bienes
- Vicios o defectos ocultos
- Pérdida de la cosa por caso fortuito o fuerza mayor
- Pérdida, destrucción o daños de la cosa
- Actos de tercero
- Opciones terminales
- Adquisición del bien
- Prórroga del plazo
- Participación del producto de la venta del bien
- Oportunidad del ejercicio de la opción
- Obligaciones y derechos de la arrendadora financiera
 - Obligaciones de la arrendadora financiera
 - Adquisición de los bienes objeto del contrato
 - Entrega de los bienes objeto del contrato
 - Concesión del uso o goce de los bienes
 - Prestación de carácter negativo
 - Transmisión de derechos de comprador
- Derechos de la arrendadora financiera
 - Celebración del contrato de seguro

Primer beneficiario del seguro o garantía

Indemnización de daños y perjuicios

Ejercicio directo y personal de las acciones y defensas

Cesión de derechos y de contrato

La resolución del contrato

La tácita reconducción

Clases de arrendamiento financiero y otros contratos

Lease back

Subleasing

Leasing inmobiliario

Dummy corporation

19. Tiempo compartido y multipropiedad

Concepto

Tiempo compartido (*time sharing*)

Mercantilidad del contrato

Características

Naturaleza jurídica

Elementos reales

Elementos formales

Elementos personales del contrato

Prestador del servicio

Obligaciones precontractuales

Obligaciones contractuales

Contenido del Reglamento Interno

El usuario. Derechos y obligaciones

Prestación de servicios en el extranjero

Naturaleza jurídica del tiempo compartido

Terminación del contrato

Contrato de *fractional* o multipropiedad

20. Préstamo mercantil

Concepto

Mercantilidad

Elementos reales

Dinero

Títulos o valores

Mercancías

Elementos personales

Derechos y obligaciones del prestador

Derechos y obligaciones del prestatario

Forma

Problemática en cuanto a los intereses moratorios y su capitalización en el préstamo

Respecto de la palabra anatocismo

Historia y derecho comparado

Anatocismo en el Código de Comercio

La temporalidad en el pacto de anatocismo

En cuanto a la supuesta derogación de la libertad contractual

Donde la ley distingue debemos distinguir

El pacto de anatocismo perjudica al deudor

Diferencias con el mutuo civil

Modalidades del préstamo

Préstamo de dinero

Préstamo bancario directo, personal o quirografario

Préstamo prendario

Préstamo hipotecario

Préstamo para la vivienda de interés social

Préstamo de títulos o valores

Préstamo de mercancías

21. Depósito mercantil

Contrato de depósito

Concepto y características

Tipos de depósito. Clasificación

Elementos de existencia y de validez

Depósito en almacenes generales

Obligaciones de las partes

Depósito en cuenta de cheques

Depósito bancario de dinero

Fallecimiento del titular

Domiciliación de pagos

Autorizado para cargar a la cuenta

Depósito de ahorro

Depósito para inversión

Depósito de títulos

Servicio de cajas de seguridad

22. Autofinanciamiento

Concepto

Mercantilidad

Características

Sistema de comercialización

Elementos reales

Elementos formales

Elementos personales. Derechos y obligaciones

El administrador

Precontractuales

Durante la formación del contrato

El cliente o usuario. Obligaciones y derechos

23. Transporte de mercancías

Concepto

Mercantilidad del contrato

Marco jurídico

Clasificaciones

Transporte terrestre de carga o de cosas

Concepto

Elementos personales. Derechos y obligaciones

El porteador

Obligaciones del porteador

Derechos del porteador

El cargador

Obligaciones del cargador

Derechos del cargador

El consignatario

Obligaciones del consignatario

Derechos del consignatario

Elementos reales

Elementos formales

Terminación del contrato

Transporte marítimo

Concepto

El conocimiento de embarque

La carta de porte marítima

El documento de transporte multimodal

Representaciones informáticas o electrónicas

Responsabilidad contractual y responsabilidad objetiva y cobertura del porteador

Responsabilidad del porteador

Responsabilidad objetiva y cobertura

24. Edición

Concepto

Mercantilidad del contrato

Forma

Contrato de edición de obra musical

Contrato de edición de obra literaria

Elementos personales

Derechos y obligaciones del autor

Derechos y obligaciones del editor

Elementos reales

Elementos formales

La obra futura

Causas de extinción del contrato

25. Contrato de seguro

Concepto

Mercantilidad

Características del contrato de seguro

Diferencias con otros contratos

Condiciones generales

Formación y perfeccionamiento

Elementos personales. Derechos y obligaciones

La aseguradora

Obligaciones

Derechos de la aseguradora

Tomador o contratante del seguro

Asegurado

Beneficiario

Elementos reales

Elementos formales

La póliza

Naturaleza jurídica de la póliza

Interés económico

Riesgo y siniestro

El riesgo

Circunstancias abstractas del riesgo

El siniestro

Aviso del siniestro y exigibilidad del crédito

El principio de buena fe en el seguro

Coaseguro y reaseguro

Coaseguro

Reaseguro

Contraseguro

Seguros de daños o de cosas

Interés asegurable

Infraseguro, supraseguro y seguros múltiples

Los seguros de daños regulados por la Ley sobre el Contrato de Seguro

Seguro contra incendios

Seguro de provechos esperados

Seguro contra granizo

Seguro de ganado

Seguro de transporte terrestre de cosas

Seguro de responsabilidad

Seguro de caución

Seguro marítimo

Contrato de seguro de personas

La aseguradora

El asegurado

El contratante

El beneficiario

Cobertura

Principales referencias con el seguro de cosas

Aseguramiento de tercero

Responsabilidad en caso de suicidio

Algunos tipos de seguros de personas

Seguro de grupo

Seguro dotal

Seguro de accidentes y enfermedades

Terminación del seguro

Cesación de efectos y exención de obligaciones

Prescripción

26. Fianza, prenda e hipoteca (contratos de garantía)

La función de los contratos de garantía

Clases de garantías

Concepto de fianza

Figuras afines

Naturaleza de la obligación del fiador

Mercantilidad de la fianza

La fianza de empresa

Elementos formales

Elementos reales

Elementos personales. Derechos y obligaciones

El fiador

El contratante

El fiado

El beneficiario

De la garantía de recuperación

Reafianzamiento y coafianzamiento

Reafianzamiento

Coafianzamiento

Clases de fianzas

Fianzas de crédito

Pago y prescripción

Procedimientos especiales

Arbitraje

Procedimiento judicial

Prenda mercantil

Concepto

Mercantilidad

Elementos reales

Elementos formales

Elementos personales. Derechos y obligaciones

Acreedor prendario

Deudor prendario

Clasificación de la prenda

Por la posesión de los bienes

En función de la forma en que se constituye

Procedimiento de ejecución de la venta de los bienes

Ejecución de prenda ordinaria

Ejecución de prenda sin transmisión de posesión

Extinción de la prenda

La hipoteca

Concepto

Características

Hipoteca de empresa

Hipoteca marítima

Garantías internacionales

Cartas de crédito contingente

27. Contratos internacionales

Concepto

Dépeçage

Ley aplicable

Prestación más característica

Lex mercatoria

Organismos internacionales

Uncitral (o CNUDMI)

Unidroit

Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado

Cámara de Comercio Internacional (CCI)

Organización Mundial del Comercio (OMC)

28. Compraventa internacional de mercaderías

La compraventa internacional de mercaderías

Aplicación de la Convención de Viena

Concepto de compraventa internacional

Establecimiento

Compraventas excluidas de la Convención de Viena

Elementos del contrato

Consentimiento

Oferta

Aceptación

Contraoferta

Perfeccionamiento

Objeto. Mercaderías

Forma

Derechos y obligaciones de las partes

Del vendedor

Entrega de las mercancías

Transmitir la propiedad de las mercancías

Entrega de documentos

El comprador

Pago del precio

Examen de las mercancías

Recepción de mercancías

Incumplimiento del vendedor

Incumplimiento del comprador

Plazo razonable

Plazo suplementario

Transmisión de riesgos

Exoneración de daños y perjuicios

Acciones por incumplimiento

Pérdida del derecho a resolver el contrato del comprador

Extinción del contrato

29. Principios Unidroit

Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales

Concepto

Naturaleza jurídica

Contratos mercantiles internacionales

Aplicación

Autonomía de la voluntad o libertad de contratación (artículo 1.1)

Pacta sunt servanda

Buena fe y lealtad negocial (artículo 1.7)

Diligencia contractual u obligación de resultado y obligación de emplear los mejores esfuerzos (artículo 5.1.4)

Usos y prácticas comerciales (artículo 1.9)

Interpretación del contrato

Formación del contrato (artículo 1.1)

Oferta

Vicios del consentimiento

Error

Excesiva onerosidad o *hardship*

Representación

Representación aparente

Representación oculta

Comunicación por cualquier medio apropiado

Confidencialidad

Cláusulas estándar

Cláusulas sorprendentes (artículo 2.1.20)

Batalla de formularios (artículo 2.1.22)

Teoría del último disparo o última palabra (*last shot*)

Teoría del *knock out*

Contrato condicionado (artículo 2.1.13)

Contrato en términos abiertos (artículo 2.1.14)

Cláusulas implícitas

Cláusula de integración o de totalidad de lo acordado

Modificaciones

Imposibilidad de cumplimiento

El precio

Lugar de cumplimiento

Pago con cheque u otro instrumento

Moneda de pago

Imputación de pagos

Estipulación a favor de tercero

Contrato por tiempo indefinido

Validez del contrato

Cumplimiento de obligaciones (artículo 6.1.1)

Incumplimiento

Cumplimiento forzado de obligaciones no dinerarias

Pena judicial

Resolución del contrato

Consecuencias del incumplimiento

Intereses por mora de pago de dinero

30. Crédito documentario (*carta de crédito*)

El crédito documentario. Antecedentes

Reglas y usos uniformes

Denominación del contrato

Concepto

Naturaleza jurídica del crédito documentario

Clasificación

Créditos subsidiarios

La carta de crédito doméstica

Requisitos de los créditos documentarios

Documento operativo y notificación

Elementos personales

Obligaciones y responsabilidades de las partes

Presentación conforme

Obligaciones del banco emisor

Exención de responsabilidad

Términos y documentos relacionados

Crédito contingente o *Stand-by*

31. Los Incoterms

Origen y concepto

Versiones de Incoterms

Aceptación mundial

Estructura de las obligaciones de las partes

Clasificación de los Incoterms

Características principales de cada Incoterm

Ex Works (En fábrica)

FCA: Free Carrier (Franco transportista)

CPT: Carriage Paid (Transporte pagado hasta...)

CIP: Carriage and Insurance Paid (Transporte y seguro pagados... puerto de embarque)

DAT: *Delivered at Terminal* (Entregada en terminal)

DAP: *Delivered at Place* (Entregada en lugar)

DDP: *Delivered Duty Paid* (“Entregada con pago de derecho”, o también conocida como “Entrega de mercancía con derechos pagados... puerto de embarque” o “Entregada con derechos pagados”)

FAS: *Free Alongside Ship* (Franco al costado del buque)

FOB: *Free on Board* (Franco a bordo)

CFR: *Cost and Freight* (Costo flete)

CIF: *Cost Insurance and Freight* (Coste, seguro y flete)

Documentos en los Incoterms

Cláusula de no disposición

Los Incoterms en México

Los Incoterms en el comercio exterior mexicano

La jurisprudencia mexicana y los Incoterms

Bibliografía

Índice analítico

Prólogo a la segunda edición

Por motivos análogos a los que invocó don Roberto Mantilla en el prólogo de la obra de don Arturo Díaz Bravo, este prologuista no puede ser imparcial con la profesora Soyla H. León Tovar. Mi respeto y reconocimiento a su persona y a su labor me lo impiden, lo que no me molesta sino, al contrario, me entusiasma. Como sea, procedo a presentar a la autora y enseguida, esta segunda edición, 12 años después de la primera y de varias impresiones.

La autora

En su introducción a una obra de homenaje, Yolanda Frías dijo en torno al maestro Barrera Graf: “... ha sido un privilegiado de la vida, la cual se ha mostrado pródiga al darle los dones de su reciedumbre moral, su inalterable y transparente honradez, su amor por el estudio y la cultura, su espíritu lúcido, su excelente conversación y sentido del humor...”¹

Las verdaderas emulaciones se dan entre verdaderos alumnos y verdaderos maestros.² Es espléndido atestiguar que don Jorge –mentor tan recordado por ella como por mí– dejó tal huella en la profesora H. León Tovar que, además de continuar desmenuzando el derecho mercantil en beneficio de alumnos, abogados y jueces, como lo hacía don Jorge, acaba por emularlo, alcanzando para sí tan preciados talentos y fortunas. Así pues, hago mía la franqueza de Yolanda Frías vertida en don Jorge Barrera, pero en esta ocasión yo lo hago en favor de la profesora H. León Tovar; resultan ser el verdadero binomio maestro-alumna.

Acrisolada en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, decidió mudar su vida y su trabajo al occidente del país, donde ha hecho brillar el derecho mercantil como hubiera sucedido, en mi opinión, en donde hubiese decidido radicarse. Especialmente ha irradiado su labor académica y científica desde la Universidad Panamericana, plantel Guadalajara.

Especial mención debo hacer al empeño que ha aplicado en la formación de abogados, profesores e investigadores, tan necesarios en una época en la que el derecho mercantil muta virtualmente en forma cotidiana.

Don Daniel González Bustamante, profesor de la unam desde 1949, fue, al igual que don Hugo González García, su hijo, lo que identificamos como “litigantes sólidos, contrincantes temibles”; al mismo tiempo, ambos, consagrados profesores de derecho mercantil. El profesor González García igualmente mudó su residencia a Guadalajara.

Los profesores H. León Tovar y González García se mudaron a Guadalajara juntos y continúan dando cátedra no sólo como juristas sino, tal vez más importante, como un matrimonio ejemplar. Este prologuista no conoce aquí ni en país alguno otra pareja que haya puesto tal ejemplo y al mismo tiempo haya aportado en esta magnitud al derecho mercantil.³

Esta segunda edición

La obra de Soyla H. León es conocida por su método de exposición, marcadamente jusprivatista –exposición sistemática de cada contrato mediante la explicativa, en cada caso, de sus modalidades de la integración del consentimiento, su objeto, su forma, la dicotomía entre obligaciones y derechos de las partes, sus características especiales– y por haber privilegiado la exposición contractual desde una visión global –no simplemente internacionalista– en la que incluyó el estudio de las reglas de la cnudmi y de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

Asimismo, los 19 contratos que analizaba la obra desde que se dio a la estampa – más otros subtipos como, por ejemplo, la fianza, la prenda y la hipoteca, en el género “garantía”– son exhaustivos desde la óptica del temario de la unam, pero también de la práctica diaria del comercio, con excepción, por una parte, de la banca, que es un tema monolítico y autónomo; y por otra, de algunas particularidades privativas del comercio internacional, cada vez más presentes en una economía que, como la nuestra, acabó por encontrar una saludable sincronía estable con las economías de sus socios en el tlcan.⁴

En este último microuniverso –los contratos mercantiles de vocación extrafronteriza– es donde el lector encontrará, sin duda, la mejor aportación de la

presente edición, que se adicionan a los beneficios que el libro ofrece desde la primera.

El nuevo discurso de esta edición parece estar inspirado en la introducción histórica, temática y material que se hace en capítulo por separado de la cnudmi, el Unidroit, la cci y otras entidades cuyo recurso es ineluctable en el derecho de los contratos con esta vocación.

Como novedades concretas, en la edición que se prologa la profesora H. León trató exhaustiva y aménamente otros tres tipos contractuales fundamentales, a saber, (i) el contrato internacional como estereotipo mercantil específico, al que aplicó la metodología arriba señalada; (ii) la compraventa internacional de mercaderías, tratado ya en la primera edición pero en ésta, analizado con el mismo método junto con los Incoterms (Términos Internacionales del Comercio) y la Convención de Viena –de ésta esencialmente, como es natural, la aplicación de las reglas de conflicto–; y (iii) el crédito documentario (identificado en la práctica como “carta de crédito” o simplemente como lc, por sus siglas en inglés), con una plausible actualización de su regulación mediante el desglose de las reglas de la cci que la práctica identifica como UCP 500 y UCPM 600.

Sin embargo, especial agrado nos dio la lectura del tratamiento didáctico de temas acerca de los cuales el estudiante puede albergar la convicción de que le serán inapreciables en su práctica profesional. En especial la autonomía de la voluntad o libertad de contratación, el principio *pacta sunt servanda* (los contratos deben cumplirse), la buena fe y la lealtad negocial –con las que cada vez está más familiarizado el juez mexicano–, el *stoppel* (una parte no puede actuar en contra de sus propios actos) y la diligencia contractual, todo ello en consonancia con los Principios Unidroit sobre Contratos Internacionales de Derecho Privado que previamente había ubicado correctamente.

Finalmente, otro opimo aporte es el análisis que H. León Tovar hizo, también en el marco normativo y doctrinal del Unidroit, de los usos y prácticas comerciales, la interpretación del contrato y, finalmente, su formación.

En valores tecnológicos, los últimos 20 años equivalen, en el progreso de la civilización, a los 2000 previos. En el mismo período –coincidente con el vigésimo aniversario de la fecha en la que el tlcan se hizo realmente funcional, con el cual México arribó de súbito a una práctica mercantil y judicial transfronteriza inédita–, ésta es la magnitud del avance de las economías y, por

tanto, de los instrumentos mercantiles de los cuales se valen en su desarrollo cotidiano.

Esta edición, y el énfasis que Soyla hizo en estas herramientas extrafronterizas de naturaleza convencional, regulatoria y referencial, hacen de esta puesta al día una obra particularmente oportuna. Su pluma y su rigor científico garantizan su confiabilidad en favor de estudiantes, profesores, abogados y jueces.

Bienvenida sea, pues, esta espléndida nueva edición, obviamente.

DR. CARLOS FELIPE DÁVALOS M.
Abogado.
Profesor de derecho mercantil.

- ¹ *Homenaje a Jorge Barrera Graf*, dos tomos, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1989; tomo I, p. 8.
- ² Por ejemplo, MIT *Policies and Procedures –A Guide for Faculty and Staff Members*. 2.0. Faculty and Other Academic Appointments. 2.2. Special Professorial Appointments. 2.2.1. Institute Professor. Web.mit.edu, p. 1.
- ³ Por ejemplo, véase *Derecho mercantil*, autoría de esta pareja, en esta misma editorial.
- ⁴ Véanse, por ejemplo, Alejandro M. Werner, Rodrigo Barros y José Francisco Ursúa, “The Mexican Economy. Transformation and Challenges”, en la recopilación de Laura Randall, *Changing Structure of Mexico*, 2ª ed., M. E. Sharpe, Nueva York, 2006; Alejandro M. Werner, Alfredo Cuevas y Miguel Messmacher, *Macroeconomic Synchronization between Mexico and its NAFTA Partners*. The Caribbean Trade Reference Centre (CTRC), Sistema de Información sobre Comercio Exterior (SICE), OEA. Articles related to North America, Junio de 2002.

Capítulo

1

Obligaciones mercantiles

Propósitos

Al concluir este capítulo, el lector conocerá las fuentes de las obligaciones, las clasificaciones de los contratos mercantiles, las reglas de interpretación, la autonomía de la voluntad, el abuso del derecho, el retraso desleal, cláusulas nulas y abusivas, la teoría de los actos propios, contratos vinculados, conexos y definición de algunos contratos atípicos.

Fuentes de las obligaciones mercantiles

Para algunos autores, la única fuente de las obligaciones es la ley;¹ para otros, lo son la ley y el contrato; para otros más, la ley, el acto jurídico, el hecho jurídico, el enriquecimiento sin causa o ilegítimo y el abuso del derecho;² en fin, para Arturo Díaz Bravo, son fuentes de las obligaciones el contrato, la ley, la declaración unilateral de voluntad, el enriquecimiento ilegítimo, la responsabilidad objetiva, la gestión de negocios y el acto ilícito.³ Conforme al *Código Civil Federal* (CCF), son fuentes de las obligaciones:

- a) El contrato.
- b) La declaración unilateral de la voluntad.
- c) La gestión de negocios.
- d) El enriquecimiento sin causa.
- e) El pago de lo indebido.

f) La responsabilidad objetiva o riesgo creado, y

g) Los actos ilícitos.

Excepto la ley, se trata de hechos jurídicos por virtud de los cuales surgen las obligaciones, “hecho jurídico en sentido genérico, ya de la naturaleza o del hombre que da origen o es la causa eficiente o generadora del vínculo jurídico por virtud del cual, el acreedor (o acreedores) pueden exigir del deudor (o deudores) una conducta determinada (legal o convencional) de pagar algo”.⁴ Son fuentes de las obligaciones: la ley; el acto o negocio jurídicos, ya sea plurilateral (como los contratos y la sociedad) o unilateral (declaración unilateral de la voluntad, como la estipulación a favor de tercero, las promociones, las ofertas, los títulos de crédito); la responsabilidad civil; la gestión de negocios; el enriquecimiento sin causa o ilegítimo; el abuso del derecho y los actos propios.⁵ A continuación destacamos algunas cuestiones de dichas obligaciones.

La ley. Es la fuente principal de las obligaciones, y podríamos decir que la única, en tanto que es la que determina las fuentes de las obligaciones. La ley establece los supuestos normativos conforme a los cuales las personas quedan obligadas; por ejemplo, el parentesco es el supuesto normativo conforme al cual los padres quedan obligados para proporcionar alimentos a sus hijos; en materia mercantil, la recepción de una oferta de comisión obliga a su destinatario a dar aviso al oferente que rehúsa la comisión bajo apercibimiento de diversas responsabilidades; en materia societaria, los administradores de sociedades anónimas, por adquirir tal carácter, quedan obligados a convocar a asamblea por lo menos una vez al año. Dentro de dicha fuente se incluyen no solo las leyes mercantiles nacionales, como el *Código de Comercio* (CCo), la *Ley General de Sociedades Mercantiles* (LGSM), la *Ley de Navegación y Comercio Marítimos* (LNCM), la *Ley Federal de Competencia Económica* (LFCE) y la *Ley del Mercado de Valores* (LMV), entre otras, sino también leyes como el CCF, el *Código Fiscal de la Federación* (CFF), etc., y los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, como la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

Acto jurídico o negocio jurídico. El acto jurídico es el acontecimiento en el que interviene la voluntad del hombre en forma directa y que produce consecuencias de derecho por la motivación que hace de un supuesto jurídico; es decir, representa la manifestación exterior de la voluntad que se hace con el fin de

crear, transmitir, modificar o extinguir una obligación.⁶ Se trata de un comportamiento voluntario del sujeto que el derecho vincula a determinados efectos jurídicos.⁷ En cambio, en el negocio jurídico requiere una declaración de voluntad del particular, que se dirija a un fin protegido por el ordenamiento jurídico; es decir, se trata de una declaración privada de la voluntad cuya finalidad es producir un efecto jurídico deseado.⁸ El negocio deriva de un hecho jurídico, pero se distingue del acto por contener voluntad negocial. En los actos jurídicos existe voluntad, pero en los negocios jurídicos esa voluntad va dirigida a un fin; es decir, “es la manifestación de la voluntad dirigida a un fin práctico”.⁹ Así, existe la posibilidad de optar por la consecuencia jurídica que mejor satisfaga los intereses del autor;¹⁰ en cambio, en el acto jurídico no existe tal posibilidad, ya que es el ordenamiento jurídico el que determina las consecuencias ante la realización de determinado supuesto.

Nuestro derecho común no recoge la teoría del negocio jurídico, aunque sí se refiere a este cuando alude al registro, pues la técnica empleada por el legislador fue la de estructurar el acto jurídico al partir de la teoría general del contrato.¹¹ No obstante, a pesar de la distinción entre hecho, acto y negocio, las consecuencias jurídicas se producen *ex lege*.¹² En la teoría del acto jurídico, aun cuando la voluntad del sujeto no sea lo más importante, como en el negocio jurídico, dicho acto es un acto de voluntad realizado para producir ciertos efectos de derecho como la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones.

El contrato. El contrato es la manifestación coincidente de la voluntad para regir las relaciones jurídicas, la ley suprema entre las partes, *pacta sunt servanda*, que refleja una facultad o potestad para crear, transformar, modificar o extinguir relaciones jurídicas entre las partes (*res inter alios acta vel iudicata aliis non nocet*), y en algunos casos a favor de terceros. El CCF establece una distinción entre convenio y contrato, el primero como el género y el segundo como la especie (arts. 1792 y 1793, CCF), por lo que las disposiciones aplicables a los contratos son también aplicables a los convenios (art. 1859, CCF).

Así, el contrato es un acuerdo de voluntades por el cual se crean, transfieren, alteran o extinguen derechos y obligaciones. En tal sentido, el *contrato* es la norma privada entre las partes, el derecho pactado, la fuente de sus obligaciones (por ejemplo, contrato-ley, como acto jurídico), y, conforme a la doctrina

germano-italiana, el negocio jurídico es la fuente voluntaria por excelencia de obligaciones, ya que en él se incluyen las consecuencias queridas por las partes. El contrato es un acto de autonomía privada por medio del cual las personas regulan por sí mismas sus intereses en las relaciones entre sí y/o con otros, al que el derecho enlaza los efectos más acordes a la función económico-social que caracteriza su tipo;¹³ es una fuente de obligaciones como las que se mencionan a continuación.

Declaración unilateral de voluntad. La voluntad es un elemento esencial del acto jurídico, ya sea unilateral o plurilateral; es la intención, el ánimo o la resolución de hacer una cosa, es decir, la intención que se tiene para realizar un acontecimiento con efectos jurídicos. Ejemplos de actos unilaterales son el testamento, la pólita (promesa de recompensa, promociones y ofertas) y la oferta. Cuando otro sujeto acepta o se allana a la declaración unilateral de voluntad, esta y la del otro se elevan a la categoría de contrato por el influjo de dos o más voluntades coincidentes.

Estipulación a favor de tercero. La estipulación a favor de tercero es una institución que inicialmente no estaba permitida, por considerar que nadie podía afectar un patrimonio ajeno sin consentimiento de su titular (*alteri stipulari nemo potest*). Nuestro CCF autoriza a las partes a estipular en favor de un tercero que no es parte del acto y que, por tanto, carece de las acciones y derechos de que gozan las partes, como la resolución del contrato.¹⁴ Dicha estipulación la encontramos en diversos contratos como el fideicomiso, en favor del fideicomisario que no es parte; en el seguro, con el beneficiario; en los pactos parasociales entre accionistas en favor de la sociedad, a fin de hacer aportaciones para futuros aumentos de capital, o en la obligación en el mismo pacto de no competir con la sociedad; la estipulación a favor de tercero, es decir, de una persona que no es parte del contrato, aunque puede incorporarse y adquirir derechos, por ejemplo, en una compraventa, en la que el vendedor (estipulante) estipula con el comprador (promitente) una prestación (derecho de obtener el importe de la venta) en favor de un tercero con ánimo de liberalidad (*donandi*), de liberación de una obligación previa entre estipulante y tercero (*credendi*), o de otorgar un préstamo al tercero (*solvendi*).¹⁵

Gestión de negocios. Constituye un acto realizado de manera voluntaria por una persona en representación de otra, pero sin su autorización y sin poder;¹⁶ es “la

intromisión voluntaria y gratuita en uno o varios negocios ajenos, sin el consentimiento del titular del mismo, ni por autoridad de la ley, pero que ésta permite para evitarle daños mayores, o proveerle un beneficio, y del cual se derivan derechos y obligaciones recíprocos entre el gestor y el dueño del negocio”.¹⁷

Responsabilidad objetiva. La responsabilidad civil puede derivar de la realización de actos lícitos y de actos y hechos ilícitos; por ejemplo, el CCF (art. 1949) y el CCo (art. 376) imponen a la parte que incumple un contrato la obligación de pagar daños y perjuicios a la parte que sí cumplió; dicha responsabilidad es contractual, pero también puede ser extracontractual, como la vicaria (responsabilidad de los actos de otros, como los empleados o los hijos menores de edad) y la del hecho de las cosas, por ejemplo, la explotación de una máquina para fabricar mercancías, en cuyo caso se trata de una responsabilidad por el *hecho de las cosas, objetiva* o por el *riesgo creado* por el mero hecho de las cosas. Esta es otra fuente particular de las obligaciones que deriva del uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosos por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, pues aumentan los riesgos de provocar daños a los demás, así que cuando se causan, se debe responder de la reparación de los que se produzcan con dicho objeto por su sola utilización, por el hecho mismo de la cosa, aunque no exista culpa u omisión del sujeto.¹⁸

Enriquecimiento sin causa o ilegítimo. Conforme al art. 1882 del CCF, este hecho ocurre cuando alguna persona se enriquece sin causa legítima en detrimento de otro, y la ley obliga a indemnizarlo de su empobrecimiento en la medida en que él se ha enriquecido; “es el desplazamiento de valor de un patrimonio a otro, con empobrecimiento del primero y enriquecimiento del segundo, y sin que ello esté justificado por una operación jurídica o por la ley...; el acrecentamiento sin causa que recibe una persona en su patrimonio económico o moral en detrimento –directo en el primero e indirecto en el segundo– de otra persona”.¹⁹ De acuerdo con la tesis emitida por la hoy extinta Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN),²⁰ los elementos del enriquecimiento ilegítimo, a la luz del *Código Civil para el Distrito Federal* (CCDF), son: “1. Enriquecimiento del demandado, quien obtiene algo que no estaba en su patrimonio. 2. Empobrecimiento del actor, al perder algo que estaba

en su patrimonio, o dejar de recibir lo que tenía derecho. 3. Que exista vínculo de causalidad entre los dos elementos anteriores, es decir, deben ser recíprocos y correlativos, de tal manera que no pueda existir el enriquecimiento si no es como efecto del empobrecimiento y a la inversa. 4. Que el desplazamiento patrimonial carezca de causa jurídica, contractual o extracontractual, de modo que la persona empobrecida no tenga otro medio para obtener la indemnización.”

Pago de lo indebido. Para Manuel Borja Soriano, hay pago de lo indebido “cuando una persona, quien por error cree que es deudora de otra, le entrega una cosa o ejecuta otra prestación a favor de ella”.²¹ Felipe Clemente de Diego lo define como “la relación o vínculo jurídico que se establece entre la persona que recibe lo que no tenía derecho a recibir y aquella que paga por error, en cuya virtud el cobrador se constituye en la obligación de restituir lo indebidamente pagado”.²² Se trata de una prestación que por error se hace a otra persona por concepto de pago sin la existencia de una deuda.

Acto ilícito. Nos referimos a todos los actos realizados voluntariamente por el sujeto que son contrarios a las normas prohibitivas, a las de orden público, a la buena fe y a la costumbre, como los actos en abuso del derecho, en retraso desleal, de mala fe y en contra de los actos propios, entre otros. Dichos actos se analizan en el capítulo relativo a las limitaciones a la voluntad.

Usos y costumbres mercantiles. La costumbre constituye no solo una de las fuentes formales más importantes del derecho comercial, un derecho de origen costumbrista, sino también una fuente de las obligaciones mercantiles nacionales e internacionales. Para Domenico Barbero, la costumbre es “una forma de producción de normas jurídicas que consiste en la repetición general, constante y uniforme, de un determinado comportamiento en determinadas circunstancias”.²³

El comportamiento debe constituir la práctica de un núcleo social; la constancia implica la repetición continua y no interrumpida por periodos de cierta longitud, y para ser uniforme se requiere que tales prácticas sean iguales sobre un mismo acto o hecho,²⁴ lo que la identifica como *inveterata consuetudo* (práctica antigua) que nace en principio de manera espontánea, pero cuando es constante y uniforme asume el carácter obligatorio de norma jurídica, en función de lo que ha sido conocido como *opinio iuris seu necessitatis*; es decir, en la práctica se tiene la convicción de estar frente a una regla jurídicamente imperativa. Para que

la costumbre adquiriera carácter obligatorio no es preciso que sea reconocida por la ley sino, en palabras de Barbero, que la ley no la desconozca.²⁵

Las leyes mercantiles mexicanas hacen constante referencia a la aplicación de la costumbre y a los usos, incluso con preferencia al CCF, entre otras: *a)* la *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito* (LGTOC), en su art. 2º, señala que los actos y las operaciones objeto de la misma se rigen “I. Por lo dispuesto en esta Ley, y en las demás leyes especiales, relativas; en su defecto, II. Por la Legislación Mercantil general; en su defecto, III. Por los usos bancarios y mercantiles y, en defecto de éstos...”; *b)* el CCo, en su art. 6 bis, prescribe que los comerciantes deben realizar su actividad de acuerdo con los “usos honestos en materia industrial o comercial”; *c)* el art. 333 del mismo ordenamiento dispone que, salvo pacto en contrario, el depositario tiene derecho a una retribución conforme a “los usos de la plaza en que se constituyó el depósito”; *d)* el art. 1443 de dicho código, en materia de arbitraje comercial, estipula que el tribunal arbitral tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso; *e)* el art. 304 del CCo señala que confiere al comisionista, salvo pacto en contrario, el derecho a una comisión según el “uso de la plaza” donde se realice esta; y *f)* finalmente, el art. 590 del mismo ordenamiento, que previene para el transporte que el porteador debe verificar el viaje, salvo plazo pactado, en el término más próximo a la fecha del contrato si acostumbrare hacerlos de manera periódica.

La *Ley de Instituciones de Crédito* (LIC), en su art. 6º, establece el régimen legal subsidiario respecto de las actividades reguladas por la misma, principalmente *a)* la legislación mercantil y *b)* los usos y prácticas bancarios y mercantiles. En otros artículos alude a los usos incluso internacionales (art. 50) para determinar las reglas de capitalización de los bancos; el art. 71 prohíbe a los bancos asumir riesgos excluidos por los usos internacionales en la apertura de crédito documentario, y el art. 106, fracc. v, prohíbe a las instituciones de crédito celebrar operaciones que se aparten de los usos bancarios.

La LMV dispone que “La legislación mercantil, los usos bursátiles y mercantiles y la legislación civil federal, en el orden citado, serán supletorios de la presente Ley” (art. 5). Conforme al art. 10 de la *Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito* (LGOAAC), las leyes mercantiles, los usos y prácticas mercantiles y la legislación civil federal, son supletorios de esta ley, en el orden citado. La *Ley sobre el Contrato de Seguro* (LSCS) no establece remisión a los usos; sin embargo, en su art. 15 acude a la costumbre cuando autoriza al

agente de seguros para realizar “todos los actos que por costumbre constituyan las funciones de un agente de su categoría”.

En materia de propiedad industrial, la *Ley de la Propiedad Industrial* (LPI) recoge el concepto de competencia desleal para efectos de sancionar las infracciones, consistentes en realizar actos contrarios a los buenos usos y costumbres en la industria, comercio y servicios (art. 213, fracc. I).

En el nivel internacional, el art. 9º de la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías* (CNUCCIM), en vigor para México desde el 1 de enero de 1989, reconoce de manera inequívoca la importancia de los usos entre las partes, del mercado e internacionales como los términos internacionales de comercio (*Incoterms*): “1) Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. 2) Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate.”

Distinción entre contratos civiles y mercantiles

El acto de comercio. El *Código de Comercio* mexicano²⁶ no define al acto de comercio, sino que enumera en 24 fracciones del art. 75 los actos que considera mercantiles, ya sea por el objeto (cosas mercantiles, bonos, acciones, etc.), por el sujeto (comerciantes) o por la finalidad (especulación comercial, tráfico comercial); en la fracc. xxv señala que también son actos de comercio cualesquiera otros actos de naturaleza análoga a los previstos en las fracciones anteriores, y que en caso de duda la naturaleza mercantil del acto será fijada por arbitrio judicial. Así, no existe una definición del acto comercial en nuestra ley ni en los diversos códigos extranjeros, ya que incluso los que pretenden definir el acto de comercio llegan a la misma conclusión. Para la doctrina²⁷ es difícil reducir a unidad los actos listados en las leyes, tanto ocasionales como los que presuponen una actividad profesional,²⁸ e incluso Manuel Broseta²⁹ critica la calificación de mercantiles dada a ciertos actos, pues considera que el legislador no supo comprender la inexactitud e inutilidad de continuar afirmando la

especialidad y el carácter mercantil de aquellos principios o instituciones que con el tiempo se convirtieron en generales.

La enumeración del acto de comercio en las leyes no satisface ningún intento por definir cuándo existe un acto mercantil, unilateral, bilateral o plurilateral, cuestión que se torna más difícil porque, como afirma Joaquín Garrigues,³⁰ ni todo el comercio es derecho mercantil ni el derecho mercantil es solo derecho del comercio, pues en sentido amplio y moderno comprende las actividades empresariales;³¹ sin embargo, podemos decir que un acto de comercio es aquel que se realiza por un operador de comercio (comerciante o empresario) por o para los fines de su actividad, en relación con esta o con propósito de especulación comercial, y aquel que tiene por objeto cosas mercantiles (por ejemplo, acciones).

Concepto de contrato mercantil. Los contratos son mercantiles intrínsecamente cuando la cualidad mercantil es inherente a la naturaleza misma y a la función económica característica de la operación, y son de mercantilidad condicionada cuando *per se* no sean mercantiles, sino en atención al sujeto (comerciante), al objeto (cosas mercantiles), al fin (especulación comercial), a su casa o por disposición de ley. Son actos empresariales y, en sentido estricto, actos de interposición en el cambio de mercancías, títulos, crédito, empresa, riesgos, de banca, seguros, fianzas y en general de sistema financiero.

Son contratos mercantiles los negocios jurídicos en los que al menos una de las partes es un operador económico (agente económico, comerciante o empresario), o la cosa objeto del mismo es mercantil (acciones, obligaciones, títulos de crédito, buques, empresas, propiedad industrial), o las leyes lo califican como tal (formalmente). La importancia de la distinción entre contratos civiles y mercantiles en países de dualidad del derecho privado, como México –lo que no ocurre en países de derecho privado unificado, como Italia–, estriba en las consecuencias diversas que implica considerar un contrato como civil o mercantil, por ejemplo en cuanto a la transmisión de riesgos, los efectos de la morosidad o el plazo de cumplimiento de obligaciones, así como el régimen jurídico al que se sujetan desde luego.

Clasificación de los contratos mercantiles

Los estudiosos de la materia suelen clasificar los contratos de muy distintas formas, por lo que nosotros nos limitaremos a exponer las clasificaciones siguientes:

Típicos o nominados y atípicos o innominados

Contratos típicos. Contratos regulados por las leyes mercantiles; por ejemplo, en el CCo, compraventa, depósito, transporte, permuta, comisión, consignación, cesión y préstamo; en la LGTOC, arrendamiento financiero, factoraje financiero, prenda, apertura de crédito, crédito confirmado, descuento, reporto, depósito y fideicomiso; en la LSCS, seguro de personas, seguro de cosas, seguro de responsabilidad; en la LNCM, el seguro marítimo, el fletamento y el transporte marítimo; en la LGOAAC, compraventa habitual y profesional de divisas; en la LMV, compraventa, caución bursátil, intermediación, comisión, opción de futuros y arbitraje de valores; en la LGSM, la asociación en participación; en la LISF, la fianza de empresa, el seguro, el reaseguro, la contrafianza, reafianzamiento, etc. Técnicamente, habría una diferencia entre contratos nominados y contratos típicos, por cuanto los típicos cuentan con una regulación propia y pueden ser nominados (que tienen un nombre en la ley), como la compraventa, o innominados, como el contrato de transporte, que está regulado pero cuyo nombre no se menciona en el CCF, art. 2646 (capítulo “Porteadores y alquiladores”); en México todavía hay contratos nominados atípicos, como el de mediación.

Contratos atípicos. Contratos no regulados expresamente en las leyes³² (atipicidad legislativa) y que algunas veces se presentan con una simple modificación de ciertos elementos que caracterizan a un contrato típico, en otras con elementos de dos o más contratos regulados, y en varias más con toda una nueva estructura cuyo régimen jurídico depende de su propia caracterización y de la voluntad de las partes dentro de los límites de la autonomía de la voluntad. Los contratos atípicos surgen por el contraste de la evolución constante de la realidad social, de las exigencias del tráfico comercial, de la existencia de nuevos mercados, así como de la rigidez y resistencia del derecho codificado, apenas susceptible de transformaciones lentas y distanciadas.

Existen diversos contratos que, aunque no están regulados por la norma, tienen una tipicidad aceptada y reconocida por la práctica, lo que los hace también

contratos típicos (tipicidad social), puesto que de dicha práctica han surgido sus causas y características propias y típicas, que los identifican respecto de otros contratos y que, como tales, deben ser considerados dignos de tutela jurídica, porque, como señala Emilio Betty, no se trata de intereses meramente individuales, contingentes, variables, contradictorios o socialmente imponderables, sino de exigencias constantes, normales, clasificables por tipos, que pueden resumirse en tipos generales y, en este sentido, típicos.³³

Algunas veces los contratos atípicos se presentan como una pluralidad de prestaciones, típicas de varios contratos típicos en un contrato único, reunidas y coordinadas en un único esquema contractual por acción de una única causa mixta; en otras, con una sola variante de los contratos típicos, y en varias más con todo un nuevo esquema. Entonces se trata de los contratos mixtos, normativos y puros, que al ser regulados después por la ley adquieren el carácter de típicos, como ocurre con los contratos de factoraje y arrendamiento financiero, calificación en la que también pueden presentarse los contratos típicos.

Entre los contratos atípicos están los *contratos innominados, en sentido estricto*, cuya denominación no es reconocida por la ley, como ocurre con los contratos de *joint venture*, *coinvertión*, *confirming*, *fractional* y *cointerés*, que a diferencia del contrato de mediación (que no está reglamentado pero sí es reconocido como tal en el art. 75, fracc. x, del CCo), y aunque no son reconocidos como tales por la ley, la práctica los identifica y quedan sujetos a los principios generales del derecho, a las normas generales de los contratos, a las particulares del contrato con el que guarden mayor analogía y a lo previsto por las partes.

Contratos atípicos en México

Confirming o confirmación financiera. Contrato por virtud del cual una entidad de crédito o un agente presta a otra, denominada cliente (generalmente una compañía de distribución o comercialización), servicios de gestión y administración de los pagos que esta última debe hacer a sus proveedores; “es un *factoring* al revés”; “*medio de pago y cancelación de deudas contraídas con proveedores*”. El proyecto de Código de Comercio español, en su art. 577-14, define este contrato –que se llama *contrato de confirmación financiera*– como el documento por el cual un operador del mercado, denominado *el cliente*,

encomienda la gestión de sus pagos a un empresario, denominado *el agente*, quien se compromete a realizarlos a su vencimiento o bien en una fecha anterior, si aquel lo solicita y este consiente en la financiación del crédito, en cuyo caso el agente que no ha recibido provisión de fondos del cliente se subroga en los derechos de este, pudiendo reclamarle la totalidad del importe del crédito; pero el agente no podrá exigir al cliente la restitución del importe del crédito antes de la fecha de vencimiento de este. Una vez confirmados los créditos y emitida la orden de pago por el cliente, la confirmación remitida a los acreedores por el agente puede ser revocable o irrevocable, sin que esta implique la novación de la relación subyacente entre el cliente y el acreedor. Sus modalidades son *i)* simple, *ii)* de inversión y *iii)* de financiación.

Derivado. Contrato cuyo precio depende o deriva de otro activo principal, al que se denomina *activo subyacente*; permite neutralizar el riesgo de precio o de mercado. Las tres especies de derivados son los contratos de opción, contratos futuros y los contratos de swaps. Los contratos futuros son contratos de compraventa, pero aplazados en el tiempo, en los que se pacta el activo a intercambiar, la cantidad, el precio y la fecha futura en que se llevará a cabo la operación.

DIP *Financing* (Debtor-In-Possession Financing) o créditos emergentes. Créditos otorgados por los propios acreedores (o terceros) al comerciante concursado (*DIP Financing*), que le permiten contar con la liquidez necesaria para operar desde el día que se solicita el concurso mercantil, cuando este sea aceptado, hasta llegar al acuerdo con sus acreedores. En México se requiere la autorización del juez concursal para su obtención.

Electrónicos o telemáticos. Contratos que se celebran, cumplen y/o ejecutan total o parcialmente por medios electrónicos. En realidad, estos contratos no siempre se diferencian de los otros más que por el medio o forma que utilizan para su celebración, cumplimiento o ejecución.

Escrow. Contrato por el cual una persona desarrolladora de programas informáticos objeto de licencia (depositante) entrega el código fuente del programa a un tercero (agente de *escrow*), quien se compromete a custodiarlo y a seguir las reglas del depósito que determinarán la restitución de este a su propietario o al cliente que contrata la licencia, según lo pactado; también se denomina así el depósito en garantía.

Forfaiting. Contrato mediante el cual el titular de créditos comerciales representados en pagarés, letras de cambio, cartas de crédito u otros instrumentos negociables con vencimientos futuros a mediano plazo emitidos en o para el pago de exportaciones de bienes de capital cede, sin recurso y a descuento, dichos créditos a una institución financiera (*forfaiter*). Esta operación financiera es muy utilizada en el ámbito internacional; para algunos se trata de una venta o cesión de créditos originados por operaciones de comercio internacional con vencimientos a mediano o largo plazos. El 1 de enero de 2013 entraron en vigor las nuevas Reglas Uniformes sobre *Forfaiting* de la CCI (URF).

Forward. Contrato sobre valores a plazo, cuya liquidación se difiere hasta una fecha posterior estipulada en el mismo.

Fractional ownerships o multipropiedad. Contrato similar al tiempo compartido, por el cual se transmite la propiedad de una fracción (1/10a) de un bien inmueble (multipropiedad) con un periodo de uso anual garantizado, se es copropietario del bien y se goza de los incrementos que cada año tenga el valor de su propiedad. Conforme a la directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo, DOCE, 29 de octubre de 1994, se trata de un contrato o grupo de contratos celebrados por un periodo mínimo de tres años, por los que, mediante el pago de un determinado precio global, se crea, transfiere o establece el compromiso de transferir, directa o indirectamente, un derecho real o cualquier otro derecho relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un periodo determinado o determinable del año que no podrá ser inferior a una semana. Para O'Callaghan, es un derecho de propiedad con múltiples sujetos sobre una vivienda, donde el poder de cada uno sobre la misma se concreta a un tiempo correspondiente a su turno preestablecido.³⁴

Hosting. Contrato de colocación de páginas de internet. Es un contrato similar al hospedaje o alojamiento de personas en hoteles o habitaciones, donde se reserva y proporciona al cliente un espacio físico con carácter exclusivo. En este el proveedor de servicios de internet proporciona al cliente un sistema para almacenar información, imágenes, video o cualquier contenido accesible vía web, y, por tanto, un espacio virtual a cambio de una contraprestación.

Llave en mano (turnkey). Contrato por medio del cual el contratista se obliga frente al cliente, mediante un precio, generalmente alzado, a concebir, construir y poner en funcionamiento una obra determinada que él mismo previamente ha

proyectado (responsabilidad global del contratista).

Management. Contrato de gerenciamiento por el cual el empresario cede al CEO (*chief executive officer*), gerente o mánager especializado en la prestación de servicios gerenciales las facultades necesarias para administrar sus negocios, conforme se convenga con el órgano de administración del gerenciado.

Merchandising. Medio por el cual se otorga la concesión de una licencia para la fabricación, comercialización y distribución de productos de un determinado tipo, con el emblema, el logo, la imagen o cualquier otro signo (muñecos, camisetas, llaveros, juguetes, personajes) de una persona que por sus características personales o profesionales sirve de reclamo publicitario para el consumo. El autor cede en exclusiva al cliente, mediante una compensación económica, los derechos de reproducción, impresión, distribución y venta, tanto en dos como en tres dimensiones, de los personajes objetos del convenio, para fabricar productos de *merchandising* en cualquiera de sus formas, excepto la edición en forma de libro, que es objeto del contrato de edición, también mercantil a la luz del CCo.

Partenariat. Sistema de cooperación para la comercialización, similar a la franquicia, utilizado por primera vez en Francia en la década de 1990 como una respuesta a la contracción de las franquicias. Consiste en un contrato por el cual las partes (*partenaires*), empresarios, convienen en intercambiar conocimientos y experiencias acerca de un negocio para que se aprovechen mediante el establecimiento de relaciones participativas igualitarias; generalmente, la información se transmite por medio de un consejo consultivo integrado por los *partenaires*, y se logra comercializar bienes de manera más exitosa. A diferencia de la franquicia, no se proporciona *know how*, sino que se toman las experiencias de las partes.

Patrocinio publicitario, esponsorización o sponsoring. Modalidad cuyo surgimiento se atribuye a Cayo Clinio Mecenas en el año 70 a. C. Más tarde, el emperador Trajano apoyó a artistas y arquitectos (por ejemplo, Plinio el Joven), y en el siglo xv, en Florencia, los Médici continuaron con esta práctica. En 1492, en España, la Corona apoyó el viaje de Cristóbal Colón a América para obtener prestigio y reconocimiento mundial. Este es un tipo de contrato por virtud del cual el patrocinado, a cambio de una ayuda económica para su actividad deportiva, benéfica, cultural, científica o de otra índole, se compromete a

colaborar en la publicidad del patrocinador. Este contribuye con la financiación de los programas realizados por otra persona a fin de promover su marca, imagen o actividad; sus logotipos, emblemas o marcas son mostrados en el evento patrocinado, con lo que obtiene una publicidad indirecta.

Permuta publicitaria (*bartering*). Contrato por el cual una parte, denominada *anunciante* (agencia de publicidad), se obliga a poner a disposición de otra (un medio de comunicación) una producción literaria, radiofónica o audiovisual que aparece vinculada a la publicidad de sus bienes o servicios, a cambio de la cesión por dicho medio del espacio y tiempos necesarios para su difusión.

Product placement. Contrato de publicidad oculta para mostrar productos en espectáculos, películas o eventos culturales, sin que sea fácilmente reconocible, pues no se anuncia, sino que aparece como producto de consumo (como el traje de Richard Gere en *American Gigolo*).

Stand. Contrato por el cual el empresario conviene con el distribuidor en que aquel instale un *stand* de venta en los locales del distribuidor administrados por el empresario, y que el pago que hagan los adquirentes de los mismos se realice en las cajas del distribuidor.

Suministro llave en mano. En esta modalidad, la principal obligación del proveedor es suministrar el equipo y ayudar al suministratario durante la construcción y puesta en marcha; el suministrante realiza sus obligaciones dentro de las instalaciones que están bajo el control de aquel.

Swaps, bono clip, cuota segura, permuta financiera o seguro de cobertura de tipos de interés. Contratos de compraventa sobre futuros por los cuales su comprador adquiere el derecho, pero no la obligación, de comprar o vender cierta cantidad de un activo a un precio determinado en una fecha futura, a cambio del cual el comprador de la opción abona al vendedor una prima. Dicho de otra manera, es un contrato por el cual dos partes se comprometen a intercambiar una serie de flujos de dinero en una fecha futura (flujos de caja), según una regla predeterminada y durante cierto periodo. Estos flujos pueden ser producto de los tipos de interés de corto plazo, del valor de índice bursátil o de cualquier otra variable. Los *swaps* pueden ser:

- a) Sobre tasas de interés, por medio de los cuales una parte se compromete a pagar a otra una tasa de interés fijada por adelantado sobre un nominal

fijado previamente, y la segunda parte se compromete a pagar a la primera a una tasa de interés variable sobre el mismo nominal (intercambio de flujos de interés).

- b) *Swaps* de tipos de interés (*swap* de vainilla), contrato por el cual una parte se obliga a pagar a la otra un tipo de interés fijado por adelantado sobre un nominal establecido de antemano, y la segunda parte se compromete a pagar a la primera un tipo de interés variable sobre el mismo nominal (intercambio de pagos de interés del capital).
- c) *Swaps* de divisas o permuta financiera, contrato por medio del cual una parte se obliga a liquidar intereses sobre cierta cantidad de principal en una divisa y recibe intereses sobre cierta cantidad de principal en otra divisa.
- d) *Swaps* sobre materias primas, o *commodity swaps*, contrato por el cual se compensa cualquier diferencia existente entre el precio variable de mercado y el precio fijo de mercancías establecido mediante el *swap*; es decir, si el precio del petróleo bajó respecto del precio establecido, *B* paga a *A* la diferencia, y si sube, *A* paga a *B* la diferencia; y
- e) *Swaps* de índices bursátiles, contrato por medio del cual se intercambia el rendimiento del mercado de dinero por el rendimiento de un mercado bursátil.

Testimonial. Contrato por medio del cual un personaje famoso realiza declaraciones públicas sobre un producto dejando entrever, expresa o implícitamente, que lo utiliza; es decir, se comercializa la imagen de un personaje famoso (no se hace publicidad a la vez que se realiza la actividad por la cual se es una persona conocida, sino que directamente se publicita el producto).

Tiempo compartido (*time sharing*). Adquisición del “aprovechamiento por turno” de inmuebles con periodo de prueba durante una reunión promocional. Consiste en poner a disposición de una persona o grupo de personas el uso, goce y demás derechos que se convengan sobre un bien o parte del mismo, en una unidad variable dentro de una clase determinada, por periodos previamente convenidos, mediante el pago de una cantidad, sin que, en el caso de inmuebles, se transmita el dominio de estos.

Underwriting, de to underwrite (suscribir, rubricar). Modalidad conocida también como contrato de prefinanciamiento, contrato de emisión y colocación de títulos valores, suscripción temporal, o contrato de emisión, colocación y suscripción de títulos valores. Mediante este una entidad financiera asume la obligación de prefinanciar total o parcialmente la emisión de acciones o de títulos de deuda (obligaciones, certificados bursátiles, etc.) a una sociedad para su posterior colocación en el mercado, garantizando su suscripción por inversionistas y/o adquiriendo dichos títulos en caso de que no se hayan podido colocar o suscribir ante o por terceros.

Las clases de estos contratos son: *a)* en firme, por el cual el *underwriter* adquiere la emisión total o parcial de los títulos y asume el riesgo de la colocación, de modo que realiza el pago de la emisión a la sociedad emisora a cambio de una contraprestación; *b)* garantizado (*stand-by*), por el cual la emisora emite y entrega los títulos al *underwriter* y adquiere una opción de venta; el *underwriter* los recibe y se obliga a colocar la emisión dentro de un plazo determinado, garantizando la adquisición del saldo no colocado dentro de dicho plazo determinado; y *c)* colocación al mejor esfuerzo (*best efforts*), por medio del cual el *underwriter* se obliga a realizar sus mejores esfuerzos para colocar la emisión, sin asumir riesgos.

Contratos mixtos y normativos

Contratos mixtos. Negocios jurídicos que se presentan como una pluralidad de prestaciones, características de varios contratos típicos en un contrato único, reunidas y coordinadas en un único esquema contractual por acción de una única causa mixta. La simple pluralidad de prestaciones no es suficiente para caracterizar un contrato mixto, porque se puede dar una mera unión de contratos, en la que cada prestación corresponde a un contrato diverso. La unidad de la relación contractual se puede derivar de la íntima conexión económica de las diferentes prestaciones. Para que haya un solo contrato es preciso que todas las prestaciones nazcan al influjo de una sola causa, de una única función económica, y que todas tiendan a una sola finalidad económico-social, puesto que la existencia de un solo documento por sí misma no implica la presencia de un contrato mixto, sino que existen muchos contratos únicos que se hacen constar en diversos documentos.

El régimen jurídico de estos contratos dependerá del elemento principal o dominante en los mismos, de la combinación de estos y de la analogía que guarden con los contratos típicos. Así, su régimen jurídico se determinará por la absorción a las normas que regulen el elemento principal o dominante para someter a este las demás prestaciones secundarias, supeditando el contrato a las normas relativas a la obligación principal; por la aplicación analógica, cuando el contrato es afín a un solo contrato típico o en relación con la prestación particular de que se trate; o bien, por la combinación de normas de diversos contratos que resulta de la combinación de las diversas prestaciones típicas de contratos que deben ser reguladas por su aplicación directa y combinada.

Contratos normativos. Contratos por medio de los cuales las partes, en previsión de una pluralidad de relaciones jurídicas por constituirse entre ellas, determinan previamente, por lo menos en parte, la disciplina a la cual quedarán sometidas las relaciones que se constituyan de manera efectiva. Asimismo, tienen como función fijar una reglamentación uniforme, general y abstracta, para que se acomoden a ella quienes en lo sucesivo quieran contratar. Suponen un pacto de modo *contrahendi*, en el que la obligación que se contrae es la de contratar de cierto modo, y por tanto son contratos preparatorios. Determinan el régimen a que serán sometidos los contratos por celebrarse entre las partes en forma más o menos exhaustiva,³⁵ tal como ocurre en los contratos llamados de *comercio electrónico*, que se estudian en otro apartado y en los que se pactan las bases y condiciones generales conforme a las cuales las partes celebrarán los contratos por internet.

Contratos abiertos y cerrados

Contratos abiertos. Contratos que permiten la adhesión o la intervención de nuevas partes después de haberse celebrado el contrato;³⁶ también se les denomina *contratos plurilaterales*, debido a que se prevé que un tercero acceda a la situación contractual creada por las partes con anterioridad, asumiendo el carácter de parte. Con el mismo significado, en el derecho societario, quienes califican al acto constitutivo de la sociedad como contrato señalan que se trata de un contrato plurilateral. Efraín Richard distingue entre contratos plurilaterales estructurales y contratos plurilaterales funcionales³⁷ al establecer que los primeros atienden a la forma de su constitución y al número de partes, en tanto

que los segundos persiguen un fin común, y son contratos de *colaboración y organización*. El derecho del tercero solo nace con la contratación prevista, y a partir de esto se incorpora a la situación existente, lo que distingue esta figura del contrato a favor de tercero, donde el derecho del tercero nace con la estipulación y no hay incorporación a la relación estipulante promitente, sino nacimiento de una relación promitente tercero. También suelen denominarse *contratos abiertos* aquellos cuyas cláusulas no quedan totalmente especificadas, sino abiertas a negociación o concreción.

En el derecho público, se trata de contratos celebrados por el Estado, las entidades federativas o los municipios con proveedores previamente reconocidos e inscritos en un padrón respecto de bienes o servicios de uso generalizado y constante, o de demanda conforme a programas de trabajo que no requieren ser sometidos a requisitos de cotización y licitación, aunque sí a convocatoria por concurso público de ofertas de precios. Así, la *Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público* (LAASSP) prevé en su art. 47 los requisitos conforme a los cuales las dependencias y entidades del sector público pueden celebrar contratos abiertos para adquirir bienes, arrendamientos o servicios que requieran de manera reiterada.

Contratos cerrados. Contratos que no permiten el ingreso de nuevas partes, una vez que se han perfeccionado.

Contratos unilaterales y bilaterales o sinalagmáticos y plurilaterales

Contratos unilaterales. Contratos en los que una sola de las partes asume obligaciones frente a la otra sin que esta quede obligada, como ocurre en la donación. El calificativo de *unilateral* o *bilateral* no se da en función de las partes, puesto que entonces no habría contrato, ya que para su existencia es necesario el consentimiento, y para ello se requiere la concurrencia de al menos dos voluntades.

Contratos bilaterales. Contratos en los que las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra. Dos aspectos caracterizan a los contratos bilaterales: *a)* las partes quedan obligadas, y *b)* existe reciprocidad en las obligaciones, las cuales son principales, interdependientes, correspectivas, como en la apertura de

crédito, de donde resulta que ante el incumplimiento de una de las partes, la otra puede exigir el cumplimiento forzado o la resolución del contrato; asimismo, una de ellas puede negarse a cumplir si la otra no hace lo que por su parte quedó obligada (*exceptio non adimpleti contractus*).

Contratos plurilaterales. Este término surge de la doctrina italiana. Según Francesco Messineo, el “carácter del denominado contrato plurilateral (art. 1420) es el hecho de que, mediante él, las partes persiguen una finalidad común. Pero así, el denominado contrato plurilateral se manifiesta, en realidad, como acto colectivo”.³⁸ Se considera contratos plurilaterales aquellos en los que pueden intervenir más de dos partes y que presentan una estructura asociativa (sociedad civil, consorcios, sindicatos), o de colaboración (distribución); se trata de contratos por lo general abiertos, de duración. Se alude al *contrato plurilateral de organización no societaria* como un contrato de colaboración que tiene finalidades comunes, plurilaterales con organización (agrupaciones de colaboración) y sin organización (asociación en participación).

Contratos onerosos y gratuitos

Contratos onerosos. Contratos en los cuales las partes estipulan provechos y gravámenes recíprocos; las ventajas que procuran a las partes no les son concedidas sino por una prestación que ellas han hecho, es decir, son contratos en los que cada una de las partes asume un sacrificio para conseguir una ventaja.³⁹

Contratos gratuitos. Contratos en los que una de las partes goza de alguna ventaja, independientemente de toda prestación por su parte; el provecho es solo de una de las partes, que obtiene una ventaja sin sacrificio a su cargo.

Contratos conmutativos y aleatorios

Contratos conmutativos. Contratos onerosos en donde las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause este; es decir, cuando la cuantía de las prestaciones puede determinarse desde la celebración del contrato, como la permuta, el arrendamiento o la compraventa,

en la que el vendedor debe dar la cosa vendida y recibir el precio, que es el equivalente de aquella, y el comprador debe dar el precio y recibir la cosa vendida, que es el equivalente de aquel.⁴⁰

Contratos aleatorios. Contratos cuyos provechos y gravámenes para las partes dependen de un acontecimiento incierto (condición) o un término, que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida sino hasta que ese acontecimiento se realice; es decir, no puede determinarse la cuantía de las prestaciones en forma exacta y, como consecuencia, tampoco los beneficios o pérdidas, sino hasta que se realice la condición o el término, como el contrato de renta vitalicia, la compra de esperanza y los contratos de juegos y apuestas.

Contratos preparatorios y definitivos

Contratos preparatorios. Contratos por los cuales una (contrato unilateral) o todas las partes (bilateral o plurilateral) asumen la obligación de celebrar un contrato futuro. Se les denomina también *precontrato*, *contrato preliminar*, *promesa de contrato* y *antecontrato*.

Contratos definitivos. Contratos que se celebran entre las partes y que establecen el contenido obligacional total y definitivo de estas. En una relación de promesa de contrato, el contrato definitivo será el contrato futuro objeto de la promesa de contrato o de contratar.

Contratos principales y accesorios

Contratos principales. Contratos independientes y que subsisten por sí mismos sin necesidad de otro contrato, como la compraventa.

Contratos accesorios. Contratos que tienen por objeto asegurar y garantizar el cumplimiento de una obligación principal de un contrato principal, de manera que no pueda subsistir sin este (por ejemplo, el contrato de fianza, de hipoteca o de prenda, que siguen la suerte del principal). Si el contrato principal es nulo, lo será el accesorio, pero no a la inversa; hay una vinculación unilateral en donde el contrato de garantía se vincula con el principal.

Contratos consensuales y reales

Contratos consensuales. Contratos que se perfeccionan con el solo consentimiento de las partes, sin necesidad de ninguna formalidad ni la entrega de ninguna prestación; así, la compraventa es consensual porque existe desde que las partes se ponen de acuerdo en el precio y la cosa, aunque una parte no la entregue y la otra no satisfaga el precio. Además de esta clasificación, suele aludirse a contratos formales en oposición a consensuales, que son aquellos que requieren una forma prevista por la ley para ser perfectos; aunque carezcan de forma ya existen, y solo son anulables.

Contratos reales. Contratos para cuyo perfeccionamiento se precisa la entrega de la cosa, como el contrato de depósito.

Contratos de ejecución instantánea y de tracto sucesivo

Contratos de ejecución instantánea. Contratos en los que el cumplimiento de las obligaciones se hace o es susceptible de realizarse en un solo momento, siendo indiferente que se cumpla desde el momento mismo de la celebración del contrato o con posterioridad a él y por ambas partes, si se trata de un contrato bilateral. Así, la compraventa a plazos es un contrato de ejecución instantánea porque el vendedor entrega la cosa al comprador en un solo momento y porque, habiéndose celebrado el contrato, permite a las partes exigir el cumplimiento de las prestaciones pendientes o la resolución del mismo y la devolución de las entregadas; en cambio, en los contratos de tracto sucesivo, o de ejecución continuada, la resolución del contrato no se extiende a las prestaciones ya ejecutadas y el cumplimiento forzado no obliga a pagar las prestaciones futuras (por ejemplo, en el arrendamiento).

Contratos de tracto sucesivo. También denominados *de duración* o *de ejecución diferida*, son aquellos en los que el cumplimiento de las obligaciones solamente y nada más es posible con el transcurso del tiempo; por ejemplo, el suministro es de tracto sucesivo porque el suministrante no puede cumplir con las entregas periódicas o continuadas si no se concede un plazo. Lo mismo ocurre con el arrendamiento, pues el uso de un local comercial solo es posible con el transcurso del tiempo. Son contratos cuya ejecución se prolonga en el tiempo, por ejemplo, agencia, suministro, distribución, subcontratación,

franquicia, licencia y contratos de servicios en general. Desde 2013, Unidroit se ha preocupado por establecer algunos principios sobre estos contratos y ha comisionado a un grupo de trabajo la realización de propuestas de modificaciones a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales que se refieran a dichos contratos de duración.

Contratos de adhesión y de libre discusión o bilateralmente discutidos

Contratos de libre discusión. Contratos que se forman mediante la libre discusión del contenido obligacional de todas y cada una de las cláusulas. Son negocios jurídicos en los que las partes gozan de potestad para autorregular sus intereses y relaciones propias;⁴¹ asimismo, son contratos en los que prevalece la autonomía privada de la voluntad, presupuesto y fuente generadora de relaciones jurídicas ya disciplinadas, en abstracto y en general, por las normas del orden jurídico.⁴² Lo característico de estos contratos cada vez más escasos es que las partes se encuentran en total paralelismo, en igualdad de condiciones y voluntades para discutir, negociar y pactar el contenido del contrato, por ejemplo, en los contratos de adquisición de activos y en el contrato de *joint venture*, en el que subsiste por lo general esa autonomía privada de la voluntad, que para Rubén S. Stiglitz *es la fuente y la medida de los derechos subjetivos*.⁴³

Contratos de adhesión. Es una locución acuñada por Raymond Saleilles, “una estipulación predeterminada en la cual la voluntad del oferente es predominante y las condiciones son dictadas para un número indeterminado de aceptantes y no para una parte individual”. Se trata de contratos en los que destacan la desigualdad entre las partes, el poder del oferente, la oferta masiva de bienes y servicios y el uso de formas estándar de contratos y estipulaciones. La *Ley Federal de Protección al Consumidor* (LFPC), en su art. 85, define como “contrato (*sic*) 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”, y exige para su validez que esté escrito en idioma español, con caracteres legibles a simple vista y en un tamaño y tipo de letra uniforme, y que no impliquen prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores,

obligaciones inequitativas o abusivas, o cualquier otra cláusula o texto que viole las disposiciones de la LFPC.

Contratos de cambio, de colaboración y asociativos

Contratos de cambio o de contraprestación. Contratos en los que cada parte persigue intereses opuestos, *duo des facio o facias*; las obligaciones de las partes son interdependientes, de suerte que el incumplimiento de una de ellas faculta a la otra para no cumplir y además es causa de terminación anticipada del contrato.

Contratos de colaboración. Contratos celebrados entre partes que se auxilian o colaboran entre ellas con actividades complementarias en el comercio; es decir, se trata de relaciones simples o complejas por las cuales se integran procesos con cooperación, de control, representación, colaboración, dirección y asistencia con diversos grados de participación. Son contratos en los que existe una función de cooperación o colaboración de una parte hacia la otra u otras (o recíprocamente) para realizar de manera más eficiente determinados negocios; así, en una comisión, el comisionista quiere la comisión y el comitente el precio por la venta de las mercancías, pero ambos desean y buscan la venta, por eso no son contratos de cambio, pero tampoco son asociativos debido a que no existe el ánimo de unir esfuerzos o recursos a un fin común ni el de gestión común, sino de colaboración en el proceso de producción y comercialización de bienes. Entre estos contratos de colaboración se ubican algunos de los tradicionalmente identificados como *contratos de cambio*, que no tienen fin común, como la agencia, arrendamiento financiero, comisión, concesión, *confirming*, distribución, factoraje financiero, franquicia, mandato, contrato estimatorio, mediación o suministro. Algunos otros tienen un fin común, como los consorcios de exportación, agrupaciones de colaboración y asociación en participación para una o varias operaciones de comercio.

Contratos de organización. Contratos que suponen una relación comercial sujeta a un desenvolvimiento continuado, de duración, en el que las partes tienen oportunidad de expresar su voluntad sobre las cuestiones de interés común relacionadas con el modo de conducir la actividad objeto del contrato, como los contratos parasociales; se trata de contratos que no se agotan con el cumplimiento de las prestaciones de las partes. Para Rafael M. Manóvil, la distinción entre los contratos no puede hacerse solo entre “contratos de cambio”

y “contratos de organización”.

Contratos asociativos. Contratos en los que existe una finalidad común y una participación en la gestión; no hay sociedad en el sentido de que se constituya una persona jurídica distinta de las que lo integran. Son contratos en los que las partes, sin menoscabar sus intereses particulares, se obligan a efectuar prestaciones y a colaborar para la obtención de un fin común. Se incluye a las asociaciones civiles y uniones transitorias de empresas, e incluso puede incorporarse a la asociación en participación para toda una negociación comercial.

Uniones de contratos

En el ejercicio de su autonomía contractual, las partes pueden celebrar varios contratos diversos y distintos con un solo momento, de modo que aun conservando la individualidad y el régimen jurídico cada tipo negocial, sometidos a su propia disciplina, estén sin embargo coligados entre sí de manera funcional y con relación de dependencia recíproca, lo que trae como consecuencia que las vicisitudes de uno repercutan sobre los otros, condicionando su validez y ejecución, aunque para ello es preciso que esa unión sea jurídica y no meramente física, ya sea de forma bilateral, unilateral o alternativa. Asimismo, dos o más contratos pueden estar conexos.

Contratos vinculados o coaligados

Contratos unidos jurídicamente (*vinculación contractual* o contratos vinculados), en los que los efectos de uno o más de ellos influyen en los demás:

- a) *Unión alternativa.* Los contratos están unidos de tal forma que, según se cumpla o no determinada condición, uno de ellos se tendrá por cumplido al excluir al otro.
- b) *Unión bilateral o recíproca.* Aparecen dos contratos ligados entre sí, celebrados entre las mismas partes, en relación de mutua dependencia, que no pueden ser separados; la validez o resolución de uno implica la del otro; la validez de uno queda sujeta a la ejecución del otro; también se les llama *contratos vinculados, coaligados o recíprocos*.

c) *Unión unilateral*. Existen dos o más contratos donde uno de los negocios no requiere del otro para existir (una persona vende un motor y además se obliga a instalarlo a cambio de otra contraprestación), pero de la existencia o resolución de este depende la existencia o resolución de los otros; es decir, un negocio predomina y los demás le están subordinados.

De los tres tipos de vinculación, la más importante es la vinculación por dependencia bilateral, cuando dos o más negocios, cada uno de los cuales constituye una figura, son deseados como un todo. Solo se puede estar frente a contratos coaligados, vinculados o interdependientes, cuando dichos contratos, como actos jurídicos interdependientes, tienen una conexión económica objetiva entre sí y una unidad que deriva de la voluntad de las partes. Esta voluntad se manifiesta claramente en el sentido de relacionar entre sí dichos contratos, en desear tenerlos como un todo, ya sea en forma coordinada o subordinada. Nuestros tribunales han sostenido que de los elementos objetivo y subjetivo que les atribuye la doctrina, el segundo es el de mayor trascendencia en México, pues de acuerdo con el art. 78 del CCo: “En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse...”⁴⁴

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 uno se refleja en los demás, y el incumplimiento de uno también debe tener relevancia respecto de los otros contratos. La nulidad de uno de los actos jurídicos produce también la de los demás contratos vinculados. La situación de dependencia permite concluir que si se viola un contrato, la contraparte puede pedir la rescisión no únicamente de dicho contrato, sino también la de los demás que estén vinculados. Así ocurre en el caso en que 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. Como lo reconocen los tribunales en una sentencia que señala:

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... 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 de 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.⁴⁵

Estos contratos están reconocidos en México tanto en el art. 1121 del CCo (“La competencia por razón de materia, es prorrogable con el fin de no dividir la continencia de la causa en aquellos casos en que existan contratos coaligados o las prestaciones tengan íntima conexión entre sí...”)⁴⁵ como por los tribunales en diversas tesis aisladas. Como señala Tobías y de Lorenzo, la existencia de la pluralidad de negocios vinculados jurídicamente lleva a entender que casi siempre la finalidad última solo puede lograrse si *todos* los negocios ligados resultan *válidos*, de ahí que mediando un nexo entre ellos, el negocio válido solo estará en condiciones de producir sus efectos propios si el restante es, a su vez, válido; en caso contrario, no producirá sus efectos normales por una causa que le es extrínseca (la invalidez de otro negocio) y no intrínseca a su propia formación. La nulidad de uno de los actos jurídicos produce en consecuencia la de los demás contratos vinculados.

Contratos múltiples

Los *contratos de servicios múltiples* (CSM) son contratos de obras públicas sobre la base de precios unitarios que agrupan en un solo contrato los servicios que el cliente requiere, por lo general obras integrales, en los cuales la propiedad de los bienes y de las obras ejercidas son siempre del cliente; el contratista recibe un solo pago con base en precios unitarios por la ejecución de los diversos servicios. Dichos contratos son celebrados bajo argumentos de disminución de esquemas burocráticos de renovación o nueva celebración en periodos cortos de uno o dos años, ya que en su lugar se celebran a largo plazo (hasta 20 años), y el contratista se convierte en administrador de los recursos naturales, técnicos, económicos y humanos en espacios geográficos definidos, en sustitución del cliente, por lo que dicho contratista utiliza su propio personal, no el del cliente.⁴⁶

Contratos combinados

Contratos celebrados entre las partes que han querido admitir todas las consecuencias jurídicas, aunque se sirvan de ellos para una finalidad económica distinta; por ejemplo, la transmisión de la propiedad con un fin de garantía obtenido no mediante la realización de un solo contrato directo, como en la antigua *mancipatio* romana, sino mediante la celebración de una serie de convenios contractuales combinados entre sí, a fin de obtener para el acreedor, por un procedimiento oblicuo o indirecto, una seguridad o garantía de la restitución del dinero prestado indudablemente mayor que si se hubiera garantizado por medio de hipoteca, dándose para ese objeto la oportunidad al deudor de volver a ser propietario de la cosa cuando lo desee, dentro de cierto plazo y mediante el pago de su adeudo, en el entendido de que si no cumple quedará consumada en forma, como una dación en pago, la operación de compraventa y saldadas en definitiva las cuentas entre ambos contratantes, hechos que no son constitutivos de una simulación, sino tan solo una combinación de formas jurídicas, con un contenido contractual más enérgico en su conjunto, para llegar de manera deliberada al fin práctico que las partes quisieron realizar, es decir, proteger sus intereses, sin tener en cuenta sus relaciones con terceros.

Así, Luis Díez-Picazo sostiene que la coligación puede tener una evidente repercusión práctica en orden a la posible nulidad parcial o a las consecuencias de la resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones.⁴⁷

Contratos compensatorios

Conforme a la *Guía Jurídica de la CNUDMI sobre Operaciones de Comercio Compensatorio Internacional*, aprobada el 12 de mayo de 1992 y cuya finalidad es ayudar a las partes a negociar operaciones de comercio compensatorio internacional, en estos contratos una parte suministra bienes o servicios a la otra a cambio de un compromiso de concertar una operación o contrato de retorno; es decir, son contratos comerciales por virtud de los cuales una de las partes asume la obligación de suministrar bienes, servicios, tecnología o algún otro valor económico a la otra parte mediante un precio; en contrapartida, la primera parte asume la obligación de adquirir de la segunda una cantidad convenida de

mercancías, servicios, tecnología o valor económico, o asume el compromiso de adquirirlos. Lo anterior se trata de una vinculación recíproca para adquirir mercancías en ambas direcciones en un solo contrato o en diversos: *a)* promesa de uno o varios contratos de exportación compensatoria y cláusulas y procedimientos; *b)* acuerdo marco para comercio recíproco por plazo determinado; y *c)* suministros simultáneos y separados para mercancías en cada una de las dos direcciones y la relación entre esos contratos. Son contratos compensatorios:

Compraventa compensatoria (*counter purchase*). Venta de mercancías en una dirección con promesa de compra en la otra sobre mercancías distintas.

Compraventa con pacto de compra (*buy back*). Venta de instalaciones con pacto de compra de productos; una parte suministra las instalaciones de producción, y el proveedor o persona que este designe se obliga a comprar los productos producidos en dicha instalación.

Compensación industrial (*offset*). Suministro de mercancías de alto valor o tecnología avanzada (incluso *know how* y conocimientos técnicos, fomento de inversiones, medidas de acceso a mercado), y puede ser *a)* directa: recíprocamente se suministran mercancías relacionadas (por ejemplo, componentes de productos que se comercializan juntos) y *b)* indirecta, con obligación de compra compensatoria en el país o de invertir.

También existen los acuerdos de compensación: *a)* sin compromiso de compensación, en el que las partes han celebrado previamente los contratos de suministro de mercancías en ambas direcciones y, por tanto, no hay necesidad de compromiso de compensación; regulan cuestiones como limitaciones a la reventa de mercancías compensatorias, la participación de terceros, la lección de la ley aplicable y la solución de controversias; y *b)* con compromiso de compensación, en donde las partes se comprometen a celebrar uno o varios contratos de suministro en una o en ambas direcciones. Incluyen cláusulas de dichos contratos (tipo, calidad y cantidad, precio), sanciones y otras disposiciones para asegurar la correcta realización, e incluso la participación de terceros.

Intercambio de créditos de compra de activos (*apc, Asset Purchase Credit*). Contrato compensatorio del tráfico internacional por el cual una parte asume la obligación de adquirir activos (inventarios) de la otra parte (dentro de un grupo

de compradores que es administrado por el comprador original, quien a su vez los coloca a otro miembro del grupo), mediante un precio en efectivo y en APC (documentos privados de reconocimiento de deuda, certificados y dizque *moneda convencional de pago* entre las partes y terceros), que el vendedor original recibe y podrá utilizar, junto con efectivo, para adquirir bienes y servicios del mismo comprador o de terceros (del club), a quienes se les denomina *socios*. El pago es inmediato, solo que una parte es en APC, que, afirman, son como cheques al portador para poder adquirir otro bien. Lo cierto es que no se puede pagar solo con esos documentos, sino con efectivo; tienen un periodo de vigencia breve de seis meses y no siempre se hacen efectivos; no se pueden ceder los documentos, salvo autorización del organizador y pago de una comisión a este, por lo cual es evidente que falta su regulación, pues aunque ha tenido éxito, es un instrumento de fraudes y frustraciones hacia y por los vendedores originales, que aceptan estos contratos en tiempos de crisis, poca liquidez y mucho inventario.

Contratos conexos

Contratos que, individualmente considerados, forman una red o sistema contractual;⁴⁸ se alude a encadenamiento o conexidad contractual y a redes contractuales porque involucran una pluralidad de contratos que, para la realización de un negocio único, celebran diversas partes, pero vinculadas entre sí mediante una finalidad económica supracontractual. A diferencia de los contratos vinculados que se celebran entre las mismas personas, asumiendo el carácter de partes en dichos contratos, en las redes contractuales una de esas personas celebra los contratos con varias personas; no existe identidad de sujetos, por lo que es indiferente si las partes son o no las mismas; tampoco interesa que se celebren o no al mismo tiempo, y, sin embargo, estos contratos conexos desprecian el efecto relativo de los contratos, ya que a pesar de ser contratos que individualmente producen consecuencias, al estar amalgamados entre sí, el cumplimiento, la nulidad o la terminación de uno de ellos influye en los demás de la cadena, pese a que no son las mismas partes. Aquí la relatividad del contrato desaparece, pues un contrato celebrado entre comprador y vendedor puede influir en el contrato de crédito para la compra del bien, de suerte que el comprador puede tener derecho a no pagar el crédito hipotecario si resultaron vicios o daños en el inmueble adquirido con ese crédito, siempre y cuando haya

conexidad contractual.

Los italianos fueron los primeros en referirse a los ligados entre sí, relacionados, *contratti collegati* o contratos vinculados (Nicoló, Messineo, Gasperoni, Benatti, Vendeti, Di Sabato, Giogiani, Galgano); los franceses (Teyssié, Viney, Savatier) se refieren a *groupes de contrats, connexité, chaîne de contrats*, y los españoles (De Rovira Mola, López Farías) a “contratos complejos, conexos”. Dichos instrumentos se utilizan para realizar una operación económica compleja e incluyen: *a*) relaciones entre grupos de prestadores y grupos de consumidores (contratos de turismo, de tarjetas de crédito, financiamientos y compra, *leasing*, tiempo compartido), y *b*) relaciones interempresariales, redes asociativas, cadenas contractuales. Se alude a contrataciones directas de la sociedad de masas, redes de usuarios de tarjetas de crédito, de consumidores y de concesionarios –por ejemplo, la venta de inmuebles mediante crédito hipotecario para pago del precio; el autofinanciamiento y la compraventa; el transporte multimodal y el simple; contratos de obra y subcontratos de obra; fideicomisos y contratos de obra; contratos compensatorios y APC–, así que el cumplimiento, incumplimiento o nulidad de uno de ellos se refleja en los demás.

Las vicisitudes sufridas por uno de los contratos que conforman el sistema contractual repercuten en los restantes negocios que integran la red; la ineficacia de ese contrato se debe trasladar al otro –respecto del cual es conexo–, pues la operación económico-jurídica *global* es querida por el comprador como un todo.

La directiva 87/102 de la Unión Europea se refiere a los contratos de crédito conexos como aquellos en los que el crédito sirve exclusivamente para financiar un contrato relativo a la adquisición de un bien o la prestación de un servicio, y los dos contratos constituyen una unidad comercial desde un punto de vista objetivo; así ocurre cuando el vendedor de la mercancía o el suministrador del servicio financian el crédito del consumidor, o, en el caso de financiación mediante un tercero, cuando el prestamista se sirve de la intervención del vendedor de la mercancía o del suministrador del servicio en la preparación o celebración del contrato de crédito, o cuando este último hace referencia a los bienes o servicios específicos que se financiarán mediante el crédito. Si el consumidor está autorizado a retractarse del contrato de adquisición, podrá igualmente anular el contrato de crédito.

La doctrina encuentra el fundamento de las consecuencias que repercuten en los

demás contratos en diversos supuestos: la responsabilidad extracontractual (responsabilidad por el hecho de dependientes, por control, por la apariencia – marcas–, por riesgo) y la responsabilidad contractual en el vínculo asociativo, estipulación a favor de tercero, vínculo obligatorio (paciente/hospital). En México comienza a admitirse en los tribunales, por ejemplo, en la tesis “RESPONSABILIDAD CIVIL SOLIDARIA DE HOSPITALES, RESPECTO DE LOS PROFESIONISTAS QUE INTEGRAN SU ROL. ESTÁ FUNDADA EN LA PRESUNCIÓN DE CULPA”, en la que imputan responsabilidad solidaria al hospital por los daños que los profesionales causen a los pacientes en el desempeño de su labor, presunción de culpa que se fundamenta en la elección de sus encargados u operarios que causen el daño y en la dependencia en que se encuentran respecto de este.⁴⁹

Relatividad del contrato (*res inter alios acta*) y contratos conexos

En principio, los contratos solo obligan a las partes que intervienen en ellos, pues es el derecho pactado que solamente afecta a dichas partes, que son las únicas que reciben los provechos y gravámenes; sin embargo, aunque esta teoría prevalece, no aplica cuando los contratos afectan a terceros y el principio romano *res inter alios acta tertiis nec nocent nec prosunt*⁵⁰ no aplica, porque los contratos sí engendran derechos y obligaciones para los terceros. Aníbal Alterini señala que, a diferencia de la unión de contratos, no hay una mera yuxtaposición o grado de dependencia, sino una amalgama de contratos de varias personas de índole diversa que confluyen con el objeto común de una operación económica global; en el mismo sentido, Lorenzetti sostiene que “En la conexidad hay un interés asociativo que se satisface a través de un negocio que requiere varios contratos unidos en sistema; la causa en estos supuestos vincula a sujetos que son parte de distintos contratos situándose fuera del contrato, pero dentro del sistema o red contractual; es una causa sistémica; la finalidad económica social que trasciende la individualidad y es la causa de la unión...”⁵¹

Para los tribunales alemanes, la conexidad aparece en el curso regular de negocios entre un proveedor (por ejemplo, un constructor de inmuebles para casa habitación) y una financiera, en donde aquel promueve la venta con la posibilidad de que le sea pagado el precio con recursos obtenidos de un crédito bancario. Al efecto, utiliza y muestra formularios provistos por el banco que

otorga el crédito para pagar el precio, con garantía hipotecaria sobre el mismo bien adquirido por el consumidor del constructor, sin que el cliente haya solicitado ni negociado directamente el crédito con el banco; la Ley de Crédito al Consumo de Alemania ha sostenido que un contrato de compraventa está vinculado a un contrato de crédito cuando el crédito sirve para la financiación del precio de la empresa y los dos contratos tienen que considerarse una unidad económica. En particular tiene que admitirse la existencia de una unidad económica cuando el prestamista se sirve de la colaboración del vendedor en la preparación o en la conclusión del contrato de crédito. La existencia de tal vínculo solo puede juzgarse conforme a criterios objetivos; se está en presencia de una unidad económica cuando prestamista y vendedor colaboran de manera planificada para facilitar a los consumidores la adquisición de bienes con pago a plazos.

Varias han sido las teorías que soportan esa responsabilidad en la red, que por tanto trasciende a las partes de un contrato; así, se alude a: *a)* la teoría de la responsabilidad extracontractual, que permite recurrir a la responsabilidad por el hecho de dependientes, la responsabilidad por control, la responsabilidad por la apariencia (marcas) y la responsabilidad por riesgo; y *b)* la teoría contractualista, que observa la responsabilidad del tercero con base en el vínculo asociativo, la estipulación a favor de tercero o el vínculo obligatorio (paciente/hospital).

En México existen algunos precedentes sobre dicha responsabilidad, en especial la responsabilidad solidaria del hospital respecto del doctor, al considerar que la circunstancia de que los médicos actúen sin obedecer órdenes del administrador del hospital no hace improcedente la acción intentada contra aquel, quien es responsable con base en la culpa *in eligendo* de los encargados u operarios que causen el daño y en la dependencia en que se encuentran.

Régimen jurídico de los contratos

El régimen jurídico aplicable a cada contrato se determina en función de la clase de contrato de que se trate, pues si son típicos quedan sujetos a las normas especiales previstas para cada uno de ellos por la ley y por las disposiciones generales de los contratos, en tanto estas no contravengan la naturaleza de aquellos o sus normas especiales (art. 1859, CCF). Así, los contratos mercantiles expresamente regulados por el CCo se sujetan a las normas previstas de manera

especial para ellos, y en lo previsto por estas, a las normas de los contratos mercantiles en general señaladas en dicho código que no sean contrarias a su naturaleza; a falta de disposición, se aplican de modo supletorio las normas del CCF previstas para los contratos civiles; en el caso de los regulados por leyes mercantiles especiales, primero se les aplican las normas de estas y después el CCo y el CCF, en el orden recién mencionado.

En cambio, los contratos atípicos mercantiles se rigen por las reglas generales de los contratos mercantiles, las reglas generales de los contratos civiles, las estipulaciones de las partes y, en lo que fueren omisas, las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados en primer lugar por el CCo y en segundo por el art. 1858 del CCF. Pero la aplicación de la norma depende no solo de la clase o tipo de contrato, sino de la voluntad de las partes, de la intención de las mismas y de otras circunstancias y eventos que ocurren durante la vigencia del contrato o aun después de ella.

Interpretación de los contratos

La interpretación del contrato es un aspecto fundamental en esta materia, pues se trata de indagar la concreta voluntad e intención de los contratantes, lo que pactaron y, en su caso, se propusieron contratar u obligarse, precisar el contenido de sus cláusulas para conocer los efectos y alcances que debe producir dicho contrato;⁵² en definitiva, para saber a qué régimen legal y jurídico se sujetará la relación, lo que es fundamental, pues como señala Raúl Etcheverry,⁵³ es muy importante catalogar el contrato (atípico) para evitar los riesgos de la inseguridad de las partes sobre las normas aplicables al mismo.

Al igual que la ley, fuente fundamental de las obligaciones, el contrato requiere interpretación, ya sea porque las palabras no sean claras ni precisas, porque sean multívocas, o porque alguna de las partes le dé un sentido distinto del literal, por lo que determinar cuál es el contenido obligacional es una tarea de interpretación. Para algún sector de la doctrina, lo importante en la interpretación de los contratos es la voluntad declarada de las partes, los términos del clausulado, sin atender a su intención o voluntad no declarada, sin posibilidad de indagar aquello que no se establece en el contrato, en tanto que para otro sector es la intención, aquello que las partes se propusieron y quisieron convenir y que no declararon; por tanto, es importante saber cómo debe interpretarse el contrato,

conocer la voluntad de las partes y fijar el sentido de la declaración, para cuyo efecto exponemos las reglas de Pothier, que son las que sigue nuestro CCF.

Reglas de Pothier sobre interpretación de los contratos. Existen diversas reglas o sistemas sobre la interpretación del contrato, entre las que destacan:

- a) *La objetiva, de la declaración o de la voluntad declarada*, la cual supone que el consentimiento de las partes se forma a partir de lo declarado, de la voluntad real, que es la base para interpretar el contrato, sin conceder importancia a la voluntad interna mientras no sea manifestada, sino solo la voluntad expresada, cuyo texto en el contrato es independiente de sus autores, por lo que el contrato debe interpretarse en los términos en que las partes fijaron sus obligaciones. El intérprete solo se puede apartar de ellos cuando descubre en el propio texto que las partes le dieron un sentido diferente al de su connotación (Enneccerus) y, por tanto, busca determinar el sentido de las palabras y reconstruir la verdadera intención de las partes.
- b) *La subjetiva, psicológica o teoría de la voluntad interna*, conforme a la cual debe indagarse la verdadera intención de las partes y no solo interpretar la voluntad declarada o el sentido de las palabras;⁵⁴ se debe apreciar la intención real de las partes con preferencia a lo declarado, ya que la voluntad expresada está precedida de una causa, de un propósito de cada parte que concurre con la otra en la formación del contrato.⁵⁵ Pothier,⁵⁶ el sistematizador de la teoría general del contrato en Francia, adoptó esta segunda teoría y sostuvo que para la interpretación del contrato debía buscarse la intención de las partes contratantes, mejor que el sentido gramatical en sus términos; dicha teoría fue adoptada por el Código Civil francés (art. 1156) y recogida por nuestro CCF todavía en el art. 1851, pero ya se encontraba desde el *Digesto* (50.16.219), como lo refiere Ignacio Galindo Garfias.⁵⁷
- c) *La teoría de la interpretación integrante del consentimiento*, a que se refiere Giuseppe Branca, que, como su nombre indica, busca subsanar las omisiones en que incurren las partes en el clausulado del contrato.

Reglas de interpretación de los contratos en el Código Civil. Aunque nuestro CCF, de aplicación supletoria al CCo, se refiere a la interpretación literal de las cláusulas del contrato (teoría objetiva), también parece adoptar la teoría de la

voluntad interna (subjetiva) de Pothier, pues se inclina por la interpretación de la intención de las partes (arts. 1796, CCF, y 86, CCo) y no solo al sentido literal; como lo refiere Alfonso Contreras Negrete,⁵⁸ las reglas sobre interpretación de los contratos fueron adoptadas originalmente por el Código Civil francés de 1804 y tuvieron gran influencia en nuestro Código Civil vigente; algunas de ellas son las siguientes:

- a) Cuando el sentido literal de los términos de un contrato parezca contrario a la intención común de las partes, debe atenderse a esta última (similar al art. 1851 del CCF).
- b) Cuando una cláusula sea susceptible de dos sentidos, debe entenderse conforme al que ha podido tener efecto y no según aquel sentido que haría imposible estipulación alguna (similar al art. 1853 del CCF).
- c) Lo que puede parecer ambiguo en un contrato se interpreta por lo que es costumbre en el país (art. 1856, CCF).
- d) Una cláusula se debe interpretar por las otras contenidas en el contrato, ya sea que precedan o sigan a dicha cláusula (art. 1854, CCF).
- e) Aunque se haya convenido en términos generales, el contrato no comprende más que las cosas por las cuales las partes contratantes han entendido que contratan y no aquellas en las que no han pensado (art. 1852, CCF).

Por tanto, las reglas de interpretación señaladas en los arts. 1851 a 1859 del CCF, conforme a las cuales: “Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas”, quedan supeditadas a que las palabras no parezcan contrarias a la intención evidente de las partes, pues en tal caso prevalece esta sobre aquellas (con las limitaciones a la autonomía de la voluntad), lo que se confirma con los preceptos citados del CCF, de acuerdo con los cuales, cuando alguna cláusula admite diversos sentidos, debe entenderse en el más adecuado para que produzca sus efectos (art. 1853, CCF), al igual que las palabras que pueden tener distintas acepciones serán entendidas en aquella que sea más conforme a la naturaleza y el objeto del contrato (art. 1855, CCF).

Al respecto, el art. 1852 previene: “Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas

distintas y casos diferentes de aquéllos sobre los que los interesados se propusieron contratar”;⁵⁹ en todo caso, las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas con las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas (art. 1854, CCF).

Interpretación de los contratos y la jurisprudencia. Tiene las ramas siguientes:

- a) *Interpretación subjetiva.* En el mismo sentido, algunas decisiones judiciales privilegian la intención de las partes sobre el sentido literal de las cláusulas; se ha sostenido en tesis aisladas que aunque las partes denominen al contrato bajo un nombre que no coincide con la intención de las mismas ni con su naturaleza, debe desentenderse dicha denominación, dado que 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 aplicables, de acuerdo con las reglas de interpretación del CCF, tal como se desprende de la tesis “CONTRATOS, INTERPRETACIÓN DE LOS”.⁶⁰
- b) *Interpretación con reglas idóneas.* Los tribunales federales han autorizado a los jueces a optar por reglas de interpretación del contrato de acuerdo con las características propias del caso, con el argumento de que la determinación del sentido y el alcance de lo pactado en un contrato no pueden sujetarse únicamente a la literalidad de las cláusulas, menos aun cuando la controversia consiste en interpretaciones discrepantes, sino que el juez debe elegir la regla o reglas interpretativas que sean idóneas para ese cometido, dispuestas por el legislador y que puedan apoyar razonablemente la decisión interpretativa asumida.⁶¹

De acuerdo con lo dispuesto en los arts. 1851 a 1857 del CCF, cuando surge una controversia sobre el significado que debe asignarse a una palabra o conjunto de palabras que integran una frase o un párrafo empleados por las partes en un contrato, aunque la interpretación a la que de inmediato se acude es la que proporciona a simple vista el texto, en cuanto se refiere a las palabras utilizadas por los contratantes, la determinación del sentido y el alcance de lo pactado no pueden sujetarse únicamente a la literalidad de las cláusulas, acudiendo a un método gramatical (con mayor razón si en torno a ello surgen las interpretaciones discrepantes), sino que es deber del juzgador

elegir la regla o reglas interpretativas que sean idóneas para ese propósito, dispuestas por el legislador, en cuanto puedan apoyar en forma razonable la decisión interpretativa asumida, en cuyo caso deberá optar por la regla o reglas que, de acuerdo con las características del caso, sean conducentes y admitan justificar suficientemente una determinada interpretación del contrato y excluir cualquier otra interpretación posible que no tenga el mismo apoyo argumentativo.⁶²

c) *Interpretación conforme*. También se han pronunciado tesis aisladas sobre la interpretación de los contratos a la luz de las normas nacionales e internacionales de los derechos humanos; es decir, la interpretación conforme, consistente en la elección que el juez debe efectuar para aplicar la norma más benéfica o realizar la interpretación más amplia si se trata de reconocer derechos protegidos, así como en la elección de la norma o la interpretación más restringida cuando se trata de establecer límites permanentes o suspensión extraordinaria a los derechos. Esto implica que si un derecho es regulado en dos o más normas, debe elegirse aquella que favorezca más ampliamente a la persona o que implique una menor restricción, y si la norma admite varias interpretaciones jurídicamente válidas, debe preferirse aquella que represente una mayor protección para el individuo o una menor restricción del derecho; sin embargo, en una tesis desafortunada se mantiene la consideración de que lo pactado entre las partes es la ley suprema entre las mismas y que, por tanto, tratándose del cumplimiento de un contrato, el principio de interpretación conforme es inaplicable.⁶³

d) *Interpretación con igualdad*. El art. 20 del CCF previene que cuando haya conflicto de derechos iguales, a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia se decidirá observando la mayor igualdad posible entre los interesados.

e) *Interpretación favor libertatis*. Cuando haya conflicto de derechos, a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia se decidirá a favor del que trate de evitarse perjuicios y no a favor del que pretenda obtener lucro; en caso de duda, una cláusula debe interpretarse contra quien ha estipulado algo y en liberación de quien se ha obligado. También se alude a la interpretación a favor del débil (*debilis*), protectora de la parte débil, deudor o acreedor, y aquellas que sean favorables al consumidor.

f) *Interpretación en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*. El art. 8 de dicha convención indica que las declaraciones y otros actos de una parte deben interpretarse: i) conforme a la intención de esa parte cuando la otra haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención; ii) en su defecto, conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte, y iii) para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable, deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes.

Teorías para la integración de los contratos atípicos

La doctrina ha considerado tres reglas para la integración de los contratos atípicos:

- a) *Absorción*, conforme a la cual el contrato queda sujeto a las normas del contrato típico al que corresponda la obligación más característica del contrato; por ejemplo, el precio de la venta no es característica de la venta, porque también aparece en la renta, préstamo, etc., sino de la transmisión de la propiedad.
- b) *Combinación*, conforme a la cual el contrato se rige por las normas combinadas de los contratos típicos conforme el número de elementos de cada uno de ellos aparezca en el contrato atípico; por ejemplo, según una tesis aislada de la extinta Tercera Sala de la SCJN, el suministro se rige por las normas de la compraventa respecto del precio y la cosa, pero conforme a las del arrendamiento por lo que toca al plazo de duración en los indeterminados.
- c) *Analogía*, que aplica las normas del contrato con el que guarde más similitud, mayor analogía.

Principios de los contratos mercantiles

Licitud de los contratos mercantiles

Los arts. 77 y 78 de nuestro CCo señalan que en las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y en los términos que aparezca quiso obligarse, sin que la validez del acto dependa de alguna otra formalidad, siempre que el acto sea lícito, ya que las convenciones ilícitas no producen obligación ni acción en juicio, aunque recaigan sobre operaciones de comercio.

Autonomía de la voluntad

Es la posibilidad de construir una relación jurídica *con plena libertad*; como sostiene Stiglitz, “el poder... de darse su propia ley. En el pensamiento jurídico, la autonomía de la voluntad representa un concepto doctrinal que se traduce en normas positivas y que, en una primera aproximación, significa que la voluntad es la fuente y la medida de los derechos subjetivos”.⁶⁴

En el derecho mercantil se reconoce la autonomía de la voluntad de las partes: *a)* para realizar actos jurídicos unilaterales o plurilaterales, como constituir una sociedad o celebrar contratos (típico, atípico, normativo, mixto, etc., o pactos parasociales); *b)* para incluir en ellos las cláusulas que consideren más convenientes (no competencia, precuantificación de daños, responsabilidad, acciones sin voto, etc.); *c)* para determinar la ley aplicable a los contratos o a ciertas cláusulas de estos (*dépeçage*); y *d)* para determinar el tribunal competente,⁶⁵ lo que explica la existencia de contratos normativos, nominados e innominados, y en principio la obligatoriedad de los mismos desde que surten efectos (arts. 78, CCo, y 1796, CCF).

Dicha autonomía de la voluntad, reconocida en el ámbito internacional en los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales,⁶⁶ elaborados por el Unidroit (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado)⁶⁷ como el eje sobre el cual gira el orden económico internacional, abierto hacia el libre comercio y la competitividad, tiene, sin embargo, sus límites desde principios del siglo pasado.

Límites a la autonomía de la voluntad

Aunque tanto el CCo como el CCF reconocen que las partes tienen libertad para celebrar contratos y para incluir en ellos las cláusulas que consideren más convenientes, conforme a la Nota Explicativa del entonces *Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 1928*, la voluntad de las partes como ley suprema de los contratos quedó relegada a segundo término desde entonces,⁶⁸ en salvaguarda de los derechos de la sociedad, de ciertas clases y de los terceros, reconociendo que las partes no siempre tienen la posibilidad de discutir las cláusulas o de optar por no celebrar el contrato, de manera que se ven forzadas a contratar en condiciones distintas de su voluntad, y en otras en que, aun siendo su voluntad hacerlo, no es posible reconocer la validez del acto; por tanto, el CCF impone límites a la autonomía de la voluntad, a la libertad de contratar y a la libertad contractual: el orden público, las leyes prohibitivas, la moral, las buenas costumbres y los derechos de terceros. En efecto, el art. 6º del CCF previene que la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla; el art. 7º señala que solo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros y siempre que se haga de manera clara, expresa y sin lugar a dudas; el art. 8º prescribe que los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario, y el art. 1831 del mismo CCF califica de ilícito el hecho contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres. Entonces, dichas limitaciones son:

Límites de orden o interés público. El orden público y el interés social, como lo han sostenido los tribunales federales,⁶⁹ no constituyen nociones que puedan configurarse a partir de la declaración formal contenida en la ley; son conceptos jurídicos indeterminados cuyo contenido solo puede ser delineado por las circunstancias de modo, tiempo y lugar prevalecientes en el momento en que se realice la valoración, así como las condiciones esenciales para el desarrollo armónico de una comunidad, es decir, las reglas mínimas de convivencia social, elementos objetivos que traduzcan las preocupaciones fundamentales de una sociedad.

En los contratos mercantiles aparecen dichas limitaciones, fundamentalmente cuando se trata de actos o actividades de interés nacional, de servicios públicos o de actos que afectan o pueden afectar a ciertos sectores de la población como los consumidores o los trabajadores, y la economía nacional. En tales casos la

libertad de contratar no es absoluta, sino que por ley existe la obligación tanto de contratar (por ejemplo, en relación con la prestación de servicios públicos) como de observar igualdad de trato entre las personas con quienes contrata el prestador del servicio, como ocurre en los casos de actividades para las cuales se requieren concesiones, autorizaciones o permisos, como transportes, teléfonos, servicios y operaciones bancarios, en los cuales el proveedor no puede, por disposición de ley, negarse a contratar libremente ni discriminar a sus clientes.

También se limita la autonomía de la voluntad y la libertad contractual a los contratantes en los mismos supuestos, ya que los proveedores no pueden dejar de prestar a su arbitrio los servicios para los cuales fueron autorizados ni imponer sus horarios libremente, y, en otros casos, tampoco fijar con libertad el precio ni establecer cláusulas abusivas. Lo mismo ocurre respecto de la competencia y libre concurrencia. La LFCE obliga a los agentes económicos que tienen poder sustancial en el mercado relevante a competir conforme a los usos honrados y honestos del comercio, así como a no incurrir en monopolios, prácticas monopólicas, concentraciones ilícitas y barreras a la competencia y a la libre concurrencia económica en la producción, procesamiento, distribución o comercialización de bienes o servicios, y, como consecuencia, a no celebrar ciertos contratos con sus competidores y a no incluir ciertas cláusulas en los contratos con sus distribuidores, suministratarios o compradores, que dañen dicha concurrencia o libre competencia. El art. 28 constitucional, que representa la base del marco jurídico de la competencia económica, prohíbe los monopolios y las prácticas monopólicas y consagra la garantía de libre concurrencia. Cualquier persona puede dedicarse a la misma actividad de otras y concurrir al mercado. La libre concurrencia supone la existencia y el reconocimiento de las libertades de trabajo, industria, asociación, reunión y derecho a la propiedad, pero está limitada al respeto de los derechos de tercero y de la sociedad.⁷⁰

La LFCE sanciona las prácticas monopólicas absolutas y las relativas. A las primeras, con nulidad absoluta, las declara sin efecto jurídico alguno (art. 53 *in fine*). Se trata de las comúnmente conocidas como *prácticas horizontales*, porque se dan entre empresas competidoras entre sí y constituyen las más nocivas al proceso de competencia; se refieren a los acuerdos entre competidores para fijar precios, calidades, posturas en subastas públicas o cuotas de producción, o para distribuirse mercados, fijar precios y arreglos exclusivos para imponer condiciones favorables a los participantes en ese arreglo perjudicando a los demás. Estos acuerdos no involucran integración productiva, por lo que no

conlleven ningún tipo de ganancia en eficiencia, y su objetivo es claro: monopolizar. Por ello están siempre prohibidos y son castigados severamente; las segundas se consideran ilícitas si se demuestran los supuestos de la ley.

Son sujetos de la ley los agentes económicos: personas físicas o morales; dependencias o entidades de la administración pública federal, estatal o municipal; asociaciones, agrupaciones de profesionales, fideicomisos o cualquier otra forma de participación en la actividad económica, salvo los expresamente excluidos por la ley.

Límites en atención a las leyes prohibitivas. Límites establecidos por las leyes, las que de manera categórica prohíben ciertos actos o cláusulas contractuales cuya inclusión en los contratos provoca la nulidad de las mismas o del contrato y/o, en su caso, la indemnización por daños y perjuicios (por ejemplo, el pacto de retroventa y la exoneración de responsabilidad por dolo).

Límites a la renuncia de derechos. Conforme al principio de autonomía privada de la voluntad, es posible que las partes, al celebrar contratos mercantiles, renuncien a sus derechos; sin embargo, dicha renuncia solo es válida respecto de ciertos derechos y siempre que no perjudique derechos de terceros ni afecte el interés público. Por tanto, la renuncia debe satisfacer los requisitos siguientes: *a)* que se trate de derechos privados que no afecten directamente el interés público, esto es, de derechos disponibles, por ejemplo, el derecho de exigir la responsabilidad proveniente de dolo es irrenunciable (art. 2106, CFF);⁷¹ *b)* que la renuncia no perjudique derechos de tercero; no es válido renunciar a la herencia en perjuicio del acreedor; *c)* que la renuncia se haga en términos claros y precisos; no basta que se mencionen los artículos de la ley que contengan derechos a favor de quien pretende renunciar a ellos. Así, debe expresarse claramente cuáles son esos derechos; y *d)* que no quede duda del derecho que se renuncia.

Límites por las buenas costumbres. Los comerciantes están obligados a realizar su actividad conforme a los usos honrados y honestos industrial o comercial (art. 6 bis, CCo), y, por tanto, deben abstenerse de realizar actos de competencia desleal que: *a)* creen confusión, por cualquier medio, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de otro comerciante; *b)* desacrediten el establecimiento mediante aseveraciones falsas; *c)* induzcan al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las

características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos, o d) se encuentren previstos en otras leyes.

Límites por los derechos humanos. Durante las últimas décadas, los derechos humanos han constituido una limitación a la autonomía de la voluntad en los sistemas constitucionales, porque son concebidos no solo como límites o prerrogativas frente al poder público, sino también frente a los particulares, tal como lo sostiene la teoría alemana de la *Drittwirkung*.⁷² Así, conforme al nuevo orden constitucional y las teorías contemporáneas, los derechos humanos son vinculantes no solo para los poderes públicos (eficacia vertical) sino también entre los particulares (eficacia horizontal); es decir, los particulares gozan también de protección jurídica eficaz frente al desconocimiento o no reconocimiento de sus derechos humanos por otros particulares cuando celebran contratos,⁷³ o cuando tales particulares se niegan a contratar con otros particulares, conculcando sus derechos fundamentales.⁷⁴ Conforme al nuevo orden constitucional, la autonomía de la voluntad se ve limitada a *fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general de una sociedad democrática*⁷⁵ por los derechos humanos⁷⁶ (art. 29.2, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*).⁷⁷

En este tenor, existe la posibilidad de colisión de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de la autonomía de la voluntad. La SCJN advierte que para determinarla es necesario analizar el tipo de relación jurídica de que se trata, el papel que desempeñan el principio de igualdad y la libertad de contratación; por tanto, la autonomía de la voluntad no debe desvincularse de la teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, dado que las normas de derecho privado y las constitucionales suponen una relación estrecha que vincula tanto al Estado como a los particulares, de manera que aquel debe imponer su sanción judicial y reparar el daño causado, porque el catálogo de derechos fundamentales –ya sea que derive de la Constitución o se reconozca en una convención internacional– tiene aplicación en las relaciones entre particulares, por virtud de que tales derechos tienen no solo “efecto vertical”, sino también “efecto horizontal”,⁷⁸ aunque no debe desconocerse que para dicha Sala la eficacia horizontal se da solo respecto de derechos difusos o ciertas clases, como las de consumidores, pues de otra forma no se explicaría la tesis del 13 de diciembre de 2014 de la misma Primera

Sala, que privilegia el principio de la autonomía de la voluntad a constitucional:⁷⁹

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. ES UN PRINCIPIO DE RANGO CONSTITUCIONAL. A consideración de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el principio de autonomía de la voluntad goza de rango constitucional y no debe ser reconducido a un simple principio que rige el derecho civil. Así las cosas, el respeto del individuo como persona requiere el respeto de su autodeterminación individual, por lo que si no existe libertad del individuo para estructurar sus relaciones jurídicas de acuerdo con sus deseos, no se respeta la autodeterminación de ese sujeto. Aunado a lo anterior, el principio de autonomía de la voluntad tiene reflejo en el derecho de propiedad y en la libertad de contratación, la cual también es un elemento central del libre desarrollo de la personalidad, y en cuya virtud las partes de una relación jurídica son libres para gestionar su propio interés y regular sus relaciones, sin injerencias externas.

Sin embargo, la Primera Sala de la SCJN sostiene que la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares es siempre matizada; su alcance debe ser graduado en cada caso conforme al peso de los derechos o intereses con que aquellos entran en colisión, ya que: “hay una esfera de actuación puramente privada, que queda fuera del alcance de las normas constitucionales, en la que los individuos son libres de discriminar a la hora de seleccionar las personas con las que van a relacionarse (pueden contraer matrimonio con quien gusten, invitar a su casa a quienes crean conveniente, asociarse con quienes deseen y negarse a entrar en un determinado establecimiento, por los motivos que sean); de regular esas relaciones (determinando el contenido de los contratos, de los estatutos sociales o de las disposiciones testamentarias) y de comportarse, en general, de una manera que le está vedado a los órganos públicos regular.”

Por tanto, previo al juicio de ponderación y razonabilidad, se debe analizar el tipo de relación entre los particulares y contextualizarla de forma adecuada, a fin de medir la incidencia de los derechos fundamentales, para lo cual sugiere tres factores: *a)* una relación asimétrica, en la que una de las partes presenta una posición de clara superioridad frente a la otra; *b)* la repercusión social de la discriminación y *c)* la posible afectación al núcleo esencial de la dignidad de la persona discriminada, con lo que dice se evita el riesgo de que algún sector de la doctrina sostenga la desaparición de la autonomía de la voluntad como

consecuencia de las posiciones que defienden la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares.⁸⁰

Pacta sunt servanda

Se trata de la fuerza vinculatoria del contrato y sus consecuencias, independientemente de que con posterioridad al acto ocurran circunstancias que alteren su cumplimiento. Este principio hoy ha perdido fuerza de alguna manera, pues una consecuencia de la autonomía de la voluntad es el principio *pacta sunt servanda*, que desde luego está sujeto a las limitaciones mencionadas a la autonomía de la voluntad, así que tómense en cuenta tales límites. El art. 78 del CCo consagra el principio *pacta sunt servanda* y dispone que en las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y en los términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados; sin embargo, este principio está matizado por los derechos humanos y el nuevo orden constitucional, que privilegian los tratados internacionales y los derechos *pro homine*.

Buena fe

Conforme a este principio, cada parte tiene derecho a buscar su propio beneficio, pero respetando los intereses del otro; por eso debe actuar con diligencia y honestidad. En tanto que la buena fe requiere equidad, también implica que se debe cumplir el contrato en los términos convenidos con lealtad; por ello, son contrarios a la buena fe la excesiva onerosidad, el abuso del derecho, el *stoppel* (véase más adelante), el enriquecimiento sin causa, la frustración de la finalidad del negocio y la mora desleal del acreedor. La CNUCCIM reconoce como máxima la buena fe (art. 7.1) y señala que en la interpretación de dicha convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación, así como de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional. Conforme a los *Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales* (art. 1.7), en los contratos internacionales las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial, sin que puedan excluir o limitar ese deber. La buena fe está considerada en el art. 1796

del CCF y se arroja con el principio de seguridad jurídica reconocida por nuestra Constitución federal.

Abuso del derecho. La ley y la propia Constitución facultan a las personas a gozar y ejercer sus derechos, y aunque hasta hace algunas décadas aludir al abuso del derecho parecía una contradicción, su ejercicio abusivo queda fuera del derecho. Dicho ejercicio debe ser útil, por lo que cuando una persona ejerce su derecho sin beneficio alguno y le causa un daño o perjuicio a otro, entonces abusa de su derecho y debe responder por tales conceptos.⁸¹ Como sostiene Josserand, los derechos no pueden ser puestos al servicio de la malicia, de la voluntad de dañar al prójimo o de la mala fe, sino que tienen un espíritu, que es la razón por la cual la ley los ha concedido y, por ello, es ilegítimo ejercerlos en contra de los fines que inspiran la ley. A su vez, Georges Ripert considera que abusa del derecho quien, obrando dentro de los límites de su contenido, causa intencionalmente daño a otro. Tal es el caso del ejercicio del derecho de libre competencia e incluso de la tan de moda libertad de expresión, en cuyo nombre se ha abusado del derecho de expresar ideas y ha habido intromisiones injustificadas en la vida privada, los sentimientos, las creencias y el prestigio de las personas, entre otros. Nuestros tribunales han admitido la existencia del abuso del derecho como fuente de obligaciones, por ser un acto contrario no solo al espíritu, sino al objeto y a la finalidad de la institución, por lo que cuando el derecho se ejercita simplemente para perjudicar a otro, hay una culpa delictuosa y existe la obligación de indemnizar al perjudicado.⁸² Véase al respecto la voz “ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN POR EL EJERCICIO ABUSIVO DE UN DERECHO. SUS ELEMENTOS”.⁸³

En consecuencia, habrá lugar a indemnización por el abuso de un derecho cuando se ejerza un derecho sin utilidad para el titular del mismo, con la intención de dañar a otro. El problema puede presentarse sobre la objetividad de la *utilidad*, pues los tribunales han sostenido que no puede considerarse que hubo ejercicio abusivo de un derecho cuando, a pesar de la intención del titular de dañar a otro, su ejercicio conlleva un beneficio a su favor, o bien cuando, sin que exista ese beneficio, no haya intención de provocar el daño causado, lo cual hace difícil su prueba; sin embargo, puede obtenerse la indemnización de otra fuente que no sea el abuso del derecho, sino la mala fe, los actos propios o el retraso desleal, etcétera.

Actos propios (*estoppel*). Los sujetos tienen libertad para celebrar o declarar los

actos que quieran con el contenido que su libertad de acción les permite, pero esa voluntad declarada o de acción tiene diversos límites; uno de ellos es precisamente la buena fe, que impide al sujeto realizar actos en contra de su propio actuar, de manera incongruente en perjuicio de otro; esto es: “Una parte no puede actuar en contradicción a un entendimiento que ella ha suscitado en su contraparte y conforme al cual esta última ha actuado razonablemente en consecuencia y en su desventaja” (art. 1.8, Principios Unidroit); contra sus propios actos (*venire contra factum proprium, nulla conceditur*), y para ello la ley impone una barrera, un freno (*estoppel*) a las pretensiones de quien reclama algo en contraposición con lo que había aceptado.

Esta doctrina también es conocida como el principio de los actos propios o del impedimento (*estoppel*), conforme a la cual una parte no puede negar *la veracidad de una declaración de hechos realizada previamente por esa parte*, y no puede beneficiarse de sus propias manifestaciones incongruentes cuando otro ha actuado de buena fe con base en una declaración sobre los hechos realizada por el primero (se trata de manifestaciones de hechos y no de interpretación del derecho). Este principio establece que nadie puede contradecir lo dicho o hecho por él mismo o por aquel de quien se derive su derecho de un modo aparente y ostensible con perjuicio de la otra parte ni de tercero que, fundado en las apariencias producidas intencional o negligentemente por el responsable de ellas, actúa en consecuencia, contrae una obligación o sufre un perjuicio en su persona o en su patrimonio. Como se señala, su fundamento es el principio general de la buena fe, que “impregna la totalidad del ordenamiento jurídico, y condena la adopción por el sujeto de actitudes reñidas con las que ha observado anteriormente en la misma relación jurídica”.⁸⁴

Los requisitos para que se aplique esa doctrina en México, conforme a resoluciones judiciales,⁸⁵ son: a) conducta vinculante, una conducta anterior del sujeto, válida, eficaz y relevante, en función de un hecho o acto jurídico que genere en las demás personas o en la sociedad la confianza de que en el futuro dicho individuo procederá conforme a ella; b) pretensión contradictoria, con el sentido objetivo que se deriva de la conducta previa o anterior; c) perjuicio de terceros, en tanto que confían en el sentido objetivo de la conducta vinculante de la persona, que han variado o alterado de alguna forma su posición jurídica; y d) identidad de las partes.⁸⁶

Retraso desleal o mora del acreedor (*Verwirkung*). La doctrina del retraso

desleal (*Verwirkung*) se origina en Alemania a finales del siglo XIX, en la sentencia del *Reichsoberhandelsgericht* del 20 de octubre de 1877, y ha sido aceptada en España, Grecia, Portugal y Bélgica, en tanto que en Inglaterra existe una doctrina equivalente, la del *laches*. Nacida en la jurisdicción de *equity* desde 1311,⁸⁷ el retraso desleal pretende sancionar al acreedor por su negligente actuar en el ejercicio de su derecho y en perjuicio del deudor, por no hacerlo efectivo en su oportunidad, desde que pudo hacerlo legalmente, al dejar que transcurra el tiempo de mala fe. Ese no ejercicio es desleal e intolerable desde la perspectiva de la buena fe y los derechos humanos de los deudores y/o de los responsables de la deuda, al dejar transcurrir el tiempo de manera irracional para reclamar las prestaciones a su favor, habiendo creado la confianza en el deudor de que no iba a reclamarse un crédito, hacer efectiva una pena o ejercitar una acción derivada de un contrato.

Conforme a esta doctrina, infringe el principio de buena fe quien ejecuta su derecho tan tardíamente que la otra parte pudo pensar que no iba a ejercitarlo, vulnerando las normas éticas que deben informar el ejercicio del derecho, cuyo ejercicio se torna inadmisibile, con la consiguiente posibilidad de impugnarlo por antijurídico; esto es, cuando el retraso en el ejercicio de la acción implica una actitud desleal por haber transcurrido un tiempo suficiente para permitir que la otra parte confíe en que ya no se va a ejercitar, habiéndose ajustado a la actitud resultante de tal conducta pasiva. Aunque debiera aplicarse siempre esta doctrina ante cualquier tardanza del acreedor, cuando las cargas u obligaciones del deudor son excesivas, el retraso desleal como liberatorio del cumplimiento de una obligación debe ser aplicado de manera excepcional por cuanto el paso del tiempo y el retraso en reclamar por sí mismos no pueden integrar la apariencia o confianza de que ya no se va a ejercitar el derecho, pues pugnaría con la prescripción de las acciones y “no puede afirmarse que ejercita sus derechos de mala fe quien lo hace dentro del plazo legal, sin que previamente existan hechos, actos o conductas suyos que engendren, rectamente entendidos, en el obligado, la confianza de que no se actuará”, tal como se sostuvo en alguna sentencia española (STS 16-12-91 y, en igual sentido, la de 22 de octubre de 2002).

Principios del comercio electrónico

Los principios del comercio electrónico son:

- a) *Autonomía de la voluntad*, que ya fue explicado.
- b) *Neutralidad tecnológica*, principio conforme al cual la ley debe permanecer neutral en cuanto a los tipos de tecnologías y el desarrollo de las mismas; es decir, no debe inclinarse u orientarse por un tipo de tecnología ni limitarse a una forma de transmitir los mensajes, sino que debe ser neutral y no discriminar entre las tecnologías o los elementos tecnológicos que utilicen las redes.
- c) *Reciprocidad*, que consiste en que si el país donde fuere emitido el certificado acepta con plenos efectos un certificado que difunde una entidad autorizada por el régimen mexicano, debe otorgársele a los emitidos por este país igual valor y, en caso contrario, pueden denegarse efectos bajo el mismo principio de reciprocidad.
- d) *Compatibilidad internacional*, de programas o software utilizado para la creación de las firmas electrónicas y su registro, a fin de permitir que las operaciones internacionales de comercio por vías electrónicas mantengan un mínimo de seguridad jurídica que permita su desarrollo. El art. 114 define expresamente el reconocimiento internacional de los certificados a fin de mantener la seguridad jurídica de las transacciones internacionales.
- e) *Buena fe*, ya explicado, y
- f) *Equivalencia funcional*, por el que se debe reconocer el mismo valor probatorio a una firma electrónica que a la autógrafa y al mensaje de datos con el documento escrito, sin discriminarse.

Ilicitud en los contratos mercantiles

El art. 77 del CCo señala que las convenciones ilícitas no producen obligación ni acción, aunque recaigan sobre operaciones de comercio; este precepto es por demás equívoco e innecesario, como expresa Tena,⁸⁸ ya que, de acuerdo con el CCF y la teoría general de las obligaciones, son ineficaces todos los actos contrarios a la ley.

La nulidad de esos actos está regulada por el CCF, que en su art. 8º previene que los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público

serán nulos, por lo cual tampoco es necesario que lo especifique el art. 77 del CCo, menos aun cuando el art. 81 del mismo ordenamiento previene que serán aplicables a los actos de comercio las disposiciones del derecho civil acerca de la capacidad de los contrayentes y de las excepciones y causas que rescinden e invalidan los contratos, ya que una de esas causas es precisamente que el acto o su objeto sean ilícitos.

Contratos nulos

Señala el CCo que las convenciones ilícitas no producen obligación ni acción en juicio, aunque recaigan sobre actos mercantiles. Aunque ese ordenamiento no define el acto ilícito, el art. 1830 del CCF señala que es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres, y en su art. 8º determina, como ya se dijo, que: “Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario.” A continuación se exponen algunos ejemplos de ambos supuestos.

Contratos en fraude de acreedores. Las partes son libres para celebrar los contratos que deseen con las cláusulas que crean más convenientes, pero la ley prohíbe realizar actos en perjuicio de tercero si de esos actos resulta la insolvencia del deudor y el crédito es anterior al acto; es nulo si es gratuito y es nulo el oneroso celebrado de mala fe por ambas partes (arts. 2163 a 2165, CCF).

En materia concursal, dichos actos, celebrados desde la fecha de retroacción hasta antes de la declaración de concurso mercantil, son ineficaces si se hacen defraudando a sabiendas a los acreedores, si el tercero que intervino en el acto tenía conocimiento de este fraude o si es de carácter gratuito.

La *Ley de Concursos Mercantiles* (LCM) identifica como tales los siguientes actos realizados por el comerciante: *a)* actos a título gratuito (donación, comodato); *b)* actos y enajenaciones en los que pague una contraprestación de valor notoriamente superior; *c)* actos y enajenaciones en los que reciba una contraprestación de valor notoriamente inferior a la prestación de su contraparte; *d)* operaciones en las que haya pactado condiciones o términos que se aparten de manera significativa de las condiciones prevalecientes en el mercado en el que se hayan celebrado, en la fecha de su celebración, o de los usos o prácticas

mercantiles; e) las remisiones de deuda; y f) los pagos de obligaciones no vencidas (incluso el descuento de sus efectos después de la fecha de retroacción).

La misma LCM establece presunciones *iuris tantum* de actos en fraude de acreedores: el otorgamiento de garantías o el incremento de las vigentes cuando la obligación original no contemplaba dicha garantía o incremento; los pagos de deudas hechos en especie cuando esta sea diferente de la pactada originalmente, o bien cuando la contraprestación pactada hubiere sido en dinero (art. 115); si se realizan a partir de la fecha de retroacción, salvo que el interesado pruebe su buena fe, las operaciones realizadas en contra de la masa (salvo prueba de buena fe) por el cónyuge, concubina o concubinario, parientes por consanguinidad hasta el cuarto grado, o hasta el segundo si el parentesco fuere por afinidad, además de los parientes por parentesco civil del comerciante persona física (art. 116), o por las personas morales en las que las personas antes mencionadas o el propio comerciante sean administradores o formen parte del consejo de administración, o bien conjunta o separadamente, directa o indirectamente, mantengan la titularidad de derechos que permitan ejercer el voto respecto de más de 50% del capital, tengan poder decisorio en sus asambleas, estén en posibilidades de nombrar a la mayoría de los miembros de su órgano de administración o por cualquier otro medio tengan facultades de tomar las decisiones fundamentales de dichas personas morales, ya sea que tengan el control o la administración (art. 117).

Asimismo, los actos realizados por los empleados relevantes del comerciante o de las personas morales, o bien por el cónyuge, concubina o concubinario, parientes por consanguinidad hasta el cuarto grado, o hasta el segundo si el parentesco fuere por afinidad, así como parientes por parentesco civil de las personas antes mencionadas, quienes tengan el control de la sociedad comerciante o pertenezcan al grupo o el comerciante tenga el control.

Venta de bienes dados en prenda sin transmisión de posesión. Aunque el deudor prendario tiene derecho, salvo pacto en contrario, a vender los bienes dados en prenda, en el curso normal de su actividad preponderante, quedando en prenda los bienes o derechos que el deudor reciba o tenga derecho a recibir por la enajenación, es nula la venta que haga de dichos bienes a los titulares de más de 5% de su capital social; a los miembros del consejo de administración y a los cónyuges y parientes por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado, o

civil, con dichos titulares o consejeros; a los empleados, funcionarios y acreedores del deudor, a menos que cuente con autorización expresa del acreedor prendario.

Contratos que constituyen prácticas monopólicas absolutas. Conforme al art. 53 de la LFCE, son prácticas monopólicas absolutas los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea cualquiera de los siguientes:

- a) *Contratos sobre la imposición de precio de compra o venta de bienes o servicios.* Son nulos los acuerdos, convenios o contratos que tienen por objeto fijar, elevar, concertar o manipular el precio de compra o de venta de bienes o servicios al que son ofrecidos o demandados en el mercado, o intercambiar información con el mismo objeto. Dichos acuerdos se presentan de manera más frecuente en los casos en los que los bienes son homogéneos, los competidores son pocos y la extensión geográfica de los mercados está bien delimitada.
- b) *Contratos para limitar la producción.* Son acuerdos entre agentes económicos cuyo objeto es establecer la obligación de no producir, procesar, distribuir o comercializar sino solamente una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación de un número, volumen o frecuencia restringidos o limitados de servicios.
- c) *Contrato de división de mercados.* Son los acuerdos entre agentes económicos para dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes o servicios mediante clientela, proveedores, tiempos o espacios determinados o determinantes.
- d) *Contrato para participar en subastas.* Es el acuerdo entre agentes económicos cuyo objeto es establecer, concertar o coordinar posturas, o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas públicas, por ejemplo, la colusión en la subasta de Cetes investigada en octubre de 1993 y resuelta el 14 de mayo de 1994; la colusión de los diversos intermediarios financieros para coordinar posturas en las subastas de Cetes que el gobierno coloca semanalmente por medio del Banco de México; el caso de la barita en que pretendieron coludirse los competidores para evitar participar en una licitación de Pemex, así como los casos de los distribuidores de huevo en el Distrito Federal que se reunieron con el

propósito de fijar el precio de venta; los arreglos colusivos en contra de tintorerías de la Ciudad de México; los oferentes de agua purificada en Campeche y Puebla; los vendedores de periódicos y revistas en Veracruz, los transportistas de la Cámara Nacional de Autotransporte de Carga (Canacar), etcétera.⁸⁹

e) *Contrato de intercambio de información.* Es el contrato o acuerdo por el cual los agentes económicos competidores entre sí acuerdan imponer precios de compra o de venta de bienes o servicios ofrecidos o demandados en el mercado; limitar la producción; dividir los mercados o coludirse para participar en subastas.

Conforme al art. 9º del Reglamento de la anterior LFCE, son indicios de su existencia las instrucciones o recomendaciones emitidas por las cámaras empresariales o asociaciones a sus agremiados con el objeto o efecto de realizar prácticas monopólicas absolutas. Son indicios, entre otros, que el precio de venta ofrecido sea sensiblemente superior o inferior a su precio de referencia internacional, excepto cuando la diferencia se derive de la aplicación de disposiciones fiscales, gastos de transporte o de distribución, y que dos o más competidores establezcan los mismos precios máximos o mínimos para un bien o servicio, o se adhieran a los precios de venta o compra de un bien o servicio que emita una asociación o cámara empresarial o cualquier competidor.

Cláusulas nulas

Se trata de cláusulas ilegales, contrarias a la buena fe, al equilibrio contractual, leoninas;⁹⁰ al efecto, se señalan las siguientes, y otras más están listadas por la Comisión Nacional para la Defensa de los Usuarios de las Instituciones Financieras (Condusef), aunque no a todas las tilda con ese nombre:

Estipulación de contrato por persona por nombrar. Ubicada en diversos contratos en los cuales una de las partes actúa por cuenta de otra no designada en el contrato, con reserva de precisar más adelante su nombre, esta estipulación en Italia se conoce como *electio amici* o *declaración de nombramiento*, que solo es permitida por un breve término. En la práctica, suele darse en los contratos de compraventa de inmuebles, ante la inseguridad de saber si el adquirente será una persona física o una sociedad; pero también, a veces ilegalmente, por la

posibilidad de omitir el pago del impuesto de transmisión de inmuebles, de ahí que Italia solo la admita por tres días. Aunque no existe una prohibición directa de esta figura en nuestra legislación, es indiscutible que puede configurarse la simulación civil e incluso la evasión fiscal.

Exención de responsabilidad por dolo. Aunque conforme al art. 2117 del CCF la responsabilidad de las partes puede ser regulada por las mismas, e incluso limitarla, como la de los administradores y funcionarios de la sociedad anónima (art. 91, fracc. VII, f, LGSM), no es posible eximir a una persona de responsabilidad por dolo (art. 2106, CCF), ni a dichos consejeros o funcionarios por dolo, mala fe, o bien, ilícitos conforme a esta u otras leyes; si ello ocurre, la cláusula se tiene como no puesta.

Pacto de retroventa. El art. 2302 del CCF prohíbe la venta con pacto de retroventa, así como la promesa de venta de un bien inmueble que haya sido objeto de una compraventa entre los mismos contratantes, por lo que dicho pacto es nulo. En cambio, puede pactarse la cláusula de preferencia a favor del vendedor para el caso de que el comprador quisiera vender la cosa que fue objeto del contrato de compraventa.

Cláusula de devaluación. Cláusula conforme a la cual las partes prevén el ajuste monetario en las prestaciones contractuales, aunque en México los tribunales federales la han declarado ilegal por considerarla contraria a la economía nacional, ya que puede provocar pánico en el país y, como consecuencia, una devaluación económica; sin embargo, es inexacto ese criterio, porque lo que buscan las partes cuando incorporan la cláusula de devaluación es ajustar su contrato, lograr un equilibrio en las prestaciones que cada una adquiere, sobre todo cuando la obligación de pago es a cargo de una sola de las partes, quien se ve seriamente afectada en caso de una devaluación, puesto que la Ley Monetaria la obliga a pagar el equivalente en pesos al tipo de cambio en la época de pago.

Indemnización de seguros condicionada. Conforme lo previene el art. 21, fracc. II, de la *Ley sobre el Contrato de Seguro*, el contrato de seguro no puede sujetarse a la condición suspensiva de la entrega de la póliza o de cualquier otro documento en que conste la aceptación, y tampoco a la condición del pago de la prima. La cláusula que así lo estableciera sería nula.

Cláusulas que implican prácticas monopólicas relativas o verticales. Surgen

entre agentes económicos no competidores entre sí, involucrados en una relación vertical (fabricante y su distribuidor). Por lo general producen efectos tanto positivos como negativos, dependiendo de su aplicación; algunas veces buscan la integración o coordinación productiva o de distribución para incrementar la competitividad de las empresas y así reducir los precios al consumidor final; en consecuencia, no son nulos *per se*, sino cuando indebidamente dañan o impiden la competencia. Por ello, no son ilegales por sí mismos, sino que pueden serlo en ciertas condiciones (por ejemplo, cuando son nocivos a la competencia, o más concretamente, cuando los efectos negativos exceden los efectos positivos que pudieran generar). La LFCE establece en sus arts. 54 y 56 como tales los actos, contratos, convenios o combinaciones entre agentes económicos no competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser: *a)* desplazar indebidamente a otros agentes económicos del mercado; *b)* impedirles sustancialmente su acceso, o *c)* establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas.

- a) División vertical de mercados.* Fijación, imposición o establecimiento de la distribución exclusiva de bienes o servicios por razón del sujeto, situación geográfica o por periodos determinados, incluidas la división, distribución o asignación de clientes o proveedores, así como la imposición de la obligación de no fabricar o distribuir bienes o prestar servicios por un tiempo determinado o determinable. Implica restringir el número de competidores en una situación dada. La división puede ser temporal, geográfica o por características de bienes o personas.
- b) Restricción al precio de reventa o de venta del producto final.* Se trata de la imposición del precio o demás condiciones que un distribuidor o proveedor debe observar al expender o distribuir bienes o prestar servicios; los proveedores frecuentes imponen condiciones al precio de reventa del producto, a la construcción o decoración del local comercial y a los servicios que deben proveer sus distribuidores al consumidor final.
- c) Ventas atadas.* Cláusula por la cual la venta se condiciona a comprar, adquirir, vender o proporcionar otro bien o servicio adicional, normalmente distinto o distinguible, o sobre bases de reciprocidad.
- d) Cláusula de exclusividad.* Por virtud de esta, un agente económico con poder sustancial en el mercado relevante obliga a otro agente económico a

usar o adquirir, vender o proporcionar exclusivamente los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por aquel, o bien dicha cláusula otorga exclusividad de trato a un proveedor o a un distribuidor, de manera que solo a él se le pueden adquirir o vender los bienes o servicios.⁹¹

e) *Denegación de trato*. Cláusula por la cual los participantes se obligan a rehusarse a vender o proporcionar a personas determinadas bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros. Aunque puede ser justificado por razones de ética o la necesidad de mantener cierto control de calidad, la denegación de trato puede ser practicada por un monopolista para bloquear el crecimiento de otros proveedores o para prohibir a sus clientes la búsqueda de fuentes alternativas de abasto, como puede ser el caso de los expendedores de periódicos y revistas (también como boicot). Son actos que procuran u ocasionan el desplazamiento indebido de agentes económicos, que les impiden en forma sustancial el acceso a los mercados o establecen ventajas exclusivas y que se manifiestan con la negativa a vender o comprar bienes o servicios en condiciones normalmente ofrecidas o aceptadas a sus clientes o proveedores. A tal efecto, se toma en cuenta el poder sustancial en el mercado (art. 53, LFCE) o la existencia o inexistencia de barreras legales y administrativas, además de otros factores indicados en la misma ley.⁹²

f) *Boicot*. Consiste en la concertación entre varios agentes económicos o la invitación a estos para ejercer presión contra algún cliente o proveedor, con el propósito de disuadirlo de cierta conducta, aplicar represalias u obligarlo a actuar en un sentido determinado. Algunos son válidos, por ejemplo, si un grupo de almacenes boicotea a un proveedor de equipo eléctrico que no cumple con las normas de seguridad, sin que ello tenga efectos monopólicos, pero son nulos cuando buscan dejar fuera del mercado a proveedores que no cumplan con sus acuerdos de precio, o bien cuando adquieren los productos de la competencia para que no se introduzca en el mercado, como se denunció en 2008 a cierta compañía productora de papas y chicharrones en bolsa, que quiso sacar del mercado a otra productora de chicharrones; en ambos casos se trataba de prácticas monopólicas relativas.

g) *Depredación de precios*. Consiste en la venta por debajo de su costo medio variable o la venta por debajo de su costo medio total, aunque por arriba de

su costo medio variable, por un agente económico con poder sustancial en el mercado para desplazar a otro u otros agentes y recuperar sus pérdidas mediante incrementos futuros de precios.⁹³ Sin embargo, no se considera depredación la introducción de bienes o servicios nuevos; el aprovechamiento de saldos, productos defectuosos o perecederos; las reducciones de costos por nuevas técnicas y métodos de producción, integración de activos, incrementos en la escala de la producción y producción de bienes o servicios diferentes con los mismos factores de producción; la introducción de avances tecnológicos que produzcan bienes o servicios nuevos o mejorados; la combinación de activos productivos o inversiones y su recuperación que mejoren la calidad o amplíen los atributos de los bienes o servicios; las mejoras en calidad, inversiones y su recuperación, oportunidad y servicio que impacten favorablemente en la cadena de distribución; y cualquiera otra que demuestre la mejora en el bienestar del consumidor derivada de prácticas que superan sus efectos anticompetitivos; en fin, la generación de ganancias en eficiencia.

- h) *Ofertas y descuentos condicionados.* El otorgamiento de descuentos, incentivos o beneficios por parte de productores o proveedores a los compradores con el requisito de no usar, adquirir, vender, comercializar o proporcionar los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero, o la compra o transacción sujeta al requisito de no vender, comercializar o proporcionar a un tercero los bienes o servicios objeto de la venta o transacción.
- i) *Subvenciones no reintegrables.* El uso de las ganancias que un agente económico obtenga de la venta, comercialización o prestación de un bien o servicio para financiar las pérdidas con motivo de la venta, comercialización o prestación de otro bien o servicio.
- j) *Discriminación de precios.* El establecimiento de distintos precios o condiciones de venta o compra para diferentes compradores o vendedores situados en condiciones equivalentes.
- k) *Incremento de costos.* La acción de uno o varios agentes económicos cuyo objeto o efecto, directo o indirecto, sea incrementar los costos, obstaculizar el proceso productivo o reducir la demanda que enfrentan otro u otros agentes económicos.

- l) *Denegación de trato*. También llamada restricción de acceso o acceso en términos y condiciones discriminatorias a un insumo esencial por parte de uno o varios agentes económicos. El 15 de octubre de 2008, Nacional de Alimentos y Helados, S.A. de C.V. (NAYHSA), denunció a Sabritas, S. de R.L., por la presunta realización de prácticas monopólicas relativas; argumentó que desde que empezó a ampliar su cobertura en el noreste y centro de la República en la venta de chicharrón en bolsa (*Bokados*), Sabritas implantó una estrategia para evitar o disminuir la comercialización de dichos productos.
- m) *Estrechamiento de márgenes*. Consistente en reducir el margen existente entre el precio de acceso a un insumo esencial provisto por uno o varios agentes económicos y el precio del bien o servicio ofrecido al consumidor final por esos mismos agentes económicos, utilizando para su producción el mismo insumo.

Para determinar si un agente económico tiene poder sustancial en el mercado relevante (art. 59, LFCE) se debe tomar en cuenta su participación en el mercado, indicadores de ventas, números de clientes, capacidad productiva o cualquier otro factor procedente, a juicio de la Comisión Federal de Competencia Económica. El mercado relevante es aquel en el cual se realiza una práctica monopólica relativa respecto de un bien o servicio determinado. Se determina en función de la dimensión del producto, del área geográfica y del tiempo, las posibilidades de sustituir el bien o servicio de que se trate por otros, tanto de origen nacional como extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas, en qué medida cuentan los consumidores con sustitutos y el tiempo requerido para tal sustitución, los costos de distribución del mismo, de sus insumos e implementos; los costos para acudir a otros mercados; las restricciones para el acceso a otros productos o a otros mercados.

Anatocismo. El pacto de anatocismo, hoy por hoy violatorio de los derechos humanos de propiedad y exponente de la explotación del hombre por el hombre cuando es por anticipado (de *anatocismo*, del griego *aná*, reiteración, y *tokimós*, acción de dar a interés) y lesivo o usurario, es el pacto por medio del cual se conviene pagar intereses de intereses vencidos y no pagados.⁹⁴ Constituye una operación mediante la cual, capitalizados los intereses vencidos de un capital, devienen productivos de nuevo intereses, y es válido solo cuando las partes

convienen en dicha capitalización una vez que tales intereses han sido vencidos y no pagados, pero es nulo cuando se pacta de antemano sobre intereses no vencidos.

En efecto, tal como se alude en forma más amplia en el capítulo relativo al contrato de préstamo, en México, a pesar de que la jurisprudencia firme del máximo tribunal mexicano, de octubre de 1998,⁹⁵ sostuvo que el término *anatocismo* no existe en el derecho mexicano, porque no está recogido en las leyes, sí existe dicha institución, y hoy más que nunca es dudosa la validez de la cláusula por medio de la cual se conviene la capitalización de intereses de antemano. Dicho término está acuñado por la doctrina nacional y extranjera, al igual que otras instituciones como *plus petitio*, *pacto comisorio*, *cláusula resolutoria*, *pacta sunt servanda*, *stoppel*, *lesión*, etc., reconocidas en la ley sin nombre.

Es evidente que tanto el art. 363 del CCo como el 2397 del CCF se refieren a esta figura, que en leyes extranjeras como el Código Civil italiano (art. 1283) se identifica como anatocismo al pacto, por el cual se conviene de antemano en pagar intereses generados de intereses vencidos, por lo que no se puede desconocer bajo pena de incurrir en fraude a la ley. El CCo, en su art. 363, ubicado en el capítulo primero, denominado “Del préstamo mercantil en general”, se refiere al tema cuando señala: “Los intereses vencidos y no pagados, no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos.”

Si se analiza e interpreta de manera adecuada este precepto, se observa sin lugar a dudas que los intereses a que se refiere el precepto cuando dice: “Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos”, son únicamente los intereses vencidos y no pagados, no cualquier interés; esto es, no se refiere a los intereses por vencer, sino solo a los vencidos, porque antes de la expresión *capitalizarlos* dicho artículo se refiere a los “intereses vencidos y no pagados”, y de ninguna manera a los intereses por vencer.

De lo anterior resulta claramente que el CCo permite el pacto de capitalización de intereses únicamente cuando estos se han vencido y no de antemano, ya que la expresión *podrán* contiene en forma clara la temporalidad en la cual puede convenirse la capitalización, una vez que sean vencidos dichos intereses. De tal suerte que solo es válido el pacto de anatocismo de intereses vencidos y no pagados, y, en consecuencia, es nula la cláusula de anatocismo por adelantado,

sobre todo porque esta figura permite explotar o abusar del patrimonio de una persona, lo que excede la autonomía de la voluntad.

La nulidad de dicha cláusula deriva incluso directamente de lo previsto por el mismo art. 363, que solo permite la capitalización de intereses vencidos después de celebrado el contrato, así como de lo dispuesto por los arts. 2º y 81 del mismo CCo, que se refieren a la supletoriedad del CCF al CCo, y el segundo a la incorporación restringida. Reza el art. 81: “Con las modificaciones y restricciones de este código, serán aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de la capacidad de los contrayentes, y de las excepciones y causas que rescinden o invalidan los contratos.”

Tanto el CCo (art. 363) como el CCF (art. 2397) se refieren a la capitalización de intereses vencidos (anatocismo), pero a diferencia del segundo, aquel no establece en forma directa la nulidad del anatocismo por adelantado. Sin embargo, por disposición de los arts. 2º y 81 del CCo, surte la nulidad de la cláusula de anatocismo por adelantado, ya que esta es nula por disposición expresa del art. 2397 del CCF, artículo perfectamente incorporado al diverso 363 del CCo, sin que exista contradicción de normas. En efecto, se puede encontrar armonía y complementación en ambos artículos, para lo cual basta hacer la siguiente transcripción: “Los intereses vencidos y no pagados, no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos. Las partes no pueden, bajo pena de nulidad, convenir de antemano que los intereses se capitalicen y que produzcan intereses.”

No existe contradicción sino complementación, porque el art. 363 solo se refiere a la posibilidad de capitalizar los intereses vencidos y no pagados, y el art. 2397, que también permite la capitalización, prohíbe que esta se haga por adelantado, lo cual significa que solo está permitido el anatocismo respecto de intereses vencidos y no pagados.

Incluso, aunque se argumentara que el art. 2397 del CCF no puede incorporarse al CCo, ya que cuando este entró en vigencia aún no existía aquel precepto (que entró en vigor en 1932), por sí solo el art. 363 permite concluir la nulidad del pacto de anatocismo por adelantado; además, aunque el Código Civil de 1884 permitía la capitalización de intereses, exigía que las partes establecieran en forma previa los plazos conforme a los cuales podía operar dicha capitalización, de manera que este último ordenamiento sancionaba con nulidad los actos

jurídicos cuyo objeto fuera legalmente imposible, siendo uno de ellos el que la cosa no pudiese ser exigible, y ya que los intereses solo son exigibles a partir de su vencimiento, no puede ser objeto de pacto o convenio la capitalización de intereses por vencer.

Solo se puede autorizar válidamente el anatocismo de intereses vencidos y no pagados mediante convenio posterior al vencimiento, pero no de los intereses futuros,⁹⁶ pues no se puede perder de vista que, como afirma Gásperi,⁹⁷ el deudor que consiente en el anatocismo por adelantado lo admite por inexperiencia o extrema penuria, y el acreedor que lo estipula se aprovecha de estas circunstancias para lucrar con su debilidad y explotarle, por lo que la norma que prohíbe su capitalización de antemano es de orden público y no puede violentarse bajo el pretexto de que ello implica derogar la libertad contractual, porque esta está limitada a las normas de orden público y a las leyes privativas. De ahí que sea contraria a la de la Suprema Corte de Justicia del siglo pasado, ya que el pacto de anatocismo o de capitalización de intereses solo puede ser válido cuando resulte de una convención justa y de buena fe, posterior al vencimiento de los intereses, sin que estos o la capitalización resulten excesivos al grado de que se traduzcan en una explotación patrimonial del deudor por el acreedor; en este caso será nula, como lo será y con mayor razón la cláusula de anatocismo por adelantado, tal como se abunda al analizar el contrato de préstamo en el capítulo 16, al que se remite al lector bajo el rubro “Anatocismo, problemática en cuanto a los intereses moratorios y su capitalización”.

Cláusulas abusivas. Se trata de cláusulas contrarias a la buena fe y al justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, o imponen condiciones inequitativas en el marco de la relación de las partes, en las que se abusa de una de ellas o de su situación y la colocan en situación de incertidumbre, indefensión o desventaja frente a la otra. En Europa, conforme a la directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (la “directiva”), fueron reconocidas y los países de la Unión Europea las asumieron en sus legislaciones de consumo, generando declaraciones frecuentes de nulidad de las mismas.

En México, con la reforma a la LFPC del 4 de febrero de 2004, se insertó como principio la protección al consumidor contra prácticas y cláusulas abusivas o impuestas en el abastecimiento de productos y servicios y se sancionó de nulidad

el contrato que contenga cláusulas que impongan o “impliquen” prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores, obligaciones inequitativas o abusivas (arts. 1º, fracc. VII, y 85, LFPC).

En materia financiera, desde 2014 se prohíbe incluir en los contratos de adhesión de las instituciones del sistema financiero cláusulas abusivas (art. 56 bis, *Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros*, LPDUSF) y se faculta a la Condusef para que, mediante disposiciones de carácter general, establezca los casos y supuestos bajo los cuales se considere la existencia de una cláusula abusiva, en relación con cualesquiera términos y condiciones de los contratos de adhesión, excepto tasas de interés, comisiones o cualquier otro concepto que implique la contraprestación recibida por una institución financiera por la operación de que se trate. La Condusef puede resolver la supresión de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión y dar publicidad a dichas resoluciones mediante el Buró de Entidades Financieras, en el que se pone en evidencia el cumplimiento o no de las disposiciones de la LPDUSF.

Derivado de ello, la Condusef ha clasificado erróneamente las cláusulas de los contratos de adhesión en: *a)* cláusulas que incumplen una norma (cláusulas ilegales) y *b)* cláusulas que pudieran afectar al usuario en su patrimonio (cláusulas abusivas), lo que significa de entrada que solo las primeras serían nulas, no así las segundas, y con ello la Condusef legaliza el abuso, contrariando el espíritu de la ley, puesto que las cláusulas abusivas son ilegales y por ello deben ser declaradas nulas de pleno derecho porque, como su nombre indica, ponen en estado de desequilibrio, abuso o explotación a un sujeto por otro. Sin embargo, la misma Condusef refiere que respecto de las que llama *ilegales puede ordenar el cambio del contrato*, mientras que en las segundas solo puede *recomendar* dicha modificación, lo que es incomprensible, ya que en ambos supuestos hay ilegalidad.

Entre dichas cláusulas abusivas se pueden ubicar las que: *a)* desnaturalizan las obligaciones o limitan la responsabilidad por daños; *b)* importan renuncia o restricción de los derechos de una parte o amplían los derechos de la otra parte; *c)* contienen cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, por ejemplo: vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios; vinculación del contrato a la voluntad de una parte; privación de derechos básicos; desequilibrio en la posición; limitación unilateral de responsabilidad; renuncia o restricción de derechos de una parte; inversión de

la carga probatoria ante un hecho de incumplimiento; cobro de cuotas de manejo de tarjeta de crédito, pese a que su propietario no la haya utilizado; obligar al cliente a tener una cuenta de ahorros por un plazo mínimo determinado, antes de que esta se pueda cancelar; intereses desmedidos; y cláusulas suelo (el deudor debe pagar una tasa de interés mínima pactada que no puede bajar aunque bajen los intereses en el mercado o en la institución bancaria).

En la directiva de la Unión Europea se prevén diversos supuestos de cláusulas abusivas y se declara la nulidad de las mismas, entre otras: *a)* las que impliquen lesión, intereses usurarios, exclusión o limitación de la responsabilidad legal en caso de muerte o daños físicos debidos a una acción u omisión de la parte responsable; *b)* excluir o limitar de forma inadecuada los derechos en caso de incumplimiento total o parcial, o cumplimiento defectuoso de cualquiera de las obligaciones contractuales; *c)* prever compromisos en firme de una sola parte; *d)* retener cantidades dadas a cuenta en caso de rescisión; *e)* imposición de indemnización desproporcionadamente alta; *f)* autorizar la rescisión unilateral; *g)* autorizar la terminación del contrato de plazo indeterminado en brevísimo y sin notificación previa con antelación razonable, salvo por motivos graves; *h)* prorrogar automáticamente un contrato de duración determinada; *i)* la adhesión a cláusulas no conocidas antes del contrato; *j)* autorizar modificaciones unilaterales al contrato o del objeto de este; *k)* prever que el precio se determine en el momento de su entrega, u otorgar al vendedor el derecho a aumentar los precios; *l)* derecho exclusivo a interpretar cualquiera de las cláusulas del contrato; y *m)* suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos a una de las partes, etcétera.

Cláusulas nulas en los contratos de servicios de acceso a internet. Conforme al art. 192 de la *Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión* (LFTR), serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas que: *a)* permitan al proveedor modificar unilateralmente el contenido del contrato o sustraerse unilateralmente de sus obligaciones, aunque se autoriza la inclusión de cláusulas que permitan modificar las condiciones de los mismos, cuando de manera expresa se establezca al aviso previo al usuario o suscriptor; *b)* liberen al proveedor de su responsabilidad civil, excepto cuando el usuario o suscriptor incumpla el contrato; *c)* trasladen al usuario, suscriptor o a un tercero que no sea parte del contrato, la responsabilidad del proveedor; *d)* establezcan términos de prescripción inferiores a los legales; *e)* establezcan el cumplimiento de ciertas formalidades para la procedencia de las acciones que se promuevan en contra de

los concesionarios o autorizados, y f) obliguen al usuario a renunciar a lo dispuesto en la LFTR, a la LFPC, a ejercer una acción judicial individual o colectiva, o lo sometan a la competencia de tribunales extranjeros.

Autoevaluación

1. ¿Cuáles son las fuentes de las obligaciones mercantiles?
2. ¿Qué es un contrato vinculado?
3. ¿Cuáles son los límites a la autonomía de la voluntad en los contratos?
4. Ejemplifique tres cláusulas abusivas en los contratos mercantiles.
5. Mencione la interpretación de los contratos conforme a la teoría de Pothier.
6. ¿Cuáles son los principios de los contratos mercantiles?
7. ¿En qué consiste el abuso del derecho?
8. ¿Cuál es la diferencia entre cláusulas monopólicas absolutas y cláusulas monopólicas relativas?
9. ¿En qué consiste la teoría de los actos propios?
10. Describa dos clasificaciones de contratos.

¹ Louis Josserand (citado por Rafael de Pina Vara, *Elementos de derecho civil mexicano*, vol. III, “Obligaciones civiles-Contratos en general”, 8ª ed., Porrúa, México, 1993, p. 63) sostuvo que “las obligaciones procedentes de los contratos serían también legales, pues si producen efecto es por autorización u orden del legislador, que quiere que las convenciones sean ley entre quienes las celebraron, y que, en realidad, lo que hay que tomar en consideración no es la fuente primera y remota, la última ratio de la obligación, sino la fuente inmediata y más próxima”.

² Lisandro Peña Nossa, *De los contratos mercantiles nacionales e internacionales. Negocios de los*

- empresarios*, 2ª ed., Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2006, p. 33.
- 3 Arturo Díaz Bravo, *Contratos mercantiles*, 9ª ed., Iure Editores, México, 2008, p. 13.
 - 4 Lisandro Peña Nossa, *op. cit.*, p. 33.
 - 5 *Idem.*
 - 6 Ignacio Galindo Garfias, *Teoría de las obligaciones*, Porrúa, México, 2000, p. 1; Manuel Borja Soriano, *Tratado general de las obligaciones*, t. I, Porrúa, México, 1968, p. 97; Lisandro Peña Nossa, *op. cit.*, p. 33.
 - 7 Ignacio Galindo Garfias, *op. cit.*, p. 1; Lisandro Peña Nossa, *op. cit.*, p. 33.
 - 8 Luis Gásperi, *Tratado de derecho civil*, t. II, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1964, p. 663.
 - 9 *Cfr.* Jorge Eugenio Castañeda, *Instituciones de derecho civil. Parte general*, Tipografía y Offset Peruana, 1966, pp. 22 y siguientes.
 - 10 *Ibidem*, p. 186.
 - 11 *Cfr.* Francisco Conejo Certuche, “Acto jurídico”, en *Diccionario jurídico mexicano*, t. I, UNAM, México, 1982, p. 84; Jorge Sánchez Cordero y Dávila, “Teoría general del contrato”, en *Introducción al derecho mexicano*, t. I, UNAM, México, 1981, pp. 737 y siguientes.
 - 12 Jorge Sánchez Cordero y Dávila, *op. cit.*, pp. 737 y siguientes.
 - 13 Jorge Alfredo Domínguez Martínez, *Derecho civil*, 11ª ed., Porrúa, México, 2008, p. 509.
 - 14 Eugène Gaudemet (*Teoría general de las obligaciones*, Porrúa, México, 1994, p. 272) sostenía: “hay acuerdo en considerar que el tercero no puede valerse de las acciones de revocación o de rescisión, cuya existencia hemos reconocido a favor del estipulante, en caso de incumplimiento de la estipulación, pues dichas acciones no pueden aprovechar más que exclusivamente al estipulante, y no al tercero que nada ha dado al promitente.”
 - 15 Andreas von Tuhr, *Tratado de las obligaciones*, t. II, Reus, Madrid, 1934, p. 210; Humberto Ruiz Quiroz, *Revista Mexicana de Fianzas*, agosto de 1986, p. 137.
 - 16 Alicia Oviedo Bustos, *Gestión de negocios*, Astrea, Buenos Aires, 1984, p. 8.
 - 17 Javier Martínez Alarcón, *Teoría general de las obligaciones*, 2ª ed., Oxford University Press, México, 2000, p. 102.
 - 18 Manuel Bejarano Sánchez, *Obligaciones civiles*, 6ª ed., Oxford University Press, México, 2010, p. 242.
 - 19 Miguel Ángel Quintanilla García, *Derecho de las obligaciones*, 2ª ed., Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1981, p. 131.
 - 20 Visible en el Apéndice de 1995, Sexta Época, Tomo IV, Tesis 253, Página 173.

- ²¹ Manuel Borja Soriano, *Teoría general de las obligaciones*, Porrúa, México, p. 52.
- ²² Felipe Clemente de Diego, *Instituciones de derecho civil*, Artes Gráficas Julio San Martín, Madrid, 1968, p. 394.
- ²³ Domenico Barbero, *Sistema del derecho privado*, t. I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967, p. 92.
- ²⁴ *Idem*.
- ²⁵ *Ibidem*, p. 94.
- ²⁶ En lo sucesivo, salvo que se haga referencia a otro código en especial o ley extranjeros, la simple alusión al *Código de Comercio*, al *Código Civil* o a otro ordenamiento, deberá entenderse hecha al *Código de Comercio*, al *Código Civil Federal* y a los demás ordenamientos mexicanos, según corresponda. Para el estudio de este tema, cfr. Jorge Barrera Graf, *Instituciones de derecho mercantil*, Porrúa, México, 2000, p. 1; también véase Jorge Barrera Graf, *Instituciones de derecho mercantil*, Porrúa, México, 1957; Joaquín Garrigues, *Curso de derecho mercantil*, Porrúa, México, 1979; Joaquín Rodríguez Rodríguez, *Curso de derecho mercantil*, Porrúa, México, 1957; Rodrigo Uría, *Derecho mercantil*, Tecnos, Madrid, 1976; Manuel Broseta Pont, *Manual de derecho mercantil*, Tecnos, Madrid, 1974, p. 47; y César Vivante, *Tratado de derecho mercantil*, t. I, Reus, Madrid, 1936.
- ²⁷ Joaquín Garrigues, *op. cit.*, p. 15.
- ²⁸ Antonio Polo, citado por Manuel Broseta Pont en *La empresa, la unificación del derecho de las obligaciones y el derecho mercantil*, Biblioteca Tecnos de Estudios Jurídicos, Tecnos, Madrid, 1965, p. 66.
- ²⁹ Manuel Broseta Pont, *Manual...*, *op. cit.*, pp. 46 y siguientes.
- ³⁰ Joaquín Garrigues, *op. cit.*, p. 15.
- ³¹ Joaquín Garrigues, *op. cit.*, p. 41; Joaquín Garrigues, *Curso de derecho mercantil*, Porrúa, México, 1981, pp. 26 y ss.; Jorge Barrera Graf, *op. cit.*, p. 11. Para León Bolaffio, Alfredo Rocco y César Vivante (*Derecho comercial*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1947, p. 7), no existe el acto típico de comercio.
- ³² Para Javier Arce Gargollo (*Contratos mercantiles atípicos*, Porrúa, México, 2001, p. 128), son los contratos cuyo contenido no tiene regulación o disciplina en la legislación, respecto de la relación de derecho privado entre los particulares que contratan.
- ³³ Emilio Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, trad. A. Martín Pérez, Revista de Derecho Privado, Madrid, sin año, con prólogo del autor en 1943, p. 153.
- ³⁴ Xavier O'Callaghan Muñoz, "Promoción y adquisición de viviendas en régimen de multipropiedad (*timesharing*): regulación legal y derecho comparado", Dirección General para Vivienda y Arquitectura, MOPU, Colección Vivienda, núm. 3, Madrid, 1987, p. 87.
- ³⁵ Vittorio Salandra, "Contratti preparatori e contratti di coordinamento", *Rivista di Diritto Commerciale*, t. I, Italia, 1940, p. 236.

- 36 Alfredo Ferrero Diez Canseco, "Algunos apuntes sobre los contratos asociativos y su tratamiento en la Ley General de Sociedades peruana", *Ius et Veritas*, Núm. 18, Lima, p. 57.
- 37 Efraín H. Richard, *Sociedad y contratos asociativos*, Zavalia, Buenos Aires, 1987, p. 128.
- 38 Francesco Messineo, *Manual de derecho civil y comercial*, t. III, trad. Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955, §133, p. 5.
- 39 Manuel Jesús Díaz Gómez, "El riesgo en la doctrina de Pothier", *Derecho y conocimiento*, vol. 1, pp. 353-373, ISSN 1578-8202, Facultad de Derecho, Universidad de Huelva, 2001, pp. 358 y siguientes.
- 40 Robert Joseph Pothier, *Tratado de las obligaciones*, Heliasta, Buenos Aires, 1978 (según la edición francesa de 1824), p. 60.
- 41 Emilio Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 12.
- 42 Rubén S. Stiglitz, *Contratos civiles y mercantiles*, vol. 1, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 471.
- 43 *Idem*.
- 44 En la tesis "ARRENDAMIENTO, CONTRATOS COALIGADOS, VINCULADOS O INTERDEPENDIENTES EN MATERIA DE ARRENDAMIENTO", Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Tercera Sala, Séptima Época, *Semanario Judicial de la Federación*, Cuarta Parte, Volumen: 103108, Sexta Parte, Página 35.
- 45 Amparo directo 4341/56. Hidroeléctrica del Amacuzac, S. A. 7 de agosto de 1957. Mayoría de 4 votos. Ponente: Mariano Azuela; Disidente: Mariano Ramírez Vázquez. Tercera Sala, Sexta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, Cuarta Parte, Volumen: II, Cuarta Parte, página: 75. Tesis relacionada con jurisprudencia 108/85.
- 46 En apariencia, en los contratos que venía realizando Pemex Perforación, se pacta y realiza un programa de entrenamiento de personal del cliente cuyo presupuesto y duración dependen del área ocupada, y la fase de los trabajos y los programas de entrenamiento y costo de la capacitación corren a cargo del propio cliente, de ahí que han sido muy criticados en nuestro país. Cfr. http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/mepi/de_l_ma/apendiceF.pdf. Consulta hecha el 2 de febrero de 2015.
- 47 Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. I, *Introducción. Teoría del contrato*, Tecnos, Madrid, 1979, p. 243.
- 48 Ricardo Luis Lorenzetti, *Tratado de los contratos*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2001, en <http://www.ricardolorenzetti.com.ar/secciones/contratos1.htm>. Consultas hechas el 24 de febrero de 2006 y el 18 de diciembre de 2014.
- 49 Tesis Aislada, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXI, Mayo de 2005, Página 1537; Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito, Amparo directo 543/2004, 18 de noviembre de 2004.
- 50 Cfr. José A. Garrone, *Diccionario jurídico*, t. IV, LexisNexis, Buenos Aires, 2005, p. 212.

- 51 Ricardo Luis Lorenzetti, “Contratos modernos, ¿conceptos modernos?”, *La Ley*, 1996-E-851, p. 853.
- 52 Luis Díez-Picazo, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Tecnos, Madrid, 1970, p. 247.
- 53 Raúl Aníbal Etcheverry, “El veneno para ratas, la petrolera extranjera y el concepto de sociedad en la legislación argentina”, *La Información*, t. 67, Buenos Aires, 1983, p. 719.
- 54 Giuseppe Branca, *Instituciones de derecho privado*, trad. Pablo Macedo, Porrúa, México, 1978, p. 383.
- 55 Ignacio Galindo Garfias, “La interpretación del contrato”, pp. 197 y 198, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/11/dtr/dtr2.pdf>. Consulta hecha el 22 de enero de 2015.
- 56 Robert Pothier, *Tratado de las obligaciones*, Heliasta, Buenos Aires, 1978, conforme a la edición francesa de 1824, p. 604 http://books.google.com.mx/books?hl=es&lr=&id=fUs8AAAACAAJ&oi=fnd&pg=PA469&ots=srloFeUZsu&sig=aQHjsiGe1n3x57EsjLEb-PaS54s&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false. Consulta hecha el 6 de septiembre de 2014.
- 57 Ignacio Galindo Garfias, *La interpretación...*, *op. cit.*
- 58 Alfonso Contreras Negrete, “Apuntes de contratos mercantiles”, UNAM, www.iusmx.com/web/apuntes/iusmx_contratos_mercantiles.doc. Consulta hecha el 4 de enero de 2015.
- 59 Así lo reconoce la Suprema Corte de Justicia en la tesis “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’.” Sexta Época: (i) amparo civil directo 4481/40, 19 de enero de 1942; (ii) amparo directo 3374/53, 20 de enero de 1954; (iii) amparo directo 4279/55, 8 de agosto de 1957; (iv) amparo directo 2348/57, 19 de noviembre de 1959, y (v) amparo directo 5484/59, 1 de diciembre de 1960.
- 60 *Cfr.* Tercer Tribunal Colegiado de Circuito, Octava Época, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo IX, Febrero, p. 162, Apéndice al *Semanario Judicial de la Federación*, 1917-1985, Cuarta Parte, Tesis 108.
- 61 *Cfr.* SCJN, “INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS. OBLIGACIÓN DEL JUZGADOR DE SERVIRSE DE LAS REGLAS QUE SEAN IDÓNEAS PARA ESE PROPÓSITO, DISPUESTAS POR EL LEGISLADOR, EN CUANTO PUEDAN APOYAR RAZONABLEMENTE LA DECISIÓN INTERPRETATIVA ASUMIDA”. Novena Época, Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, 17 de marzo de 2011. Aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXXIII, Mayo de 2011, Página 1200.
- 62 *Ibidem.*
- 63 Así en la tesis “DERECHOS HUMANOS. EL PRINCIPIO PRO HOMINE ES INAPLICABLE CUANDO TRATÁNDOSE DEL CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO, EL QUEJOSO ALEGA QUE EL JUZGADOR DEBE ELEGIR LO MÁS FAVORABLE PARA ÉL, ENTRE LO EXPRESAMENTE PACTADO EN EL ACUERDO DE VOLUNTADES Y LO DISPUESTO POR LA

LEY”, Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 3, Página 1992.

⁶⁴ Rubén Stiglitz, *op. cit.*, p. 471.

⁶⁵ Cfr. Edgardo Muñoz, *El derecho de los contratos y de la compraventa en Iberoamérica*, Tirant lo Blanch, Universidad Panamericana, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2015, pp. 33 y 34.

⁶⁶ Unidroit, *Principios sobre los contratos comerciales internacionales*, trad. A. M. Garro, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, Roma, 1995. Esta fue traducción de la primera edición; actualmente existe una segunda edición realizada en 2010.

⁶⁷ Fundado en 1926 como una organización independiente (intergubernamental) que agrupa a juristas de distintas nacionalidades (y no a países), con sede en Roma; su objetivo es estudiar los medios de armonizar y coordinar el derecho privado entre los Estados o grupos de Estados y preparar la legislación uniforme.

⁶⁸ En la exposición de motivos del CCF el legislador de 1928 señala expresamente que dicho principio pasa a segundo término y que el derecho civil debe ser un derecho privado social.

⁶⁹ Cfr. la tesis “SUSPENSIÓN, NOCIONES DE ORDEN PÚBLICO Y DE INTERÉS SOCIAL PARA LOS EFECTOS DEL TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO”. Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo V, Enero de 1997, Página 383, Tesis I.3o.A. J/16.

⁷⁰ Véase al respecto Comisión Federal de Competencia Económica, *Informe Anual de Competencia Económica 1997*, CFCE, México, 1997.

⁷¹ Véase, por ejemplo, la tesis siguiente: “ARRENDAMIENTO. LA RENUNCIA AL PLAZO PREVISTO POR EL ARTÍCULO 2478 DEL CÓDIGO CIVIL ES VÁLIDA POR NO SER DE ORDEN PÚBLICO E INTERÉS SOCIAL. La renuncia a los artículos 2478 y 2479 del Código Civil no afecta el orden público ni el interés social, ya que aquellos preceptos se encuentran contenidos en el capítulo VII del título sexto de la segunda parte del libro cuarto del ordenamiento invocado y por ende no forman parte del capítulo IV del mismo título que se considera de orden público, dado que la renuncia de mérito sólo afecta el interés público de la inquilina y, por tanto, en nada se perjudica el interés de la colectividad, pues la norma de que se trata sigue rigiendo para quienes se encuentran en el supuesto a que se refiere.” Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Octava Época, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo IV, Segunda Parte, Página 99.

⁷² Cfr. José Juan Anzures Gurría, “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 22, enero-junio de 2010, p. 4.

⁷³ Jesús Alfaro Águila-Real, “Autonomía privada y derechos fundamentales”, *Anuario de Derecho Civil*, t. XLVI, fascículo I, enero-marzo de 1993, p. 75.

⁷⁴ Ángel Acedo Penco, “El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, 1997, pp. 323-392: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=119367>. Consulta hecha el 7 de febrero de 2015.

⁷⁵ Cfr. Nuria Bouza Vidal, “Aspectos actuales de la autonomía de la voluntad en la elección de la

jurisdicción y de la ley aplicable a los contratos internacionales”: http://www.ehu.eus/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2004/2004_5.pdf. Consulta hecha el 8 de febrero de 2015.

- ⁷⁶ José Luis Ugarte Cataldo y Manuel Carlos Palomeque, “La colisión de derechos fundamentales en el contrato de trabajo y el principio de proporcionalidad”. Cfr. http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/115628/1/DDTTS_Ugarte_Cataldo_J.L._La_colision.pdf. Consulta hecha el 7 de febrero de 2015.
- ⁷⁷ Cfr. Nuria Bouza Vidal, *op. cit.*
- ⁷⁸ Cfr. “PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD E INCIDENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES LABORALES”. Décima Época, Primera Sala, Tesis Aislada, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 13, Diciembre de 2014, Tomo I, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a. CDXXVII/2014 (10a.), p. 242. Amparo directo en revisión 992/2014, 12 de noviembre de 2014.
- ⁷⁹ Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 13, Diciembre de 2014, Página 219, Tesis: 1a. CDXXV/2014 (10a.), Amparo directo en revisión 992/2014, 12 de noviembre de 2014. Esta tesis se publicó el viernes 5 de diciembre de 2014 a las 10:05 horas en el *Semanario Judicial de la Federación*.
- ⁸⁰ Cfr. “PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. FACTORES PARA MEDIR LA INCIDENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES”, Primera Sala, Tesis Aislada, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 13, Diciembre de 2014, Tomo I, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a. CDXXVI/2014 (10a.), Página 243.
- ⁸¹ Aníbal Atilio Alterini, “Prólogo”, en Gustavo Ordoqui Castilla, *Abuso de derecho en civil, comercial, procesal, laboral y administrativo*, Ediciones Legales, Lima, 2014, p. 5.
- ⁸² Julien Bonnecase, *Tratado elemental de derecho civil*, vol. I, Harla, México, 1997, pp. 824-827.
- ⁸³ Novena Época, Primer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XVII, Febrero de 2003, Página 967.
- ⁸⁴ José Puig Brutau, *Estudios de derecho comparado: la doctrina de los actos propios*, Ariel, Barcelona, 1951, p. 104.
- ⁸⁵ Cfr. el reconocimiento de esta doctrina se resume en la tesis “CONTRATOS. APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS Y DEL PRINCIPIO DE BUENA FE”, *op. cit.*
- ⁸⁶ Véase la tesis aislada “PRINCIPIO DE LOS ACTOS PROPIOS. ELEMENTOS Y CONDICIONES DE APLICACIÓN”, Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 4, Página 2696.
- ⁸⁷ Antoni Vaquer Aloy y Núria Cucurull Serra, “¿Solvencia recuperada en buen momento? Aplicaciones jurisprudenciales de la *Verwirkung* en el juicio ejecutivo”, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, Facultad de Derecho y Economía, Universitat de Lleida 274, Barcelona, febrero de 2005, p. 3: http://www.indret.com/pdf/274_es.pdf. Consulta hecha el 25 de enero de 2015.

- 88 Felipe Tena, *Derecho mercantil mexicano*, Porrúa, México, 1980, p. 265.
- 89 Comisión Federal de Competencia Económica, *Informe Anual de Competencia Económica 1995-1996*, CFCE, México, 1996.
- 90 La expresión *cláusula leonina* debe su origen a una fábula de Esopo, que narra: “Juntáronse un león, una vaca, una cabra y una mansa oveja para cazar en los montes y repartirse después fraternalmente lo que apresaran. Bien pronto, con la ayuda de todos, se cazó una hermosa cierva; y el león dividida que la hubo en cuatro partes iguales, cuando cada cual pensaba tomar la suya, habló a sus compañeros con torvo ceño: ‘la primera de esas partes es para mí, porque soy el león; la segunda me pertenece porque soy el más fuerte; la tercera también será mía, porque he trabajado más que todos; y si alguien me disputa la cuarta tendrá que habérselas conmigo.’ De este modo se quedó con toda la cierva.” La moraleja es que cuando se tiene la honradez de la vaca, la inocencia de la cabra y la mansedumbre de la oveja, no se debe formar sociedad con los leones.
- 91 Según el *Informe de la Comisión Federal de Competencia Económica*, en 1996 se investigó sobre los contratos de exclusividad impuestos por Aerovías de México.
- 92 En la investigación concerniente a dos aerolíneas, la Comisión descubrió que la menor participación de mercado de la denunciada frente a su competidor (la denunciante) en la ruta México-San Luis Potosí eliminaba toda posibilidad de que este tuviera poder sustancial sobre ese mercado relevante. En esas circunstancias, la existencia de barreras a la entrada de competidores, consistentes en el procedimiento de permiso para operar rutas aéreas, carecía de peso en la determinación del poder de mercado en AeroCalifornia. En el caso autobuses, en la investigación de la denuncia por mantener precios promocionales artificialmente bajos en la ruta Puebla-Tehuacán, la Comisión corroboró que la liberación en los permisos de transporte de pasajeros hacía insostenible una posición de poder de mercado e inviable la comisión de prácticas depredatorias. En la investigación de otra denuncia se comprobó que la cámara textil solicitó a sus agremiados no inscribirse en el directorio de la rama publicado por Sistema Integrado de Comunicación (SIC), afectando de esta manera la demanda por sus servicios. Sin embargo, la acción de la Cámara, aunque perjudicial para SIC, no correspondía a una práctica monopólica por carecer de poder sustancial de mercado. En estas circunstancias, el Pleno emitió una resolución negativa al denunciante y apercibió a la Cámara sobre los riesgos anticompetitivos de su conducta.
- 93 Son características de la depredación de precios: a) precios en niveles inferiores al requerido para maximizar las ganancias; b) reducción de utilidades o inducción de pérdidas en los competidores por medio de presiones que abaten sus precios o restringen su incremento; c) fijación de precios insostenibles en el largo plazo; d) poder sustancial del depredador; e) fortaleza del depredador para enfrentar sus pérdidas o reducir sus utilidades en el mercado afectado; f) existencia de diversos factores que dilatan o encarecen la entrada o salida de los competidores actuales y potenciales; g) indicios; h) su objeto, el desplazamiento indebido a los competidores actuales e impedir el acceso a los potenciales.
- 94 Cfr. *Enciclopedia jurídica Omeba*, t. I, “Anatocismo”, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1954, p. 686.
- 95 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, Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo VIII, octubre de 1998, Tesis P./J. 53/98, Página 370.

⁹⁶ *Enciclopedia jurídica Omeba*, “Anatocismo”, *op. cit.*, p. 688.

⁹⁷ Luis Gásperi, *op. cit.*, p. 663.

Capítulo

2

Normas generales y especiales de los contratos mercantiles

Propósitos

Al concluir este capítulo, el lector identificará la supletoriedad y la incorporación de normas del Código Civil al Código de Comercio; las normas sobre el plazo; la mora; lugar de cumplimiento; pena convencional; intereses legal, convencional, moratorio y usuario; obligaciones en Udis, en dólares y en efectivo; aviso de privacidad, y la prescripción en materia mercantil.

Normas generales

Hasta la fecha en la que redactamos este capítulo, 21 artículos del CCo (2º, 75, 76, y 77 a 95) se refieren a las normas generales de los contratos mercantiles, algunos de los cuales difieren de lo prescrito por el CCF; 20 artículos más (del 96 al 116) están dedicados al comercio electrónico, sin que se satisfaga la reglamentación general de los contratos ni las obligaciones mercantiles. El CCo omite toda consideración respecto del concepto de obligación (vínculo jurídico por el cual una persona, llamada *deudor*, se constriñe frente a otra, denominada *acreedor*, a cumplir una prestación, ya sea de dar, hacer o no hacer), sus clases, modalidades y extinción; en su art. 75 enumera los actos jurídicos que reputa de comercio; en los arts. 273 a 308 y 332 a 604 regula algunos contratos mercantiles (comisión, depósito, consignación, compraventa, préstamo, transporte, cesión de créditos), y en un capítulo denominado “De los contratos mercantiles en general” (arts. 77 a 88) establece un conjunto de normas generales para todos los contratos mercantiles, pero especiales frente a las normas del CCF, las que se mencionan a continuación. Ello se justifica porque la

materia mercantil es de carácter especial y hasta excepcional, así que debemos recurrir al CCF, que es el ordenamiento que contiene una reglamentación *in extenso* a la que se habrá de recurrir en atención a la supletoriedad e incorporación conforme a lo dispuesto por los arts. 2º y 81 del CCo.

Supletoriedad e incorporación

Conforme a los arts. 1º y 2º del CCo, los actos comerciales solo se rigen por lo dispuesto en dicho código y las demás leyes mercantiles aplicables, y a falta de disposiciones en estas leyes, serán aplicables las normas del derecho común contenidas en el CCF. En tales condiciones, se puede decir que en lo no previsto por el CCo se deberá recurrir al CCF porque, como todos los códigos civiles, es la manifestación más clara del *derecho común*, el aplicable a todos, que regula *in extenso* los bienes, las fuentes de las obligaciones, sus modalidades, los contratos y en general los actos y hechos jurídicos como ningún otro ordenamiento lo hace, y por ello sus disposiciones son supletorias de las leyes federales cuando lo señalan de manera expresa (como lo hacen el CCo, el CFF, la LIC, etcétera).

Pero la frase “a falta de disposiciones” no significa que en todo lo no previsto se aplique siempre el CCF, pues si así fuera no habría razón para que el art. 81 del CCo señalara: “Con las modificaciones y restricciones de este Código, serán aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de la capacidad de los contrayentes, y de las excepciones y causas que rescinden o invalidan los contratos.” Sobre supletoriedad e incorporación no ha habido consenso doctrinal ni jurisprudencial, e incluso los tribunales federales habían venido exigiendo como requisitos para que operara la supletoriedad del CCF al CCo¹ que este estableciera la institución jurídica a la cual se pretendiera aplicar supletoriamente el CCF, de manera que si no se establecía o mencionaba en el CCo la institución, no se podía aplicar supletoriamente el CCF, como ocurría con el caso de la caducidad de la instancia, ya que al no estar prevista antes de las reformas de 1996 en el CCo no se reconocía dicha caducidad; incluso en abril de 1994 se dictó la tesis de jurisprudencia que marcaba cuatro requisitos para que operara la supletoriedad:

- a) que el ordenamiento que se pretenda suplir lo admita expresamente, y señale el estatuto supletorio; b) que el ordenamiento objeto de supletoriedad prevea la institución jurídica de que se trate; c) que no obstante esa previsión, las normas

existentes en tal cuerpo jurídico sean insuficientes para su aplicación a la situación concreta presentada, por carencia total o parcial de la reglamentación necesaria, y d) que las disposiciones o principios con los que se vaya a llenar la deficiencia no contraríen, de algún modo, las bases esenciales del sistema legal de sustentación de la institución suplida. Ante la falta de uno de estos requisitos, no puede operar la supletoriedad de una legislación en otra.²

El problema con dicha tesis era que aparentemente dejaba inaplicables muchas figuras no previstas en el CCo, como la solidaridad (aunque sí está mencionada en la LGTOC); así que la SCJN retoma el asunto de la supletoriedad de la ley y pretende dar mayor alcance al art. 2º del CCo al sostener que cuando se menciona: “A falta de disposiciones de este ordenamiento y las demás leyes mercantiles, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común...”, es simplemente que ante la falta de normas se debe aplicar dicho ordenamiento, por lo que –dice– exigir el requisito de que el CCo prevea la institución implica desconocer todas las figuras no previstas en el mismo; así que en la tesis 2a./J. 34/2013 (10a.), “SUPLETORIEDAD DE LAS LEYES. REQUISITOS PARA QUE OPERE”, incluye a la *incorporación* dentro del concepto de *supletoriedad* y precisa como requisitos para esta que:

a) El ordenamiento legal a suplir establezca expresamente esa posibilidad, indicando la ley o normas que pueden aplicarse supletoriamente, o que un ordenamiento establezca que aplica, total o parcialmente, de manera supletoria a otros ordenamientos; b) La ley a suplir no contemple la institución o las cuestiones jurídicas que pretenden aplicarse supletoriamente o, aun estableciéndolas, no las desarrolle o las regule deficientemente; c) Esa omisión o vacío legislativo haga necesaria la aplicación supletoria de normas para solucionar la controversia o el problema jurídico planteado, sin que sea válido atender a cuestiones jurídicas que el legislador no tuvo intención de establecer en la ley a suplir; y, d) Las normas aplicables supletoriamente no contraríen el ordenamiento legal a suplir, sino que sean congruentes con sus principios y con las bases que rigen específicamente la institución de que se trate.

Sin embargo, pierde de vista que el derecho mercantil es especial y excepcional, lo que significa que como tal contiene normas propias y especiales para las instituciones mercantiles, distintas y a veces contrarias a las del derecho civil, y otras idénticas, así como instituciones para las que el legislador ha dejado de manera voluntaria espacios o vacíos en el CCo, absolutos (omisiones) o parciales (deficiencias), con el propósito de ofrecer al órgano aplicador la posibilidad de cubrir esas lagunas con la supletoriedad o con la incorporación; es decir, que

cuando la norma delegante (CCo) carece total o parcialmente de reglas aplicables al caso concreto, se puede adoptar por la norma delegada (CCF) por incorporación³ o por supletoriedad.

Por ello, más que aplicación supletoria del CCF ante la ausencia de cualquier referencia legal en el CCo, de lo que se trata es de *incorporar* al CCo las instituciones del CCF no reguladas ni mencionadas en el *Código de Comercio* (por ejemplo, las normas de las obligaciones mancomunadas, indivisibles, condicionales, solidaridad, la mancomunidad, el pago por tercero, la subrogación, la dación en pago, arrendamiento, etc.), pues tales instituciones se aplican como si las normas del CCF que las rigen estuvieran incorporadas al CCo en todos los casos en los cuales, como dijimos, el CCo no contiene disposición alguna y que, sin embargo, son válidas y aplicables en derecho mercantil.

Dicha incorporación tiene su fundamento en el art. 1º del propio CCF, que establece: “Las disposiciones de este Código regirán en toda la República en asuntos del orden federal”, como lo es la materia mercantil, pues aquí no se trata de supletoriedad. En cambio, habrá supletoriedad en los casos en que la ley mercantil sí regula la institución pero de manera deficiente, o cuando solamente la menciona sin regulación alguna; por ello se acude a la ley civil, siempre que no contraría las bases y fundamentos del CCo y de la institución regulada en su caso en el CCo, sino que complementa la reglamentación del acto jurídico. Lo anterior es así porque suponer que hay supletoriedad también cuando el CCo es totalmente silente significaría no comprender lo dispuesto por el art. 81 del mismo ordenamiento mercantil.

La supletoriedad del CCF surte siempre que se establezca la institución o se regule, pero de manera incompleta, y que no exista norma en contrario o especial en el CCo, o que la norma con que pretende colmarse la laguna no contraría las normas especiales o excepcionales de la institución; esto es, si el CCo establece una norma distinta o especial de la prevista en el CCF para una institución en particular, prevalece la norma especial de aquel, como ocurre en las obligaciones sin plazo o en compraventas mercantiles en las que la transmisión del riesgo de la cosa pasa al comprador a partir de que la cosa le ha sido entregada (ya sea jurídica, virtual o realmente), porque así lo prevé expresamente el art. 377 del CCo. Es decir, la supletoriedad opera cuando: *a)* el CCo establezca expresamente dicha supletoriedad (lo que acontece en el art. 2º); *b)* falten disposiciones expresas en el CCo sobre determinada institución (por ejemplo,

para el arrendamiento, art. 75, fraccs. I y II, CCo) o que sean insuficientes (por carencia parcial de la reglamentación, como en la compraventa); c) cuando el CCF u otras normas ordenen su aplicación supletoria a las leyes mercantiles o federales (por ejemplo, la LFF); y d) cuando las disposiciones del CCF no contraríen, de algún modo, las bases esenciales del sistema legal de sustentación de la institución suplida o del CCo; es decir, que las normas del CCF no pugnen con otras del CCo (en el caso de la mora, los efectos son diferentes en ambos ordenamientos).

Lo anterior es así porque el mismo CCF establece en su art. 1º que “Las disposiciones de este Código regirán en toda la República en asuntos del orden federal” (como lo es el CCo), y en su exposición de motivos advierte que “puede decirse con toda propiedad que las disposiciones del Código Civil están incorporadas a las leyes federales, que forman parte de una ley federal, como si estuvieran insertas en las mismas... cuando expresamente lo mande la ley”. Incluso en la misma exposición de motivos se reconoce la necesidad de unificación de las normas del CCF y del CCo en un solo ordenamiento, por lo que no cabe duda de que las reglas generales y particulares de las obligaciones y los contratos civiles son aplicables a los mercantiles a falta de disposiciones en el CCo, como si estuvieran incorporadas al mismo, salvo aquellas que sean contrarias con lo dispuesto por este o a sus principios.

Además de esa supletoriedad general del CCF, existe supletoriedad restringida o incorporación expresa de sus normas al CCo, conforme lo previene el art. 81 del *Código de Comercio* cuando establece: “Con las modificaciones y restricciones de este Código serán aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de la capacidad de los contrayentes, y de las excepciones y causas que rescinden o invalidan los contratos.” Por ello, la nulidad de los actos mercantiles o su extinción por resolución se rige conforme a las normas del CCF, con las excepciones previstas por el CCo. Eso significa que, en definitiva, tanto la supletoriedad como la incorporación implican la aplicación de las normas del CCF a los actos regulados por el CCo cuando este no contiene una norma al respecto, como si estuvieran incorporadas al mismo y cuando su aplicación no contraría los principios y el sistema del CCo (supletoriedad). Así, cuando se trata de actos no regulados por el CCo, como el arrendamiento, se aplican las normas generales de las obligaciones y contratos previstos en el CCo, y supletoriamente las normas del CCF relativas al arrendamiento.

Plazo de cumplimiento

Obligaciones con plazo. Son aquellas para cuyo cumplimiento se ha señalado un día cierto (art. 1953, CCF), el que necesariamente ha de llegar. Dicho plazo es en beneficio del deudor, salvo pacto, pero el deudor pierde el derecho al plazo si resulta insolvente (salvo que garantice), cuando no cumple con las garantías prometidas, por disminución o pérdida de garantías. Las segundas son las obligaciones que no tienen plazo señalado para su cumplimiento. El CCo solo se refiere expresamente al cumplimiento de las obligaciones derivadas de actos mercantiles en las que no se fijó plazo de cumplimiento (art. 83); las que sí tienen plazo deben cumplirse en el mismo conforme al art. 79 de ese ordenamiento y lo previsto por el art. 1953 del CCF.

Obligaciones sin plazo. A diferencia de lo establecido por el CCF (art. 2080), que distingue el cumplimiento de las obligaciones sin plazo tomando en cuenta la naturaleza de la prestación, esto es, si se trata de una obligación de dar, aquellas que importan traslación de dominio de cosa cierta, enajenación temporal de uso o goce de cosa cierta, o restitución de cosa ajena o pago de cosa debida (art. 2011, CCF), o de obligaciones de hacer, en el primer caso señala el plazo de 30 días después de la interpelación que se haga judicial o extrajudicialmente, y en el segundo, cuando lo exija el acreedor, transcurrido el término necesario para su cumplimiento; el CCo, en cambio, señala que dichas obligaciones son exigibles, según la acción judicial a que tenga derecho el acreedor: a los 10 días después de contraídas si solo produjere acción ordinaria, y al día siguiente si llevaren aparejada ejecución.

Dicho plazo de cumplimiento opera desde luego cuando ni las partes ni la ley han señalado plazo de cumplimiento; así, en compraventa mercantil, el art. 380 señala que a falta de plazo el vendedor debe poner las mercancías a disposición del comprador dentro de las 24 horas siguientes al contrato, y exige al comprador pagar el precio de contado, así como la obligación del pago de intereses al tipo legal en caso de mora. Tratándose de seguros, el crédito que resulte por ocurrir la eventualidad prevista en el contrato es exigible a los 30 días siguientes de aquel en el cual son entregados los documentos justificativos a la aseguradora (art. 71, LSCS); finalmente, en los préstamos por tiempo indeterminado el prestatario debe pagar después de los 30 días siguientes a la interpelación judicial o extrajudicial (art. 360, CCo). Asimismo, conforme al art. 84 del CCo, no se reconocen en materia mercantil los plazos de gracia ni de

cortesía, como sí lo hacen las leyes procesales locales, que exigen al juzgador conceder un término de gracia al deudor para cumplir con lo ordenado en la sentencia, y que en materia de compraventa mercantil internacional se permite el plazo suplementario y hasta se obliga a las partes en ciertos casos a concederlo, según se verá cuando se analice la compraventa.

En nuestra opinión, este artículo es letra muerta, sin que por ello se olvide que contra la observancia de la ley no se puede alegar uso o costumbre en contrario, pero nos parece que es una norma que perjudica al deudor, por lo cual no se podría declarar nula la cláusula o el convenio de prórroga del plazo de pago.

Plazo razonable

La *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías* señala que a falta de pacto, las obligaciones derivadas de este contrato deben cumplirse dentro de un plazo razonable, que en ningún caso podrá exceder de dos años, como lo especificamos al analizar la compraventa internacional.

Lugar de pago

El CCF establece en su art. 2082 la regla general de que el pago debe hacerse en el domicilio del deudor, salvo que las partes convengan otra cosa o que lo contrario se desprenda de las circunstancias, de la naturaleza de la obligación o de la ley (así, en materia civil, el vendedor debe entregar la cosa vendida en donde se encontraba esta cuando se vendió; art. 2291, CCF). A su vez, el art. 86 del CCo previene que salvo pacto en contrario, las obligaciones mercantiles habrán de cumplimentarse en el lugar en que según la naturaleza del negocio – por ejemplo, en las ventas CIF (*cost, insurance and freight*) o *costo seguro y flete*, el lugar de entrega será a bordo del buque en el puerto marítimo de embarque convenido. Mientras que en las ventas DDP (*delivered duty paid*) o *entregada, derechos pagados hasta puerto de embarque*, el vendedor debe entregar la mercancía en el punto convenido, libre para su importación pero sin descargar la mercancía– o la intención de las partes deba considerarse adecuada al efecto por consentimiento de estas o por arbitrio judicial.

Una tesis aislada⁴ intenta explicar de manera fallida el lugar de pago a la luz del precepto citado y sostiene que la naturaleza de un contrato radica en el conjunto de elementos que lo integran y de sus peculiaridades más destacadas, como los sujetos, el objeto, la causa y los fines perseguidos por los contratantes, pues este conjunto caracteriza al acto jurídico y lo distingue de los demás de su especie, además de revelar los mecanismos de su funcionamiento en la realidad a la que están destinados; de ahí que llegue al extremo de calificar esa naturaleza en función de la edad, el género, el domicilio, o si es un mueble voluminoso, pesado o ligero, lo que nos parece totalmente equivocado, porque la naturaleza del contrato atañe al contenido obligacional y no a los demás elementos que señala la tesis aislada.

Mora

El incumplimiento de las obligaciones por una de las partes implica su responsabilidad frente a la otra, responsabilidad que se concreta en el pago de los daños y perjuicios causados directamente y como consecuencia de dicho incumplimiento. Para la mora del acreedor, nos remitimos al *retraso desleal* ya expuesto.

Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, con excepción de aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley, por lo que una vez celebrados, los contratantes están obligados no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que según su naturaleza son conformes a la buena fe, al uso y a la ley; de suerte que si obligados a prestar un hecho dejaren de prestarlo, o no lo prestaren conforme a lo convenido, son responsables de los daños (la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por falta de cumplimiento por obligación) y los perjuicios (privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento).⁵ Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse.

El art. 2117 del CCF dispone que la responsabilidad civil puede ser regulada por convenio de las partes, salvo aquellos casos en que la ley ordene expresamente otra cosa (por ejemplo, no puede exonerarse del pago de daños y perjuicios procedentes de dolo; art. 2106, CCF); si la prestación consistiera en el pago de

cierta cantidad de dinero, los daños y perjuicios que resulten de la falta de cumplimiento del contrato no podrán exceder del interés legal, salvo convenio en contrario.⁶ Para determinar los efectos de la mora en materia mercantil se considera el plazo de cumplimiento previsto en el CCo, que señala en su art. 85 que en los contratos que tuvieren día señalado para su vencimiento, por voluntad de las partes o por disposición de la ley, comenzará al día siguiente de su vencimiento, y en los que no lo tengan, desde el día en que el acreedor le reclamare al deudor, judicial o extrajudicialmente, ante fedatario o testigos.⁷

Cuando se trata de obligaciones recíprocas, ninguno de los contratantes incurre en mora si el otro contratante no cumple y no existe dependencia de dichas obligaciones ni plazo, o no se allana a cumplir debidamente la obligación que le corresponde, por ser ello de equidad y de justicia, ya que en los contratos bilaterales cada uno de los contratantes se obliga a condición de que el otro cumpla la obligación que se impone, y si este no la satisface, la equidad exige que se le releve de la obligación que contrajo y que, por tanto, no incurra en mora mientras el otro contratante no cumpla o no se allane a cumplir la obligación que le corresponde. Para la mora del acreedor nos remitimos a lo expuesto anteriormente con el título de “retraso desleal” como acto de mala fe, contrario al principio de buena fe contractual.

Intereses

Los intereses son los frutos del capital (art. 893, CCF) y surgen en las obligaciones cuyo contenido es la dación de sumas de dinero, es decir, de obligaciones pecuniarias, en las que el dinero constituye el precio de la cosa vendida o arrendada, el objeto del mutuo, del préstamo, prenda y de las operaciones de crédito, así como de los títulos de crédito. La razón de los intereses estriba en que los mismos corresponden a la disponibilidad concedida a otro de sumas de dinero que dan utilidad a quien se sirve de ellas y priva de las mismas al acreedor. El CCo no contiene una disposición general para los intereses ni señala cuál es el interés legal en materia comercial; solo se refiere a intereses en el caso del contrato de préstamo y los define como toda prestación pactada a favor del acreedor que conste precisamente por escrito (art. 361). Las partes tienen libertad para pactar la tasa de intereses, su forma y plazo de pago; sin embargo, existen limitaciones como la lesión y la usura.

Interés convencional. Este tipo de interés es pactado libremente por las partes en las obligaciones dinerarias; dicho interés puede ser por el monto, tasa o cantidad que se pacte a pagarse durante el plazo concedido para restituir sumas de dinero, para el pago diferido de sumas de dinero por bienes, servicios u otro valor económico (interés ordinario), o por el plazo durante el cual permanece sin pagar una suma de dinero de plazo vencido (interés moratorio).

Interés legal. Se trata de una tasa de interés determinada –en México, anualmente– e impuesta al deudor de prestaciones económicas por todo el tiempo que permanezca en demora en el pago de tales obligaciones; se aplica en el caso de que las partes no hayan pactado otra tasa. El CCo no regula el interés legal, aunque de manera literal sí lo menciona en algunos contratos, en tanto que en el art. 362 del mismo ordenamiento, ubicado en el título quinto, “Del Préstamo Mercantil”, sin hacer mención alguna del *interés legal*, previene que los deudores que demoren en el pago de sus deudas deberán satisfacer, desde el día siguiente al del vencimiento, el interés pactado para este caso, o en su defecto 6% anual. Sin embargo, en los demás contratos no existe una disposición similar; por lo contrario, en los contratos de compraventa y de comisión el CCo se refiere no solo a la obligación de pagar intereses (art. 298), sino incluso a la de pagar el *interés legal* (arts. 293 y 380) o el *interés comercial* (art. 305), sin que señale cuál es la tasa para uno y otro casos. La pregunta que surge es saber si el interés legal a que se refieren esos contratos, ubicados en capítulo distinto del préstamo, es el señalado para este, o si por la circunstancia de que el CCo mencione la necesidad de pagar interés legal debemos acudir directamente al derecho común, de aplicación supletoria, para determinar cuál es ese interés legal (9%), o si es válido acudir a las reglas del otro contrato regulado en el CCo para aplicar el 6% anual como interés legal, aunque dicho ordenamiento no lo califique con esa locución.

A su vez, el CCF, en sus arts. 2394 y 2595, relativos al mutuo con interés, señala que el interés es legal o convencional y que el primero es de 9% anual. Derivado de lo anterior, ha surgido la convicción de que en materia civil el interés legal es de 9% anual, y la idea de que en materia mercantil también existe interés legal, que es de 6% anual; sin embargo, el 6% señalado para el préstamo mercantil no puede constituir el interés legal en materia mercantil, sino única y exclusivamente para el contrato de préstamo.

Como ya se señaló, el CCo impone al deudor que demore en el pago la

obligación de pagar intereses legales, tanto en la compraventa mercantil como en la comisión. Asimismo, el art. 153, fracc. II, de la LGTOC se refiere al pago de intereses al tipo legal; sin embargo, dicho código no establece en precepto alguno cuál es ese interés legal, por lo que se considera que como el CCo se refiere a interés legal sin definir cuál es este,⁸ y dado que el CCF sí lo define, el interés legal en materia mercantil debe ser también 9%, que se refiere en el art. 2395 del CCF, por aplicación supletoria conforme al art. 2º del CCo.

En la tesis de jurisprudencia del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa se reconoce que el 6% anual previsto para el contrato de préstamo mercantil no es el interés legal en materia mercantil, y se sostiene lo siguiente:

Es incorrecto denominar al interés previsto por el artículo 362 del Código de Comercio como “interés legal mercantil”, puesto que éste sólo rige para la mora en el pago de deudas originadas por el incumplimiento del contrato de préstamo y no para todos los contratos previstos por la legislación mercantil. El precepto en cita está comprendido dentro del Título Quinto, Capítulo I, relativo al contrato de préstamo mercantil; y en su primer párrafo dispone: “los deudores que demoren el pago de sus deudas deberán satisfacer, desde el día siguiente al del vencimiento, el interés pactado para ese caso, o en su defecto el 6% anual”. Al señalar la norma al “deudor” se refiere a aquel sujeto que debe una cantidad y no al sujeto obligado, en términos generales, al cumplimiento de una obligación. Si el legislador hubiere tenido el propósito de considerar el 6% como interés legal aplicable a todos los negocios mercantiles lo habría expresado así en otro apartado del Código de Comercio, preferiblemente en el Capítulo Segundo del Título I, donde se consignan disposiciones aplicables a todos los actos de comercio, en especial a los contratos; como no lo hizo así, y por el contrario, lo estableció en el apartado que regula el préstamo mercantil, debe concluirse que sólo es aplicable para éste; además, del análisis de los criterios jurisprudenciales emitidos por la Sala Civil del más alto tribunal, relativos a figuras como la letra de cambio y el pagaré, puede concluirse cabalmente que tal porcentaje de interés se aplica únicamente a la mora en pago de deudas. Por ello *strictu sensu*, no existe un interés legal aplicable de modo general a los actos y contratos mercantiles diferentes del préstamo, pues el legislador omitió expresarlo...⁹

Aunque es acertada la primera parte del texto, no corresponde al juez determinar cuál es el monto de los daños y perjuicios por incumplimiento de obligaciones distintas del préstamo mercantil, ya que tanto el CCo como la LGTOC aluden al

interés legal; esto es, al establecido por la ley y no al determinado por arbitrio judicial, por lo que, conforme el art. 2º del CCo, se debe acudir a la supletoriedad de los arts. 2394 y 2395 del CCF, los que expresamente se refieren y definen al interés legal. A pesar de que el CCo menciona en diversos preceptos dicho interés legal, ninguna de sus disposiciones lo define ni determina la tasa aplicable al mismo; en consecuencia, las normas del CCo resultan insuficientes por omisas para determinar dicha tasa, por lo que se debe aplicar supletoriamente lo dispuesto en los citados arts. 2393 y 2395 del CCF. Como estas disposiciones no contrarían de modo alguno las bases esenciales del sistema legal de sustentación del interés legal y no pugnan con las del CCo, se concluye que el interés legal en materia mercantil es el de 9% anual.¹⁰

Interés lesivo. Es el interés desproporcionado que fija el acreedor al deudor o que se pacta aprovechando la extrema miseria, notoria necesidad o suma ignorancia del deudor; dicho interés es objeto de nulidad por el deudor. La línea de diferencia entre este interés y el usurario es muy delgada, pero de gran trascendencia, porque aquel es anulable a petición de parte, en tanto que el usurario es de oficio, por tratarse de una violación al derecho humano de propiedad y de una explotación del hombre por el hombre. La SCJN, en la tesis por contradicción 350/2013, que fue objeto, como ya es costumbre, de una nueva reflexión, aludía a una sanción por el incumplimiento de una obligación lesiva y usuraria, y consideraba que a pesar de que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) prohíbe la explotación del hombre por el hombre, la misma no fija parámetros para evitarla y la LGTOC tampoco establece límite para cuantificar los intereses, por lo que analizó en dicha tesis los sistemas sobre la manera de sancionarlos: *a)* el objetivo, *b)* el subjetivo y *c)* el objetivo-subjetivo o mixto; este, dijo, es el considerado por la CADH, que lo cataloga como una forma de explotación patrimonial entre seres humanos, en tanto que la ley mercantil es silente y el CCF la sanciona como lesión, así como delito en materia penal.

El supremo tribunal estableció que para tener por satisfecho el imperativo constitucional la ley debe prohibir la usura, no debe permitir que una persona obtenga, en provecho propio y de modo abusivo sobre la propiedad de otro, un interés excesivo, derivado de un préstamo, y que, por tanto, hay la necesidad de que el juez reduzca el monto de los mismos de acuerdo con varios parámetros, como la calidad de los sujetos, tipo de relación, destino del crédito, monto, plazo de pago, existencia de garantías, índices económicos, tasas de referencia, etc. Dicha tesis fue superada por la tesis 1a./J. 46/2014 (10a.), que mencionamos

enseguida, en la cual la SCJN reconoce que en su elaboración equiparó el interés usurario con el interés lesivo, lo que provocó que estimara que los requisitos procesales y sustantivos que rigen para hacer valer la lesión como vicio del consentimiento se aplicaran también para que pudiera operar la norma constitucional, consistente en que la ley debe prohibir la usura como forma de explotación del hombre por el hombre.

Interés usurario. Se trata de un interés excesivo, abusivo, intolerable, que implica una explotación patrimonial del hombre por el hombre; como señala la SCJN, se le considera violatorio de los derechos humanos, respecto de los cuales el art. 1º constitucional ordena que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, deben promover, respetar, proteger y garantizar:

Así, resulta que el artículo 21, apartado 3, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, prevé la usura como una forma de explotación del hombre por el hombre, como fenómeno contrario al derecho humano de propiedad, lo que se considera que ocurre cuando una persona obtiene en provecho propio y de modo abusivo sobre la propiedad de otra, un interés excesivo derivado de un préstamo; pero además, dispone que la ley debe prohibir la usura. Por lo anterior... la permisión de acordar intereses tiene como límite que una parte no obtenga en provecho propio y de modo abusivo sobre la propiedad de la otra, un interés excesivo derivado de un préstamo; destacando que la adecuación constitucional del precepto legal indicado, no sólo permite que los gobernados conserven la facultad de fijar los réditos e intereses que no sean usurarios al suscribir pagarés, sino que además, confiere al juzgador la facultad para que, al ocuparse de analizar la litis sobre el reclamo de intereses pactados en un pagaré y al determinar la condena conducente (en su caso), aplique de oficio el artículo 174 indicado acorde con el contenido constitucionalmente válido de ese precepto y a la luz de las condiciones particulares y elementos de convicción con que se cuente en cada caso, a fin de que el citado artículo no pueda servir de fundamento para dictar una condena al pago de intereses mediante la cual una parte obtenga en provecho propio y de modo abusivo sobre la propiedad de su contrario un interés excesivo derivado de un préstamo. Así, para el caso de que el interés pactado en el pagaré, genere convicción en el juzgador de que es notoriamente excesivo y usurario acorde con las circunstancias particulares del caso y las constancias de actuaciones, aquél debe proceder de oficio a inhibir esa condición usuraria apartándose del contenido del interés pactado, para fijar la condena respectiva sobre una tasa de interés reducida prudencialmente que no resulte excesiva, mediante la apreciación de oficio y de forma razonada y motivada de las mismas circunstancias particulares del caso y de las constancias de actuaciones que válidamente tenga a la vista el juzgador al momento de

resolver.¹¹

Cláusula penal

La cláusula penal constituye una cláusula accidental del contrato y, por tanto, solo opera cuando las partes expresamente la han convenido. Como cláusula accesoria, su nulidad no acarrea la nulidad del contrato principal¹² (art. 1841, CCF). La cláusula penal consiste en una prestación pactada para el caso de que cierta obligación no se cumpla, o no se cumpla conforme a lo pactado por las partes. Su objeto no solo es indemnizar al acreedor de los daños y perjuicios que se le sigan por el incumplimiento, sino fundamentalmente apremiar al deudor para que cumpla, de ahí que el CCF señale que la pena convencional no puede exceder el importe del capital, lo que en cambio sí ocurre con los intereses moratorios.

Conforme a lo dispuesto por el art. 1840 del CCF, los contratantes pueden estipular cierta prestación como pena para el caso de que la obligación no se cumpla, o se cumpla de manera no convenida; si tal estipulación se hace, no pueden reclamarse, además, daños y perjuicios. El art. 1847 de ese ordenamiento previene que no podrá hacerse efectiva la pena cuando el obligado a ella no haya podido cumplir el contrato por hecho del acreedor, caso fortuito o fuerza insuperable, de donde resulta que la pena convencional (cláusula penal, sanción, etc.) se integra con los elementos siguientes: *a)* un acuerdo de voluntades de los contratantes, accesorio al contrato principal; *b)* la imposición de una pena, en sustitución del resarcimiento de posibles daños y perjuicios; *c)* el incumplimiento culpable, total o parcial, de la obligación objeto de la convención principal; *d)* alguna prestación a favor del acreedor.

El art. 88 del CCo señala que en caso de que se fije dicha pena, la parte perjudicada puede exigir el cumplimiento del contrato o la pena prescrita, pero no ambos; que utilizada una de tales acciones, queda extinguida la otra. Al respecto, surgen dos cuestiones interesantes. La primera de ellas es la relativa a la posibilidad de exigir la pena convencional y el cumplimiento del contrato cuando dicha pena se estipuló por el simple retardo en el cumplimiento de la obligación o porque esta no se cumple de la manera convenida. El CCF, en su art. 1846, al igual que el art. 88 del CCo, se refiere a la incompatibilidad del

cumplimiento con la pena convencional;¹³ sin embargo, el primer ordenamiento admite la acumulación de la pena y del cumplimiento forzado cuando la pena se estipuló por el simple retardo en el cumplimiento de la obligación o porque esta no se presta de la manera convenida. En nuestra opinión, la expresión del CCo “pero utilizando una de estas dos acciones, quedará extinguida la otra” no permite por ningún motivo exigir el pago de la pena por simple retardo en el cumplimiento, como sí lo hace el CCF, ya que el CCo no diferencia y, por tanto, no se puede distinguir los casos de acumulación de ambas instituciones. Cuestión distinta es la de establecer dos o más penas convencionales para casos distintos de incumplimiento.¹⁴

Respecto de la cláusula penal en materia mercantil, se han emitido dos tesis sobre la aplicabilidad o no del art. 1846 del CCF, y se ha resuelto que el art. 88 del CCo regula todos los supuestos de incumplimiento (ya sea parcial o total) y no existe justificación para aplicar supletoriamente el art. 1846 del CCF. Por tanto, cuando se demanda el incumplimiento parcial o total de un contrato mercantil, el acreedor no puede ejercer de manera simultánea las acciones de cumplimiento del contrato y la de pago de la pena en él convenida, sino que deberá ejercer exclusivamente una de ellas.¹⁵

La segunda cuestión es determinar si el perjudicado, al optar por la resolución del contrato según el art. 1949 del CCF (aplicado por incorporación conforme al art. 81 del CCo), puede al mismo tiempo exigir el pago de daños y perjuicios y la pena convencional. El CCo no señala nada al respecto; sin embargo, el art. 1840 del CCF, aplicable supletoriamente al primero, añade: “Si tal estipulación se hace, no podrán reclamarse, además, daños y perjuicios.” Por ello se considera que no son acumulables daños y perjuicios con pena convencional. La ventaja de dicha cláusula, si es que existe, es la liberación al acreedor de probar los daños y perjuicios causados, e incluso el deudor debe pagar la pena pactada aunque el acreedor no sufra perjuicio alguno (art. 1842, CCF). La pena convencional prevista en el CCo tiene el mismo alcance, propósito y naturaleza que la pena convencional a que se refiere el art. 1840 del CCF,¹⁶ y sus únicas diferencias son las que de manera expresa se señalan en el primer ordenamiento. De ahí que la pena convencional en materia mercantil, al igual que en la civil, está limitada al valor y cuantía de la obligación principal, y si la obligación fue cumplida en parte, la pena convencional se debe modificar en la misma proporción (arts. 1843 y 1844, CCF), razón por la cual suele ser más atractiva una cláusula de

precuantificación de daños que una de pena convencional, pero esta es preferible a la indemnización que por daños y perjuicios prevé la ley, ya que el art. 2117 del CCF señala que a falta de pacto en las obligaciones de dinero, los daños y perjuicios no pueden exceder del interés legal.¹⁷

Respecto de la modificación de la pena convencional, la siguiente tesis de jurisprudencia de la extinta Tercera Sala es muy clara:

PENA CONVENCIONAL, MUTABILIDAD DE LA. El Código Civil para el Distrito Federal admite la mutabilidad de la pena convencional, ya que en su artículo 1843 dispone que la cláusula penal no puede exceder ni en valor ni en cuantía a la obligación principal; el artículo 1844 ordena que si la obligación fuere cumplida en parte, la pena se modificará en la misma proporción, y el artículo 1845 establece que si la modificación no pudiere ser exactamente proporcional, el juez reducirá la pena de una manera equitativa, teniendo en cuenta la naturaleza y demás circunstancias de la obligación; de manera que si una pena pactada es mayor en su valor o cuantía que la obligación principal, la parte excedente es nula, de acuerdo con el artículo 8o. del Código Civil, por ser contraria a una ley prohibitiva.¹⁸

En el caso de que la pena convencional exceda en valor o cuantía a la obligación principal, la parte excedente es nula, de acuerdo con el art. 8º del CCF, por ser contraria a una ley prohibitiva, ya que en su art. 1843 dispone que la cláusula penal no puede exceder en valor ni en cuantía a la obligación principal; el art. 1844 ordena que si la obligación fuere cumplida en parte, la pena se modificará en la misma proporción, y el art. 1845 establece que si la modificación no pudiere ser exactamente proporcional, el juez reducirá la pena de manera equitativa, teniendo en cuenta la naturaleza y demás circunstancias de la obligación, de modo que si una pena pactada es mayor en su valor o cuantía que la obligación principal, la parte excedente es nula.

Lesión

El CCF se refiere en su art. 17 a lo que la doctrina universalmente conoce como *lesión*, y señala que esta tiene lugar “cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga...” En su redacción original dicho precepto agregaba que el perjudicado

tenía derecho a pedir la rescisión del contrato, y, de ser esta imposible, la reducción equitativa de su obligación.

Es muy conocida la controversia que suscitaba esta norma, ya que el CCF, en el capítulo de las nulidades, se refería a la lesión como causa de nulidad de los contratos, por lo que el art. 17 fue reformado para conceder acción de nulidad en lugar de acción de rescisión, en virtud de que esta última implicaba reconocer la validez del contrato celebrado en lesión para una de las partes.

En efecto, mientras el art. 17 citado originalmente prescribía que el perjudicado podía pedir la rescisión del contrato, el art. 2228 señala que dicha lesión produce la nulidad relativa del mismo, e incluso el art. 2230 establece que se trata de un vicio del consentimiento cuya nulidad puede invocar el perjudicado o incapaz, lo que en la práctica provocaba que la lesión se hiciera valer como causa de rescisión o de nulidad en los contratos. Con la reforma al art. 17 se uniforma el criterio y se sostiene que la lesión es causa de nulidad de los contratos.

Esta institución de la lesión, que puede darse también en materia mercantil,¹⁹ es causa de nulidad de los contratos mercantiles, pues la lesión supone que de la comparación entre las prestaciones de las partes, una de ellas obtiene en perjuicio de la otra prestaciones desproporcionadas en relación con lo que por su parte se obliga; en los onerosos, porque supone prestaciones recíprocas, y sobre todo en los conmutativos, porque en el momento de su celebración las prestaciones que las partes se deban tienen que ser ciertas, de tal suerte que se pueda apreciar el beneficio o la pérdida que el acto o contrato les cause (art. 2228, CCF); y precisamente la lesión debe apreciarse en el momento de la celebración del contrato para poder determinar la desigualdad entre las prestaciones y, en consecuencia, el perjuicio y la desventaja económicos.

La lesión como causa de nulidad también opera en la compraventa mercantil, pues aunque el art. 385 del CCo previene que las ventas mercantiles no se rescindirán por causa de lesión, dicho precepto no excluye la nulidad del contrato por lesión y, por tanto, surte la aplicación del art. 81 de dicho ordenamiento, que señala que las causas que invalidan los contratos civiles también invalidan los mercantiles, pues la restricción del art. 385 citado es solo para la rescisión del contrato, no así para su nulidad.

El hecho de que el CCo señale que la lesión no es causa de rescisión en los contratos mercantiles es más bien de índole histórica y sin sentido, ya que los

códigos civiles anteriores y el mismo CCF de 1928 (vigente desde 1932) aludían a la lesión como causa de rescisión; además, el legislador mercantil supuso de manera errónea que la compraventa se hace entre peritos en materia comercial, quienes no pueden verse engañados ni encontrarse en extrema miseria o notoria necesidad.

Sin embargo, los actos de comercio no son tales únicamente en función del sujeto, sino también del objeto y del fin o propósito, de ahí que cualquier persona que no sea comerciante puede celebrar actos de comercio y, como consecuencia, ser objeto de lesión; asimismo, el hecho de que la lesión no sea causa de rescisión de la compraventa es lógico porque tampoco es causa de rescisión en los contratos civiles, porque se trata de un vicio de la voluntad cuya consecuencia es la nulidad del contrato y no la rescisión.

En los negocios jurídicos plurilaterales o asociativos, como las sociedades mercantiles, la lesión no opera como en los contratos civiles y mercantiles en cuanto que produzca la nulidad del acto, sino únicamente de la cláusula respectiva, porque se trata de negocios jurídicos aleatorios en lo que se refiere a los resultados –a las utilidades–, ya que al celebrarse el acto las partes desconocen las utilidades o pérdidas que el mismo les cause; a dichos negocios va ligado el concepto de *pacto leonino*, proscrito para las sociedades civiles y mercantiles y que se presenta cuando se excluye a una o más partes en la participación de las ganancias (art. 17, LGSM), aunque en materia de sociedades civiles, al igual que en los contratos de cambio, este pacto trae la nulidad total del contrato de sociedad civil (art. 2696, CCF),²⁰ mientras que en las mercantiles solo implica la nulidad del pacto, pero no de la sociedad.

Y esto mismo sucede también en la Asociación en Participación (A en P): si se pacta que al asociante le pertenezcan de manera exclusiva las utilidades, el pacto será nulo y no producirá sus efectos, y la distribución de utilidades y pérdidas se hará de conformidad con las disposiciones del art. 16 de la LGSM; es decir, como si las partes no hubieran pactado nada al respecto.

Pero la nulidad del pacto leonino no acarrea la nulidad del contrato de A en P, ya que a esta le es aplicable el art. 17 de la LGSM, en virtud de que, a falta de estipulaciones especiales, a la A en P se le aplican las normas previstas para las sociedades mercantiles (art. 259, LGSM).

Arras

El CCo no se refiere a las arras en el capítulo de los contratos mercantiles en general, sino en el art. 381, para la compraventa, y dispone que estas, salvo pacto en contrario, se entienden dadas a cuenta del precio. En este sentido, las arras constituyen una garantía para asegurar el cumplimiento del contrato y pueden darse antes o después de perfeccionado este. En ambos casos pueden ser parte del precio o prenda para asegurar el cumplimiento del contrato. Desde el punto de vista jurídico, las arras casi siempre significan dinero anticipado de una obligación que aún no vence, en cuyo caso se alude a *arras confirmatorias*, en tanto que refuerzan la existencia de un contrato; pero también existen las arras como garantía de cumplimiento y que la doctrina califica como *arras penitenciales*, por cuanto que muestran y confirman la intención de celebrar un contrato y la sanción de no hacerlo, quedando a favor del acreedor el anticipo recibido o con la obligación de este de pagar el doble u otra cifra.²¹

Como las arras constituyen una garantía de cumplimiento del contrato, la extinta Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia consideró que en caso de que el contrato no se lleve a cabo por culpa de quien entregó arras, este pierde el derecho a su devolución;²² sin embargo, se estima que este criterio es erróneo porque, salvo que las partes lo hayan pactado, el acreedor no puede quedarse con las arras. En todo caso, puede retenerlas como garantía del pago de los daños o perjuicios que el incumplimiento de la otra parte le ocasione, pero no podrá disponer de las mismas sino hasta que haya sentencia judicial que así lo decrete. En efecto, cuando las partes convienen en que las arras constituyan una garantía de cumplimiento, la entrega de estas autoriza a los contratantes, para el caso de resolución del contrato, a perderlas a favor del acreedor si dicha resolución se debe a culpa o negligencia del deudor; sin embargo, para ello es preciso que se haga constar en el documento respectivo en que se otorgue el recibo de las arras la cantidad que se recibe por dicho concepto, así como las causas y condiciones conforme a las cuales el deudor perderá dichas arras.²³

Obligaciones en pesos (pago en efectivo y pago en especie)

El CCo señala en sus arts. 635 y 636 que la base de la moneda mercantil es el peso mexicano, sobre la cual se deben hacer todas las operaciones de comercio y

los cambios sobre el extranjero, y que servirá para los contratos hechos en el extranjero que deban cumplirse en la República Mexicana, así como los giros que se hagan en otros países; en congruencia con dicha disposición, la *Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos* (LMEUM) establece que las obligaciones de pago de cualquier suma en moneda mexicana se denominarán invariablemente en pesos y, en su caso, sus fracciones (art. 7º); que dichas obligaciones se solventarán mediante la entrega, por su valor nominal, de billetes del Banco de México o monedas metálicas (“efectivo”) de las señaladas en el art. 2º.

A su vez, dicha Ley Monetaria precisa en sus arts. 4º y 5º que los billetes del Banco de México tienen poder liberatorio ilimitado, en tanto que las monedas metálicas tienen poder liberatorio limitado al valor de 100 piezas de cada denominación en un mismo pago. Sin embargo, también “se hacen pagos” mediante títulos de crédito, pero estos se reciben salvo buen cobro, y además existen diversas limitaciones para solventar obligaciones dinerarias en efectivo, impuestas tanto por el Banco de México como por la *Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita* (LFPIORPI, o *Ley Antilavado*),²⁴ cuyo propósito es proteger al sistema financiero y a la economía nacional mediante medidas y procedimientos para prevenir y detectar operaciones con recursos ilícitos, así como regularizar la entrada de la moneda, nacional y extranjera, con fines recaudatorios, de fiscalización y de institucionalización bancaria de las operaciones de dinero. Existe el poder liberatorio ilimitado de los billetes, pero respecto de ciertos bienes o servicios hay límites para pagar en efectivo.

Conforme a esta ley, se prohíbe dar cumplimiento a obligaciones, pagar o recibir pagos o liquidaciones mediante el uso de monedas y billetes, en moneda nacional o divisas y metales preciosos (arts. 32, LFPIORPI, y 42, Reglamento), en los supuestos siguientes: *a)* constitución o transmisión de derechos reales sobre bienes inmuebles por un valor igual o superior al equivalente a 8 025 veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal (SMGVDF), al día en que se realice el pago o se cumpla la obligación; *b)* transmisiones de propiedad o constitución de derechos reales sobre vehículos nuevos o usados, ya sean aéreos, marítimos o terrestres, por un valor igual o superior al equivalente a 3 210 veces el SMGVDF, al día en que se realice el pago o se cumpla la obligación; *c)* transmisiones de propiedad de relojes, joyería, metales preciosos y piedras preciosas, ya sea por pieza o por lote, y de obras de arte por un valor igual o

superior al equivalente a 3 210 veces el SMGVDF, al día en que se realice el pago o se cumpla la obligación; *d*) adquisición de boletos que permita participar en juegos con apuesta, concursos o sorteos, así como la entrega o el pago de premios por haber participado en dichos juegos con apuesta, concursos o sorteos por un valor igual o superior al equivalente a 3 210 veces el SMGVDF, al día en que se realice el pago o se cumpla la obligación; *e*) prestación de servicios de blindaje para cualquier vehículo de los referidos en la fracc. II del art. 32, o bien, para bienes inmuebles por un valor igual o superior al equivalente a 3 210 veces el SMGVDF, al día en que se realice el pago o se cumpla la obligación; *f*) transmisión de dominio o constitución de derechos de cualquier naturaleza sobre los títulos representativos de partes sociales o acciones de personas morales por un valor igual o superior al equivalente a 3 210 veces el SMGVDF, al día en que se realice el pago o se cumpla la obligación; o *g*) constitución de derechos personales de uso o goce de inmuebles y vehículos por un valor igual o superior al equivalente a 3 210 veces el SMGVDF, mensuales al día en que se realice el pago o se cumpla la obligación.

Pago en especie. De acuerdo con la ley, el pago o cumplimiento de la obligación es la entrega de la cosa o cantidad debida, o la prestación del servicio que se hubiere prometido, el cual, por tanto, debe hacerse precisamente con la cosa, servicio o cantidad debidas y no en especie distinta, ya que el acreedor no está obligado a recibirla; si lo hace, la obligación queda extinguida por la dación (art. 2095, CCF). La dación en pago es el acto por el cual el deudor entrega en pago de una suma de dinero o una cosa o servicio debidos otra especie distinta, y el acreedor la recibe en tal concepto; por tanto, la dación extingue la obligación, a menos que: *a*) el acreedor sufra la evicción de la cosa recibida en pago, o *b*) la cosa dada en pago se pierda por culpa del deudor estando todavía en su poder, en cuyos casos renace la obligación primitiva, quedando sin efecto la dación en pago.

Obligaciones en dólares

De acuerdo con la autonomía de la voluntad reconocida por los arts. 78 del CCo y 1796 del CCF, y por así permitirlo la Ley Monetaria, es posible contraer obligaciones en moneda extranjera, de conformidad con lo previsto por dicha ley, que determina el curso legal de la moneda en México y, como consecuencia, la validez y el alcance de obligaciones contraídas en pesos o en moneda

extranjera; también es válido contraer obligaciones de pago en otras unidades, como las Udis, o con base en el tipo de cambio del peso frente al dólar, o el que resulte según la escala móvil de salarios, o el que corresponda conforme a los incrementos que experimenten el Índice Nacional de Precios al Consumidor u otras formas determinables del precio. Incluso el Poder Judicial ha resuelto en especial para la compraventa que el precio fijado en dólares sigue siendo un precio cierto y válido, aun cuando su pago deba hacerse en pesos, al tipo de cambio señalado por la Ley Monetaria:

COMPRAVENTA, PRECIO PACTADO EN DÓLARES. NO INVALIDA LA OBLIGACIÓN. Si en un contrato de compraventa se pacta el precio del bien objeto del contrato en dólares y no en pesos mexicanos, debe considerarse que esta circunstancia no invalida la obligación contraída, pues aun cuando la base de nuestra moneda es el peso, ello sólo significa que para la liberación de la obligación no es necesario entregar la moneda extranjera pactada, por no tener curso legal en la República, sino que basta con entregar su equivalente en moneda nacional al tipo de cambio que rija al momento de hacerse el pago de conformidad con el artículo 8 de la Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos.²⁵

La Ley Monetaria (art. 8º) niega curso legal en México a la moneda extranjera, salvo en los casos en que la ley expresamente determine otra cosa, y previene que “las obligaciones de pago en moneda extranjera contraídas dentro o fuera de la República para ser cumplidas en ésta, se solventarán entregando el equivalente en moneda nacional, al tipo de cambio que rija en el lugar y fecha en que se haga el pago”. Entonces, a pesar de que la ley niega curso legal a la moneda extranjera, admite la validez de las obligaciones que son contraídas en dicha moneda, pues el espíritu del precepto es mantener el curso legal de la moneda mexicana, evitar “dolarizar” la economía mexicana y reconocer la autonomía de la voluntad contractual como elemento subjetivo generador de derechos y obligaciones, cuando se justifique el empleo de divisas; esto es, cuando la operación en sí misma las requiera, pero no por otra causa, como la pérdida de valor del peso frente a la moneda extranjera; de ahí que la propia Ley Monetaria sancione con nulidad las operaciones así convenidas.

Las obligaciones contraídas en moneda extranjera deben pagarse en moneda nacional conforme a lo siguiente:

- a) Con la entrega del equivalente en moneda nacional, al tipo de cambio que rija en el lugar y fecha en que se haga el pago, si la moneda recibida era

extranjera.

- b) Con la entrega del equivalente en moneda nacional, al tipo de cambio que se hubiera tomado en cuenta al efectuarse el préstamo, para hacer la conversión de la moneda nacional a la extranjera o, en su defecto, al tipo de cambio que haya regido el día en que se contrajo la obligación, si el deudor demuestra que recibió pesos.²⁶

La simple fijación o determinación inicial de la cantidad y clase de unidades monetarias no es suficiente para que el deudor deba devolverlas, sino que debe atenderse a la moneda realmente recibida, así como a la necesidad, en su caso, de haber contraído obligación en moneda extranjera, dadas las razones de objetividad y seguridad del tráfico jurídico, economía nacional y respeto a la autonomía de la voluntad. Basta que el deudor demuestre haber recibido pesos mexicanos para que la obligación deba satisfacerse devolviendo en esta moneda el equivalente de la divisa extranjera en que se haya documentado la obligación, según el tipo de cambio vigente cuando se celebró la operación y no en la fecha en que se haga el pago, lo que se explica en función de que si el deudor nunca tuvo a su disposición materialmente la divisa extranjera, por haber sido convertida en pesos mexicanos, o se cubrieron débitos por cuenta del deudor al acreedor en moneda nacional (pesos), sería inequitativo que ante los incrementos del dólar en relación con el peso mexicano, propiciados por el juego cambiario, el deudor quedara vinculado a cubrir el adeudo, ya sea entregando una moneda que no recibió o su equivalente determinado al pagar, lo que en ambos casos se traduce en un monto superior al importe concedido, con lo que, por su parte, el acreedor indebidamente se beneficiaría al recibir más de lo que otorgó.²⁷

- c) Con la entrega del equivalente en moneda nacional, al tipo de cambio que se hubiera tomado en cuenta al efectuarse la operación para hacer la conversión de la moneda nacional en la moneda extranjera, o en su defecto, al tipo de cambio que haya regido el día en que se contrajo la obligación, si originalmente se contrató en pesos.
- d) Con la entrega de la moneda extranjera, cuando el pago se hace mediante transferencia de fondos del exterior, a través del Banco de México o de instituciones de crédito, y

- e) Con moneda extranjera, cuando se trate de obligaciones originadas en depósitos bancarios irregulares constituidos en moneda extranjera, cuando el deudor se haya obligado de manera expresa a efectuar el pago precisamente en moneda extranjera, siempre que las autoridades bancarias competentes lo autoricen, mediante reglas de carácter general publicadas en el *Diario Oficial de la Federación*.

De esta forma, si bien es permitido y válido contraer deudas en moneda extranjera, las mismas deberán ser pagadas en esa moneda o en su equivalente en pesos, conforme a lo antes señalado. En consecuencia, en cualquier caso en que existan operaciones en dólares, aun cuando se documenten en títulos de crédito en dólares, si originalmente el crédito tuvo como base la moneda nacional, por ejemplo un préstamo de pesos documentado en dólares, el deudor solo está obligado a pagar en pesos.²⁸

Obligaciones en Udis

Conforme al “Decreto por el que se establecen las obligaciones que podrán denominarse en Unidades de Inversión y reforma y adiciona diversas disposiciones del Código Fiscal de la Federación y de la Ley del Impuesto sobre la Renta” (el “Decreto”), las obligaciones de pago de sumas en moneda nacional pactadas en contratos mercantiles o en otros actos de comercio pueden denominarse en una unidad de cuenta llamada *Unidad de inversión* (Udi); además, diversas leyes imponen la conversión de deudas de pesos mexicanos a Udis cuando se incumple la obligación del pago en los plazos previstos por la ley, como a las afianzadoras (art. 92 bis, LFF) y las aseguradoras (art. 135 bis, *Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros*).

Las obligaciones denominadas en Udis se consideran de monto (precio) determinado (art. 1º, segundo párrafo, Decreto), y el art. 2º establece cómo deben cumplirse las obligaciones asumidas en Udis. A su vez, el art. 3º faculta al Banco de México para calcular el valor de las Udis conforme al procedimiento allí señalado, por lo que en caso de que una obligación mercantil sea asumida en Udis, es decir, que las partes convengan en denominar las obligaciones dinerarias en Udis, esto resulta válido, aun en los casos en que la ley exige que dicha suma o precio sean ciertos, ya que para la certeza del mismo no es preciso que esté necesariamente determinado en el momento de celebrarse el contrato,

sino que es suficiente con que dicho precio sea cierto aun cuando sea determinable, pues el precio cierto no deja de existir aunque se acuerde que el mismo sea el que corre en un día o en un lugar determinados o el que fije un tercero (según lo autoriza expresamente el art. 2251 del CCF).

Así sucede en el caso de la compraventa, aunque se pacte que el precio se calcule conforme a una escala móvil, como el índice nacional de precios al consumidor elaborado por el Banco de México, o la paridad de la moneda nacional frente a cualquier otra, o conforme a la Unidad de Inversión, pues para que el precio de la venta sea cierto no es menester que se encuentre fijado de manera expresa en una cantidad, sino que basta con que sea susceptible de determinarse con arreglo a bases que al efecto se convengan, sin que constituya obstáculo a esta conclusión lo dispuesto en la parte final del art. 2248 del CCF, en virtud de que los requisitos de certeza y dinero previstos en tal disposición operan únicamente conforme al texto explícito del propio precepto. En los casos en que el precio no se haya pactado en una suma de dinero, sino en cualquier otra cosa equivalente (por ejemplo, parte en dinero y parte en frutos), el requisito de que la cosa que constituye objeto de contraprestación sea cierta y determinada tiene como función solo distinguir la compraventa de otros contratos que también transmiten la propiedad de una cosa, como la permuta y la donación, en las cuales la contraprestación es otra cosa distinta del dinero, o no existe prestación.

Por tanto, es posible legalmente considerar que el precio reúne esas características cuando las partes convienen en que el mismo sea en un número determinado de Udis, ya que el precio cierto y determinado no debe consistir de manera necesaria en una suma fija, sino que basta que sea susceptible de cuantificarse con arreglo a bases o datos específicos que estipulen los contratantes. Que sea cierto y determinado significa que la retribución sea verdadera y no ficticia; por lo que se refiere a la determinación del precio, debe entenderse el establecimiento de las bases o datos que sirvan para fijar el valor del objeto del contrato.

En conclusión, es válido fijar en Udis las obligaciones mercantiles, ya que su pago se hará en pesos conforme a la equivalencia que fije el Banco de México; el decreto mencionado señala que las obligaciones contraídas en Udis se solventarán entregando su equivalente en moneda nacional, es decir, en dinero, de donde tampoco habría posible contradicción entre “Udis” y “precio en

dinero”, en los casos en que la ley exige el pago de dinero. Diversas disposiciones como la LCM establecen la conversión de la deuda en Udis hasta su pago total.

Privacidad de datos personales

A partir del 6 de julio de 2011, todas las personas físicas y morales que por sus actividades reciben y tratan datos personales de personas físicas (hasta ahora, aunque también podría tratarse de datos de personas morales), previo al tratamiento de los mismos, deben poner a disposición de ellas un documento físico, electrónico o en cualquier otro formato (visual o sonoro), mediante el cual se les haga saber que su información personal será recabada y utilizada para ciertos fines, así como las características del tratamiento al que serán sometidos. Se trata de información que le pertenece al titular de la misma, entre ella la información sensible, íntima de la persona, que por su propia naturaleza (religión, sexo, raza, estado civil, afiliación política, tipo sanguíneo, salud, etc.) requiere especial protección, debido a que su revelación podría provocar situaciones de discriminación.

Por tanto, quien realice contratos mercantiles de manera habitual debe tener especial cuidado con la información que recibe de sus clientes, en particular la de sus datos sensibles, y expresarle para qué será utilizada. Para cumplir la ley se exige, entre otros requisitos, generar una base de los datos personales que se poseen, emitir y poner a disposición del titular el *aviso de privacidad*, señalar a la persona o área encargada del manejo de los datos personales, implementar medios necesarios para la protección y seguridad de la información, así como establecer mecanismos y procedimientos en el aviso de privacidad a fin de que, en cualquier momento, el titular pueda revocar el consentimiento para el manejo de sus datos personales, con el propósito legítimo de que tome decisiones informadas en relación con sus datos personales, controle el uso de su información personal y goce de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición (derechos ARCO) que le concede la ley.

Prescripción en los contratos mercantiles

El CCo establece en su art. 1038 que las acciones que se deriven de actos

comerciales se prescribirán con arreglo a las disposiciones de ese código, y en su art. 1039 señala que los términos para el ejercicio de acciones procedentes de actos mercantiles serán fatales, de donde se deduce que no queda al arbitrio de los contratantes prorrogar el plazo fijado por la ley para la prescripción, en razón de que las disposiciones relativas a la prescripción mercantil son de orden público.²⁹ En términos generales, puede considerarse que gran parte de las disposiciones en materia mercantil encuentran sus orígenes en las leyes civiles; sin embargo, debe atenderse también a los principios de derogación tácita, que resultan de la incompatibilidad entre los preceptos expresos del CCo y aquellos que se prevean en el derecho común, que darán motivo a la improcedencia de la supletoriedad en materia mercantil. Por tanto debe establecerse si para la prescripción consumada de acciones mercantiles puede acudir a dicha supletoriedad.

El art. 1039 del CCo preceptúa: “Los términos fijados para el ejercicio de acciones procedentes de actos mercantiles, serán fatales, sin que contra ellos se dé restitución”, esto es, la acción y efecto de restituir: la reintegración de un menor o de otra persona privilegiada en todas sus acciones y derechos. Los antecedentes de dicho artículo, que se encuentran plasmados en el precepto 1039 del *Código de Comercio* de 1884 y en el 942 del *Código de Comercio* español de 1885, evidencian la voluntad del legislador de excluir la posibilidad de regeneración del derecho de ejecutar una acción mercantil, extinguida por la actualización de la prescripción mercantil, consumada por el transcurso total del término previsto legalmente para su instauración. Tales presupuestos determinan que acudir a la supletoriedad de las disposiciones sustantivas civiles, que establecen la figura de la renuncia tácita a la prescripción ganada, no es válido por haber incompatibilidad con una norma expresa del código mercantil invocado.³⁰

La prescripción en materia mercantil comienza a correr desde el día en que pudo ser legalmente ejercitada en juicio.³¹ Para Isaac Halperin,³² en el seguro, como en todas las acciones, la prescripción comienza en cuanto puede hacerse valer el derecho en justicia, principio aplicable para el caso de iniciar de nueva cuenta el cálculo de la prescripción por haberse interrumpido esta. Es decir, la prescripción corre cuando puede correr: *actioni nondum natae non praescribitur*. En otras palabras, el término de la prescripción comienza a correr desde el día en que el derecho puede hacerse valer, y puesto que en algunas materias de seguros

mercantiles existe la interrupción de la prescripción por presentarse reclamación ante la Comisión respectiva, es evidente que dicha prescripción solo puede volver a correr cuando legalmente puede ser ejercitada la acción judicial.³³ Incluso, así se ha pronunciado el tribunal federal al sostener:

ACCIÓN, PRESCRIPCIÓN DE LA, NO OPERA SI SE PROMUEVE INCOMPETENCIA DEL JUZGADOR. No prescribe la acción ejercitada por la parte actora en términos de lo establecido en el artículo 81 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro, cuando se promueve incompetencia por inhibitoria, pues cuando esto ocurre no debe incluirse dentro del término de dos años señalado en el invocado precepto para la prescripción de la acción, el lapso comprendido del día en que la parte demandada presentó escrito en el que promovió la referida incompetencia, al en que surtió efectos la notificación que se hizo a las partes del auto por medio del cual el juez declarado competente ordenó hacerles saber que se abocaba al conocimiento del juicio ordinario mercantil promovido por la actora, ya que durante el lapso indicado, ésta no puede continuar ejercitando sus derechos hasta no saber cuál será la autoridad competente que finalmente conocerá de su asunto...³⁴

Lo anterior, tomando en cuenta que el efecto de la interrupción de la prescripción es inutilizar, para la prescripción, todo el tiempo transcurrido antes de ella (art. 1175, CCF). Y es que la interrupción de la prescripción se define como el advenimiento de un hecho que, al destruir una de las dos condiciones esenciales de la prescripción (el derecho y el transcurso del tiempo), hace inútil todo el tiempo transcurrido. “La prescripción extintiva comienza a correr inmediatamente que se concede la acción, como decía Pothier, ‘desde el día en que el acreedor hubiera podido demandar a su deudor’. Antes no puede comenzar a correr, porque el tiempo concedido para la prescripción debe ser un tiempo útil para el ejercicio de la acción, y porque no puede reprocharse nada al acreedor por no haber ejercitado su acción cuando no podía hacerlo. De otro modo sería privado de sus derechos antes de que hubiese podido ejercitarlo, lo que sería injusto y absurdo.”³⁵

El CCo reconoce que la prescripción se interrumpe por la demanda o cualquier otro género de interpelación judicial hecha al deudor, por el reconocimiento de las obligaciones o por la renovación del documento en que se funde el derecho del acreedor, pero se tendrá por no interrumpida por interpelación judicial cuando el actor desistiese de su demanda o esta fuese desestimada (art. 1041). En caso de interrupción por reconocimiento de obligaciones, el término de la

prescripción comenzará desde el día en que se reconozca dicha obligación; en el caso de renovación, desde la fecha del nuevo título; y si en él se hubiere prorrogado el plazo de cumplimiento de la obligación, desde que este se hubiere vencido (art. 1042).³⁶

Aunque el CCo dispone que la prescripción ordinaria en materia mercantil se completará por el transcurso de 10 años, término aplicable en todos los casos en los que dicho CCo o las leyes especiales no establezcan términos más breves, tanto ese ordenamiento como leyes especiales establecen otros términos de prescripción, que se mencionan a continuación.

Compraventa mercantil

1. De acuerdo con el art. 383 del CCo, el comprador que dentro de los cinco días después de recibir las mercancías no reclamare al vendedor, por escrito, las faltas de calidad o cantidad de ellas, o que dentro de los 30 días contados desde que las recibió no le reclamase por causa de vicios internos de las mismas, perderá toda acción y derecho a repetir por tales causas contra el vendedor.

Cualquiera que sea la acción por ejercitarse, por causa de vicios o defectos de la cosa o por falta de cantidad, la acción del comprador queda sujeta a términos de decadencia muy breves, contados a partir de la fecha de recepción de la mercancía; la denuncia de las faltas de calidad o cantidad al vendedor debe hacerse dentro de los cinco días y la denuncia de vicios ocultos dentro de los 30 días. En ambos casos debe reclamarse por escrito, y en su defecto, transcurrido el término, se pierde la garantía y con ello la posibilidad de ejercitar la acción.

Esta disposición consigna dos acciones que el comprador puede poner en movimiento: una, relativa a la cantidad o calidad de las mercancías, y la otra, a los vicios internos de las mismas. La primera es la acción *quantum minoris*, para obtener una reducción del precio, y la segunda es la acción *redhibitoria*, por los vicios ocultos de la cosa; pero el derecho que puede ejercitar el mismo comprador está supeditado a la reclamación, que debe formularse dentro de los cinco días después de recibir las mercancías, en el

primer caso, o dentro de 30 días, en el segundo; de modo que cuando no se formula reclamación alguna dentro de esos términos, la compraventa queda consumada de manera definitiva, con los derechos que corresponde a cada una de las partes.

En cambio, conforme el CCF (art. 2149), el ejercicio de la acción derivada de vicios ocultos está sujeta también a la observancia de los términos de prescripción, que en tal caso es de seis meses contados desde la entrega de la cosa enajenada; transcurridos los seis meses, la acción ya no es proponible, pues el derecho está prescrito y el sobrevenido conocimiento del vicio queda frustrado.

2. La acción de los comerciantes al por menor, por las ventas que hayan hecho de esa manera al fiado, prescriben en un año, contado a partir del día en que se efectuó la venta, conforme a cada partida aislada, salvo el caso de la cuenta corriente (art. 1043, fracc. I, CCo).

Corretaje

La acción de responsabilidad en contra de los corredores de comercio, por las obligaciones en que intervengan en razón de su oficio, prescribe en un año (art. 1043, fracc. IV, CCo).

Derecho marítimo

1. Las acciones nacidas de servicios, obras, provisiones o suministros de efectos, dinero para construir, reparar, pertrechar o avituallar los buques o mantener la tripulación, prescriben en un año (art. 1043, fracc. VI, CCo).
2. La acción para reivindicar la propiedad de un navío prescribe en 10 años (art. 1046, CCo).
3. La acción hipotecaria derivada de la hipoteca marítima prescribe en tres años contados a partir del vencimiento del crédito que garantiza (art. 105, *Ley de Navegación y Comercio Marítimos*, LNCM).
4. Las acciones nacidas del contrato de fletamento prescriben en un año (art.

127, LNCM), y la del arrendamiento a casco desnudo en un año (art. 117, LNCM).

5. Las acciones derivadas del remolque y del transporte prescriben en el término de seis meses, contados a partir de la fecha pactada para su entrega en el lugar de destino (art. 150, LNCM).
6. Las acciones derivadas del abordaje prescriben en dos años (antes era de cuatro) contados a partir de la fecha del accidente (art. 156, LNCM).
7. Las acciones derivadas de la avería común prescriben en un año, a menos que se haya firmado compromiso de avería común, en cuyo caso prescriben en cuatro años (art. 160, LNCM).
8. Las acciones derivadas del transporte marítimo de mercancías mediante conocimiento de embarque prescribirán en un año, contado a partir de que la mercancía fue puesta a disposición del destinatario o de que la embarcación llegó a su destino sin la mercancía de referencia (art. 137, LNCM); se determinará igual término de prescripción para el transporte de pasajeros (art. 147, LNCM).
9. Todas las acciones que se deriven de un contrato de seguro marítimo prescribirán en dos años, contado desde la fecha del siniestro o acontecimiento que les dio origen (art. 200, LNCM).
10. La acción de responsabilidad contra el constructor por vicios ocultos de la embarcación prescribirá en dos años, contados a partir de la fecha en que se descubran, pero en ningún caso excederá del término de cuatro años, contados a partir de la fecha en que esta haya sido puesta a disposición de quien contrató su construcción (art. 83, LNCM).

Sociedades mercantiles

1. El suscriptor de acciones pagadoras que han sido vendidas a terceros goza del plazo de un año para reclamar el excedente del precio de venta de las acciones (art. 120, LGSM).
2. Las acciones derivadas de la constitución de sociedades mercantiles y de operaciones sociales, respecto de los derechos y obligaciones de la sociedad

para con los socios (por ejemplo, el pago de aportaciones); de los socios para con la sociedad (el pago de dividendos), y de socios entre sí por razón de la sociedad (acuerdos parasociales legales), prescriben en cinco años (art. 1045, fracc. I, CCo).

3. Las acciones en contra de los liquidadores de las sociedades mercantiles prescriben en cinco años (art. 1045, fracc. II, CCo).

Seguros

Todas las acciones que se deriven de un contrato de seguro prescriben en cinco años, tratándose de la cobertura de fallecimiento en los seguros de vida, y en dos años, en los demás casos. En todos los casos, desde la fecha del acontecimiento que les dio origen (art. 81, LSCS); pero la prescripción no correrá en caso de omisión, falsas o inexactas declaraciones sobre el riesgo conocido, sino desde el día en que la aseguradora haya tenido conocimiento de él; y en el caso de siniestro, desde el día en que los interesados hayan tenido conocimiento del suceso; respecto de terceros beneficiarios, es preciso que hayan tenido conocimiento del derecho constituido a su favor. Además de las causas ordinarias de interrupción de la prescripción, esta se interrumpirá por el nombramiento de peritos con motivo de la realización del siniestro, y tratándose de la acción en pago de la prima, por el requerimiento de pago (art. 84, LSCS).

Fianzas

El art. 174 de la *Ley de Instituciones de Seguros y de Fianzas* (LISF) previene que cuando la institución de fianzas se hubiere obligado por tiempo determinado o indeterminado, quedará libre de su obligación por caducidad, si el beneficiario no presenta la reclamación de la fianza dentro del plazo que se haya estipulado en la póliza, o bien, dentro de los 180 días siguientes a la expiración de la vigencia de la fianza; o, en este mismo plazo, a partir de la fecha en que la obligación garantizada se vuelva exigible por incumplimiento del fiado; y que una vez presentada la reclamación a la institución dentro del plazo, habrá nacido su derecho para hacer efectiva la póliza de fianza, el cual queda sujeto a la prescripción. La institución se liberará por prescripción cuando transcurra el plazo legal para que prescriba la obligación garantizada o el de tres años, lo que

resulte menor. Tratándose de reclamaciones o requerimientos de pago por fianzas otorgadas a favor de la Federación, del Distrito Federal, de los estados y de los municipios, el plazo a que se refiere este párrafo será de tres años. En cualquier solicitud de pago por escrito hecha por el beneficiario a la institución o, en su caso, la presentación de la reclamación, debe tomarse en cuenta la tesis siguiente:³⁷

FIANZAS, PRESCRIPCIÓN DE LAS. LEY APLICABLE PARA CONTAR EL LAPSO RESPECTIVO. Es inexacto que la ley aplicable en materia de prescripción de fianzas lo sea la que se encontrara vigente en el momento de la celebración del contrato respectivo, porque en esa época la prescripción era un hecho de realización incierta y como consecuencia de ello no era posible establecer las bases sobre las cuales operaría, independientemente de que en el caso el contrato de fianza se hubiese celebrado en la fecha en que la ley respectiva preceptuaba un plazo de 2 años para la prescripción, porque en ese entonces las partes únicamente se obligaron a lo estipulado en el contrato de fianzas, pero no respecto de la prescripción, y por lo cual debe considerarse que la disposición aplicable a ésta es la que se encontraba vigente cuando la fianza se hizo exigible, la cual determina el plazo prescriptorio de 3 años.

Depósitos bancarios

Los derechos derivados de los depósitos e inversiones y sus intereses que no tengan vencimiento, sin movimiento en el transcurso de tres años (con anterioridad se establecían cinco años) contados a partir de que estos últimos se depositen en la cuenta global a que se refiere la LIC, cuyo importe conjunto por operación no sea superior al equivalente a 300 días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, prescribirán a favor del patrimonio de la beneficencia pública (art. 61, LIC).

Prenda sin transmisión de posesión

Las acciones de los acreedores garantizados con prenda sin transmisión de posesión prescriben en tres años, contados desde que la obligación garantizada pudo exigirse (art. 375, LGTOC).

Cuenta corriente

Las acciones para la rectificación de errores de cálculo, de las omisiones o duplicaciones, en el contrato de cuenta corriente, prescriben en el término de seis meses a partir de la clausura de la cuenta (art. 309, LGTOC).

Autoevaluación

1. Explique la supletoriedad del CCF al CCo.
2. ¿Cuándo deben cumplirse las obligaciones mercantiles que no tienen plazo de cumplimiento?
3. ¿Cuál es el interés legal en materia mercantil?
4. ¿La lesión es causa de nulidad en las compraventas mercantiles?
5. ¿Hay aplicación supletoria del CCF al CCo en materia de pena convencional?
6. Señale tres casos de prescripción en materia mercantil.
7. ¿Cuál es el interés legal en materia mercantil?
8. ¿Cuál es la diferencia entre interés abusivo e interés usurario?
9. Explique las limitaciones al pago en efectivo conforme a la *Ley Antilavado*.
10. ¿Cómo opera la mora en materia mercantil?

¹ Véanse las tesis siguientes: “LEYES SUPLETORIAS EN MATERIA MERCANTIL. Si bien los Códigos de Procedimientos Civiles de cada Estado, son supletorios del de Comercio, esto no debe entenderse de modo absoluto, sino sólo cuando falten disposiciones expresas sobre determinado punto, en el código mercantil, y a condición de que no pugnen con otras que indiquen la intención del

legislador, para suprimir reglas de procedimientos o de pruebas.” Tercera Sala, Apéndice al *Semanario Judicial de la Federación* 1917-1995, Tomo IV, Parte SCJN, Página 187, Tesis 277, Quinta Época. También, “MATERIA MERCANTIL, LEY SUPLETORIA EN. Las disposiciones del procedimiento común que deben aplicarse supletoriamente en el procedimiento mercantil son aquellas que vienen a cubrir lagunas existentes en el Código de Comercio, lo que presupone la necesidad de que en uno y otro códigos existan instituciones similares, por lo que si en el Código de Comercio no existe determinada institución, no puede aplicarse la legislación común que la tenga.” Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo LXIV, Página 1367; “leyes supletorias. Las disposiciones del derecho común sólo son aplicables supletoriamente a los juicios mercantiles, cuando faltan disposiciones relativas en el Código de Comercio”, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo XXX, p. 247, y “leyes supletorias en materia mercantil. De acuerdo con el artículo 1051 del Código de Comercio, los Códigos de Procedimientos Civiles de los Estados y del Distrito Federal, únicamente son supletorios del Código Mercantil, en materia procesal, cuando en el Código mencionado existan disposiciones sobre una institución determinada, pero no en aquellos casos en que fue intención del legislador suprimir esa institución o cuestiones de procedimiento, lo que presupone la necesidad que en el Código de Comercio y en los Códigos de Procedimientos Civiles locales existan normas generales y también prevean supuestos similares, con la condición además de que no pugnen entre sí”, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Cuarta Parte, Volumen 175-180, Página 109. En la publicación original esta tesis apareció con la siguiente leyenda: “Reitera jurisprudencia núm. 229, Apéndice al *Semanario Judicial de la Federación* 1917-1975, Cuarta Parte, pág. 720.”

- 2 Cfr. “SUPLETORIEDAD DE LA LEY. REQUISITOS PARA QUE OPERE”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 76, Abril de 1994, Tesis: I.4o.C. J/58, p. 33.
- 3 Para un estudio más amplio sobre este tema, así como la interpretación e integración de la norma mercantil, cfr. Soyla H. León y Hugo González García, *Derecho mercantil*, Oxford University Press, México, 2010, pp. 74 y siguientes.
- 4 Cfr. la tesis: “lugar de pago de las obligaciones mercantiles, si no se designa por las partes (Interpretación del artículo 86 del Código de Comercio)”, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXIX, Febrero de 2009, Página 1977.
- 5 Al efecto, es interesante la tesis “PERJUICIOS EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO, PRUEBA DE LOS. El perjuicio de que debe ser resarcida una de las partes, por el incumplimiento de la otra, en relación con el contrato celebrado, es el que necesaria y efectivamente debió aquélla haber padecido, y su monto sólo lo determina la ganancia lícita que ‘debió’ haber obtenido (lucro cesante *in concreto*) y no la que simplemente ‘pudo’ haber obtenido”, Quinta Época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo XCVI, Página 951.
- 6 Así, la tesis: “MORA, EFECTOS DE LA. En caso de mora, el acreedor sólo está facultado para exigir del deudor los daños y perjuicios causados por el retardo en el cumplimiento, pero no queda liberado de la obligación correlativa que existe a su cargo, cuando se trata de un contrato bilateral; procede por tanto, la indemnización moratoria y no la compensatoria, si hubo cumplimiento, aunque retardado, por parte del deudor.” Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo LXXXVIII, Página 2590.
- 7 Cfr. “COMISIÓN MERCANTIL, DAÑOS Y PERJUICIOS EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE. De las disposiciones de los artículos 280, 287 y 289 del Código de Comercio, lógicamente relacionadas, se desprende que el comisionista es responsable de los daños y perjuicios que

ocasione al comitente, por la violación o el abuso del contrato de comisión mercantil, esto es, por el incumplimiento del propio contrato.” Tercera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo LXXXIV, Página 1886.

- 8 Incluso los tribunales federales se han referido al interés legal en materia mercantil sin que definan cuál es la tasa de ese interés: “INTERÉS LEGAL. SI EN EL CONTRATO DE CRÉDITO REFACCIONARIO CON INTERESES Y GARANTÍA HIPOTECARIA SE PACTARON EN FORMA IMPRECISA, DEBE CONDENARSE A LA PARTE DEMANDADA A SU PAGO. Si en un contrato de crédito refaccionario con interés y garantía hipotecaria, así como en el estado de cuenta certificado por el contador de una institución crediticia y en los pagarés que constituyen el título ejecutivo base de la acción, se pactan los intereses en forma imprecisa, resulta imposible establecer la tasa a la cual deben calcularse, pero ello no implica que deba absolverse a la parte demandada de su pago, sino que debe estarse al resolver, siempre que se demande interés, al legal.” Novena Época, Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo V, Febrero de 1997, Página 755, e “INTERESES MORATORIOS PACTADOS EN PAGARÉ. SÓLO EN CASO DE OMISIÓN, SE ESTARÁ AL INTERÉS LEGAL. De una recta interpretación de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 174, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se advierte que los suscriptores de un pagaré pueden pactar libremente los intereses moratorios que a su derecho convenga, y solamente cuando no se fije cantidad alguna en ese sentido se deberá estar al interés legal.” Novena Época, Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo I, Abril de 1995, Página 161.
- 9 Cfr. la tesis: “INTERÉS LEGAL EN MATERIA MERCANTIL. EL PREVISTO EN EL ARTÍCULO 362 DEL CÓDIGO DE COMERCIO SÓLO RIGE PARA LA MORA EN PAGO DE DEUDAS RELATIVAS AL CONTRATO DE PRÉSTAMO MERCANTIL.” Octava Época, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo XI, Enero de 1993, Página 274.
- 10 En la siguiente tesis se menciona sin fundamento que el interés legal es de 6% anual: “CONTRATO DE CRÉDITO EN CUENTA CORRIENTE. ACREDITANTE, INCUMPLIMIENTO DE LA COBERTURA. CAUSA INTERÉS LEGAL CUANDO SE OMITE PACTAR UNO CONVENCIONAL. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 78 del Código de Comercio en los contratos mercantiles, cada uno de los contratantes se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse; por tanto, si en la especie la materia del contrato base de la acción fue un crédito en cuenta corriente, en el que sólo se pactó el interés correspondiente... no obstante que el tribunal de segundo grado sancionó el incumplimiento de la casa de bolsa acreditante con el pago de la suerte principal más los intereses cuantificados, éstos no podían ser superiores a los del tipo legal vigente, es decir, el seis por ciento anual...” Octava Época, Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo X, Septiembre de 1992, Página 252.
- 11 Cfr. “PAGARÉ. EL ARTÍCULO 174, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO, PERMITE A LAS PARTES LA LIBRE CONVENCION DE INTERESES CON LA LIMITANTE DE QUE LOS MISMOS NO SEAN USURARIOS. INTERPRETACIÓN CONFORME CON LA CONSTITUCIÓN [ABANDONO DE LA JURISPRUDENCIA 1A./J. 132/2012 (10A.) Y DE LA TESIS AISLADA 1A. CCLXIV/2012 (10A.)]”, Décima Época, Primera Sala, Jurisprudencia, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 7, Junio de 2014, Tomo I, Materia(s): Constitucional, Civil, Tesis: 1a./J. 46/2014 (10a.), Página 400.
- 12 Véase la tesis siguiente: “PENA CONVENCIONAL. CUÁL ES LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL EN LA. ... Por otra parte, el objeto descrito de la cláusula penal ha continuado hasta nuestros días, sin

variación en la legislación vigente, y esto lleva a la situación siguiente: si no se identificara a la obligación principal con la que por incumplimiento da lugar a la pena convencional, se desvirtuaría absolutamente la finalidad de ésta, porque admitiría la posibilidad de que una pena convencional excediera en valor o cuantía a la obligación cuyo incumplimiento la generó, contrariando así el fin perseguido con la institución. Verbigracia, si un arrendatario incumpliera con el deber adquirido de sustituir el calentador de agua por uno nuevo, cuyo precio no excediera de mil nuevos pesos, y por eso estuviera fijada una pena de tres mil nuevos pesos, siendo la prestación contractual de mayor importancia, el pago de la renta mensual de cuatro mil nuevos pesos, con el criterio que no se admite por este tribunal, sería válida esa estipulación y, consecuentemente, contravendría el objeto explicado, al proporcionar al acreedor, no sólo lo máximo que pudiera obtener con el cumplimiento de la obligación, sino una jugosa ganancia, ajena totalmente a los propósitos de la institución; en cambio, si como obligación principal se entiende la sustitución del calentador, lo convenido al respecto sería nulo, en lo que excediera al valor de este mueble más la mano de obra y materiales para su instalación, logrando así inobjetablemente que el arrendador fuera compensado por lo que perdió con el incumplimiento, sin propiciar una injusta ganancia. 2. Del contenido del artículo 1841 del Código Civil, se desprende el carácter accesorio de la pena convencional, y por tanto, que su existencia, validez y subsistencia siguen la suerte de la obligación con la que se le vincula. Por esto, el precepto dice que la nulidad del contrato importa ‘la de la cláusula penal, pero la nulidad de ésta no acarrea la de aquél...’” Octava Época, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tomo 85, Enero de 1995, Página 61.

- 13 En la tesis siguiente se sostiene que no son contradictorias las acciones de cumplimiento y de pago de pena, no obstante lo cual la ley es clara: “PENA CONVENCIONAL Y CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN. La acción de cumplimiento de la obligación y la de pago de la pena convencional, para el caso de incumplimiento, no son contradictorias, puesto que si no pueden acumularse por disposición expresa de ley, es por un espíritu de justicia y no porque sea imposible el ejercicio de ambas al mismo tiempo.” Quinta Época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo XCII, Página 1527.
- 14 Cfr. la tesis “PENA CONVENCIONAL. NO HAY DUPLICIDAD, CUANDO SE PACTA EN DOS CLÁUSULAS, SOBRE CUESTIONES DISTINTAS EN UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO. Que las partes en un contrato de arrendamiento acuerden, por un lado, a través de una cláusula, una pena convencional exclusivamente como garantía para que el arrendatario cumpla con el pago oportuno de las rentas mensuales, y otra en la que se fije una pena de la misma naturaleza para el caso de que el inquilino no desocupe el inmueble arrendado en el plazo convenido; dichas cláusulas no infringen el artículo 1840 del Código Civil para el Distrito Federal, toda vez que ambas se refieren a obligaciones distintas y no dan lugar a la duplicidad de penas.” Novena Época, Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XI, Abril de 2000, Página 978.
- 15 Contradicción de tesis 28/2007-PS; también véase “CONTRATOS MERCANTILES. EN LOS CASOS DE INCUMPLIMIENTO PARCIAL DE LAS OBLIGACIONES PACTADAS EN ELLOS, ES APLICABLE EL ARTÍCULO 88 DEL CÓDIGO DE COMERCIO Y NO EL 1846 DEL CÓDIGO CIVIL FEDERAL, APLICADO SUPLETORIAMENTE A LA MATERIA”, 1A./J. 29/2008.
- 16 En la siguiente tesis se menciona: “PENA CONVENCIONAL REGULADA POR EL CÓDIGO DE COMERCIO. NO SON APLICABLES LOS PRINCIPIOS QUE EN RELACIÓN A ELLO PREVÉ EL CÓDIGO CIVIL. La pena convencional en materia mercantil y la pena convencional en materia civil son de distinta naturaleza y por ello tienen diversas peculiaridades. La estipulación de intereses moratorios convencionales en materia mercantil tiene como fundamento la posibilidad de retardo en el cumplimiento de una obligación pactada regularmente como un acto de comercio, o sea, que dicha

figura jurídica se constituye en relación directa con el tiempo en que demore el interesado en la satisfacción de la obligación principal sobre la que se pacta; persigue como finalidad obtener de manera periódica un lucro determinado que se genera hasta en tanto se cubra la obligación principal asumida. En cambio, la pena convencional regulada en el Código Civil... atiende al incumplimiento o morosidad en sí mismos considerados, y no al tiempo en que la prestación permanezca insatisfecha; ... en el caso de que una obligación en materia mercantil... la finalidad de los intereses moratorios emana de un ánimo de lucro; luego, resulta perfectamente concebible que a mayor tiempo de mora en el cumplimiento de la obligación mayor será la cantidad que a título de interés se origine y que en determinado momento éste supere a aquélla. De ahí que, en un contrato de naturaleza mercantil no sea jurídico que se establezca como límite en la causación de intereses moratorios, una suma igual al valor o a la cuantía de la obligación principal, pues si el deudor no cumple con lo que se obligó y por tal motivo se causan los intereses moratorios convenidos, sean o no excesivos, es procedente que éstos sean cubiertos por el obligado, pues tales intereses son producto de su omisión en el cumplimiento de lo pactado. Por las anteriores consideraciones, debe determinarse que lo relativo a la pena convencional regulada por el Código Civil en los artículos 1843 y 1844, no pueda aplicarse a un contrato de naturaleza mercantil.” Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo IX, Mayo de 1999, Página 1050. Véase “INTERESES MORATORIOS EN MATERIA MERCANTIL, CONDENA AL PAGO DE. SU MONTO PUEDE EXCEDER LA CUANTÍA DE LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL, Y SON INAPLICABLES SUPLETORIAMENTE A LA LEGISLACIÓN MERCANTIL, LAS DISPOSICIONES RELATIVAS A LA PENA CONVENCIONAL PREVISTAS EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.” *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Tomo XIII, Junio de 1994, Página 592.

¹⁷ En cambio, los intereses moratorios sí pueden exceder de dicha cuantía, según la tesis “INTERESES MORATORIOS EN MATERIA MERCANTIL, CONDENA AL PAGO DE. SU MONTO PUEDE EXCEDER LA CUANTÍA DE LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL, Y SON INAPLICABLES SUPLETORIAMENTE A LA LEGISLACIÓN MERCANTIL, LAS DISPOSICIONES RELATIVAS A LA PENA CONVENCIONAL PREVISTAS EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL”, bajo el argumento de que con lo dispuesto en los arts. 362 del CCo y 174 de la LGTOC, la estipulación de intereses moratorios tiene como fundamento la posibilidad de retardo en el cumplimiento de una obligación y persigue como finalidad obtener de manera periódica un lucro determinado, que se genera hasta en tanto se cubra la obligación principal asumida. “En cambio, la pena convencional, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 88 del Código de Comercio y 1840 del Código Civil para el Distrito Federal, se encuentra relacionada con la obligación que sanciona, y se pacta usualmente para apremiar al deudor a que cumpla con lo que convino en los términos en que lo hizo, o sea, que la pena convencional atiende al incumplimiento o morosidad en sí mismo considerados, y no al tiempo en que la prestación permanezca insatisfecha; su fin directo e inmediato no es obtener un lucro, sino cuantificar convencionalmente los daños y perjuicios ocasionados por tal inexecución, puesto que atiende al hecho mismo del incumplimiento de la obligación, es por ello que si ésta se cumple parcialmente, la pena convencional se modifica en la misma proporción; además, la pena no puede exceder ni en valor ni en cuantía a la prestación principal...” Octava Época, Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo XIII, Junio de 1994, Página 592.

¹⁸ Cfr. “PENA CONVENCIONAL, MUTABILIDAD DE LA.” Sexta Época, Tercera Sala, Apéndice de 1988, Parte II, Página 2023. *Nota:* La presente tesis no fue reiterada como vigente, según los acuerdos a que llegó la Comisión Coordinadora encargada de los trabajos para la publicación del Apéndice al *Semanario Judicial de la Federación 1917-1995*.

¹⁹ Así se reconoce en la tesis siguiente, en la cual se alude a la supletoriedad del CCF, aunque en realidad se trata de incorporación: “LESIÓN EN LOS ACTOS DE COMERCIO. APLICACIÓN SUPLETORIA

DEL ARTÍCULO 17 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL. Como está fuera de toda duda que la figura jurídica de la lesión en su forma moderna, llamada por la doctrina ‘lesión calificada’ por su propia naturaleza subjetiva, necesariamente se refiere a la persona misma de quien la sufre y no al acto jurídico en sí, ni, por tanto, al comercial; es claro que las acciones que de ellas se deriven no pueden regirse por el estatuto del acto comercial. Siendo ello así, y por no establecer el Código de Comercio norma alguna sobre las acciones de nulidad derivadas de la expresada figura jurídica, es concluyente que se tiene que recurrir al Código Civil para colmar la laguna, en vista de la supletoriedad establecida al respecto por el artículo 2o. de dicho Código de Comercio y principalmente por su artículo 81 que en forma expresa estatuye que ‘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 contratantes, y de las excepciones y causas que rescinden o invalidan los contratos’.” Novena Época, Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo VII, Junio de 1998, Página 668.

- 20 Aunque podría tratarse de una lesión en sentido estricto.
- 21 Cfr. “COMPRAVENTA, RESCISIÓN DE. FACULTAD DEL COMPRADOR PARA DEMANDARLA SI EL VENDEDOR NO ENTREGA EL BIEN OBJETO DEL CONTRATO EN LA FECHA ESTIPULADA, AUN CUANDO EL ANTICIPO HAYA SIDO MENOR AL PACTADO, SI ÉSTE FUE RECIBIDO POR EL VENDEDOR..., pues la aceptación del pago del anticipo en una cantidad menor por parte del vendedor implicó su consentimiento tácito en la modificación de la forma de pago estipulado en el contrato y, por consiguiente, que el plazo para la entrega del bien se empezará a computar a partir de la fecha en que recibió el anticipo, pues en ese momento se realizó el pedido.” Séptima Época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo 205-216, Cuarta Parte, Página 49. Esta tesis también aparece en: Informe de 1986, Tercera Sala, Tesis 140, Página 101 (apareció con el rubro: “RESCISIÓN DE UNA COMPRAVENTA. EL COMPRADOR ESTÁ FACULTADO PARA DEMANDARLA SI EL VENDEDOR NO ENTREGA EL BIEN OBJETO DEL CONTRATO EN LA FECHA ESTIPULADA, AUN CUANDO EL ANTICIPO HAYA SIDO MENOR AL PACTADO, SI ÉSTE FUE RECIBIDO POR EL VENDEDOR”).
- 22 Así se sostiene en la siguiente tesis: “ARRAS, PÉRDIDA DE LAS. El artículo 2820 del Código Civil de 1984, aplicado supletoriamente en materia mercantil, establece que si en un contrato hubiesen intervenido arras, el comprador perderá las que hubiese dado, cuando por su culpa no hubiese tenido verificativo el contrato.” Quinta Época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo XLVII, Página 4990.
- 23 Séptima Época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo 217-228, Cuarta Parte, Página 68. Esta tesis también aparece en Informe de 1987, Tercera Sala, Tesis 358, Página 256 (apareció con el rubro: “COMPRAVENTA. EL HECHO DE QUE EL PRECIO SE PACTE EN DÓLARES NO INVALIDA LA OBLIGACIÓN”).
- 24 Cfr. Víctor Manuel Nando Lefort, *El lavado de dinero. Nuevo problema para el campo jurídico*, Trillas, México, 2009, p. 17. El autor refiere que el lavado de dinero es la actividad encaminada a darle el carácter de legítimos a los bienes producto de la comisión de delitos, los cuales reportan ganancias a sus autores.
- 25 Séptima Época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo 217-228, Cuarta Parte, Página 68. Esta tesis también aparece en Informe de 1987, Tercera Sala, Tesis 358, Página 256 (apareció con el rubro: “COMPRAVENTA. EL HECHO DE QUE EL PRECIO SE PACTE EN DÓLARES NO

INVALIDA LA OBLIGACIÓN”).

- 26 El art. 9º transitorio de la ley, que reformó diversos artículos de la ley anterior, establece: “Las obligaciones de pago en moneda extranjera, contraídas dentro de la República para ser cumplidas en ésta, se solventarán en los términos del artículo octavo de esta ley, a menos que el deudor demuestre, tratándose de operaciones de préstamo, que la moneda recibida del acreedor fue moneda nacional de cualquier clase, o que, tratándose de otras operaciones, la moneda en que se contrajo originalmente la obligación fue moneda nacional de cualquier clase.” Así, la tesis: “OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA O SU EQUIVALENTE EN MONEDA NACIONAL, CUMPLIMIENTO DE LAS. ... aunque en los contratos de compraventa celebrados entre las partes y en los pagarés con que dicha operación se documentó se haya establecido el precio en dólares, si con las cartas facturas se comprueba que el mismo se convino en dólares y en moneda nacional precisa, los deudores se encuentran facultados para efectuar el pago en moneda nacional al tipo de cambio vigente en la fecha en que celebraron los contratos de compraventa, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 9o. transitorio de la invocada Ley Monetaria, por lo que si la responsable al estimar que los deudores podían efectuar el pago de los pagarés base de la acción ejercitada en moneda nacional al tipo de cambio existente al celebrarse las referidas compraventas, obró legalmente.” Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Volúmenes 133-138, Página 164.
- 27 Véase la tesis “OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA. BASTA CON QUE EL DEUDOR DEMUESTRE HABER RECIBIDO PESOS PARA QUE LA OBLIGACIÓN DEBA CUMPLIRSE, DEVOLVIENDO EN ESTA CLASE DE MONEDA, EL EQUIVALENTE DE AQUELLA DIVISA, AL TIPO DE CAMBIO EN VIGOR CUANDO SE CELEBRÓ LA OPERACIÓN.” Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Tomo I, Primera parte, Página 369.
- 28 Véase la tesis: “OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA, PAGO DE LAS. Se consideró que el deudor cumplió con su obligación devolviendo una cantidad igual en pesos a la recibida conforme a la Ley Monetaria vigente en la República al tiempo de hacerse el pago, porque lo que recibió dicho deudor fue moneda nacional, aun cuando la deuda se haya convenido en moneda extranjera.” *Semanario Judicial de la Federación*, Tercera Sala, Séptima Época, Volúmenes 109-114, Página 121.
- 29 Véase la tesis “PRESCRIPCIÓN MERCANTIL”, Tercera Sala, Apéndice al *Semanario Judicial de la Federación* 1917-1995, Tomo IV, Página 219.
- 30 Véase la jurisprudencia de la Primera Sala, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo V, Marzo de 1997, Página 312, Tesis 1a./J. 12/97, Contradicción de tesis 29/96, suscitada entre los Tribunales Colegiados Segundo en Materia Civil del Séptimo Circuito y Segundo del Décimo Primer Circuito, 26 de febrero de 1997.
- 31 Cfr. la tesis “FIANZAS. CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LAS. Una sana interpretación del artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas permite concluir que el plazo de la prescripción de las acciones derivadas de las fianzas debe empezar a correr a partir del momento en que el crédito se hace exigible y la autoridad está en posibilidad jurídica de efectuar el cobro, pues de no considerarse así, resultaría injusto que dicho plazo empezara a correr sin que la autoridad pudiera exigir el pago. En tales condiciones, si la dependencia está obligada a seguir un procedimiento de rescisión para poder hacer efectivas las garantías, el plazo de prescripción no puede empezar a correr antes de que tal hecho acontezca”. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, Octava Época, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo XV, Febrero, Página 169.

- ³² Isaac Halperin, *Contrato de seguro*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1966, p. 564.
- ³³ Antígono Donati, *Tratato del Diritto delle Assicurazioni Private*, vol. II, Dottore Antonino Giuffrè, Milán, 1954, pp. 517 y 519, § 526 y 527.
- ³⁴ Noveno Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Octava Época, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo XIV, Diciembre, Tesis I, 9o. C. 12 C, p. 322.
- ³⁵ Véase Marcel Planiol y Georges Ripert, *Derecho civil*, “Traité élémentaire de droit civil”, 3ª ed., trad. Leonel Pereznieto, vol. 8, Oxford University Press-Harla, México, 1997, pp. 732 y siguientes.
- ³⁶ Véase, en materia de fianzas, la tesis siguiente: “FIANZA, INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA (LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS). La prescripción negativa se interrumpe por la sola presentación de la demanda y una vez ejercitada la acción, si no hay abandono de la instancia, no puede la prescripción de la acción consumarse mientras dure el litigio.” Tercera Sala, Sexta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, Cuarta Parte, Tomo XXXIV, Página 99.
- ³⁷ Cfr. Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, Séptima Época, *Semanario Judicial de la Federación*, Volumen 175-180, Sexta Parte, Página 94. En el mismo sentido la tesis: “FIANZAS, CADUCIDAD DE. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 120 DE LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS, CONFORME A LA REFORMA DEL CATORCE DE JULIO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES.” Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo III, Marzo de 1996, Página 943.

Capítulo

3

Formación del contrato mercantil

Propósitos

Al concluir este capítulo, el lector comprenderá cómo se forma el contrato e identificará los elementos esenciales y de validez de los contratos mercantiles, distinguirá los contratos consensuales, formales y reales en materia mercantil, el comercio electrónico, los contratos celebrados en mensajes de datos, los contratos de adhesión, contratos tipo y de formularios, así como algunas cláusulas.

El art. 1793 del CCF establece que los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de *contratos*, cuya existencia requiere el acuerdo de voluntades entre las partes (consentimiento) y el objeto que pueda ser materia del mismo (art. 1794). Basta dicho consentimiento, sin que se requieran formas o formalidades, es decir, aunque no se otorgue por escrito ni se inscriba en un registro, porque la forma escrita constituye un medio de prueba, pero no un elemento de existencia, aun cuando las partes deben demostrar en el juicio la manera y los términos en que quisieron obligarse en el acto comercial. Sin embargo, ese consentimiento no siempre es de inmediato, ni liso y llano, sino producto de diversas negociaciones, estudios, comparaciones, análisis, discusiones, ofertas, etc., y, por tanto, de diversos instrumentos de formación progresiva de los contratos.

Instrumentos de formación progresiva de los contratos

Se trata de actos jurídicos realizados y/o aceptados por las futuras partes de un contrato que tienen el propósito de conocer el bien objeto del contrato, sus condiciones, las reglas, en fin, de entrar en negociaciones para determinar su intención o no de celebrar un contrato; se denominan también *instrumentos de*

puntuación o contratación mitigada. Las partes, además de celebrar contratos *vis a vis* y de inmediato, suelen llevar a cabo contratos paso a paso, previas diversas negociaciones respecto del mismo (por ejemplo, sobre el precio, lugar de entrega, garantías, seguros, tribunales competentes, lugar de solución de controversias, etc.); las negociaciones dependen de la complejidad del contrato y de la naturaleza de la mercancía, o del bien objeto del mismo. Entre dichos instrumentos se encuentran las cartas de intención, acuerdos de principio, acuerdos preliminares, cartas de opción, memorándum de entendimiento y acuerdos de confidencialidad.

Carta de intención (*Letter of Intent*). Se trata de una manifestación unilateral de la voluntad no vinculante, realizada por una o varias personas y dirigida a otra u otras con las que se desea entrar en negociaciones, mediante la que se informa de las condiciones, supuestos o mínimos esperados conforme a los cuales, de entrar en negociaciones, se estaría en condiciones de celebrar un contrato. Muchas veces se confunde con el memorándum de entendimiento, sobre todo cuando se pide al destinatario de la carta su firma al lado de la del autor. En este documento suele establecerse que, de darse ciertas condiciones, existe la firme intención de entrar en un acuerdo, pero dicha carta no significa, ni implica, una oferta, estipulación, promesa, precontrato, contrato preparatorio o contrato definitivo, ni por sí misma concede acción o derecho alguno a su destinatario o a los firmantes para celebrar contrato alguno ni para exigir el cumplimiento de lo manifestado en ella; únicamente contiene las bases conforme a las cuales las partes pueden llegar a un acuerdo.

Memorándum de entendimiento (*Understanding*). Acto jurídico bilateral o plurilateral emitido por las personas que entrarán en negociaciones para celebrar un contrato, por medio del cual se garantiza la buena fe de las mismas; en él se contiene su intención de colaboración, el procedimiento de cómo se desarrollarán las negociaciones, cuáles son las reglas de conducta o de comportamiento de los interesados durante la etapa negocial del contrato y, en su caso, las bases mínimas para la celebración del contrato, sin que ello implique, en todos los casos, una obligación de concluir el acuerdo final. También suele denominarse *carta de intención*. Normalmente va acompañado de un acuerdo de confidencialidad, el cual sí es vinculante.

Carta opción. Constituye una declaración unilateral de voluntad por la cual una persona concede a otra el derecho de optar por celebrar el contrato dentro de un

plazo determinado y una vez que ha analizado o revisado la documentación u otros requisitos. No es un contrato, pero tampoco hay obligación de celebrar un contrato, sino solamente en caso de que el beneficiario de la carta la haga efectiva.

Formación del contrato

El consentimiento se forma con la voluntad manifiesta de cada parte, la intención, el ánimo o la resolución de dar o hacer una cosa, de prestar un hecho o abstenerse de cierta conducta, es decir, de expresar la intención de realizar un acontecimiento con efectos jurídicos. Cuando otro sujeto acepta o se allana a la declaración unilateral de voluntad, esta y la del otro se elevan a la categoría de contrato por el influjo de dos o más voluntades coincidentes.

Oferta

La oferta es una propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas, suficientemente precisa (tipo de mercaderías, cantidad y precio, previsión de un medio para determinarlos), con la indicación de la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación (*Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, CNUCCIM); es decir, es una declaración de voluntad de naturaleza recepticia, que siendo suficientemente precisa se dirige a la perfección del contrato mediante el concurso con la declaración del destinatario de la propuesta, como se menciona en el capítulo relativo a la formación del contrato. Los contratos entre personas no presentes se forman mediante una oferta que es aceptada por el destinatario de la misma.

Policitación. Acto por el cual una persona (*policitante*) externa su voluntad individual a otra u otras personas indeterminadas, a una generalidad (*público*), a fin de realizar un acto, establecer una relación jurídica, imponerse una obligación determinada y quedar obligada por el simple hecho de haberlo declarado ante tal generalidad.

Se distingue de la oferta propiamente dicha porque aquella no tiene destinatario preciso, en tanto que esta va dirigida a una o varias personas precisas,

determinadas. La póllicitación es una oferta al público, dirigida “a toda persona que pueda tener conocimiento de ellas, con la expresión de los elementos esenciales de una prestación que se ofrezca cumplir, seria y hecha con el ánimo de satisfacer en su oportunidad”.¹ El CCF se refiere a: a) el ofrecimiento al público de la venta de bienes a un precio determinado, quedando obligado el oferente a sostener su ofrecimiento (art. 1860, CCF), sin que sea revocada la oferta después de haber sido aceptada por cualquier persona; b) la promesa de recompensa, prevista en el art. 1861 del CCF: “El que por anuncios u ofrecimientos hechos al público se comprometa a alguna prestación en favor de quien llene determinada condición o desempeñe cierto servicio, contrae la obligación de cumplir lo prometido.” Y c) concurso con promesa de recompensa, prevista en los arts. 1866 y 1867 del CCF, para los que llenen ciertas condiciones; para ello es requisito esencial que se fije un plazo, además de que el promitente tiene derecho de designar a la persona que deba decidir a quién o a quiénes de los concursantes se otorga la recompensa.

La CNUCCIM identifica a la póllicitación como *invitación a hacer ofertas*, y señala que toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario; por otra parte, nuestra LFPC (arts. 46 y 48) regula la póllicitación dirigida a los consumidores bajo dos figuras: las *promociones* y las *ofertas*: a) *promociones*: define como tales a las prácticas comerciales consistentes en el ofrecimiento al público de bienes o servicios: i) con el incentivo de proporcionar adicionalmente otro bien o servicio igual o diverso, en forma gratuita, a precio reducido o a un solo precio; ii) con un contenido adicional en la presentación usual de un producto, en forma gratuita o a precio reducido; iii) con figuras o leyendas impresas en las tapas, etiquetas o envases de los productos o incluidas dentro de aquellos, distintas a las que obligatoriamente deben usarse; y iv) bienes o servicios con el incentivo de participar en sorteos, concursos y otros eventos similares. Y b) por *oferta*, *barata*, *descuento*, *remate* o cualquier otra expresión similar se entiende el ofrecimiento al público de productos o servicios de la misma calidad a precios rebajados o inferiores a los normales del establecimiento. Para ninguna de ellas se requiere autorización, salvo cuando así lo dispongan las normas oficiales mexicanas, en los casos en que se lesionen o se puedan lesionar los intereses de los consumidores.

Consentimiento

El consentimiento es uno de los elementos de existencia de todo acto jurídico, y basta con que la persona exprese su voluntad de manera expresa o tácita para realizar un acto y dar, hacer o no hacer para que la ley le reconozca efectos jurídicos a favor o en contra, o recíprocos. El contrato se forma con el consentimiento sobre un objeto, es decir, cuando convergen dos o más voluntades respecto de un mismo objeto, cuando haya coincidencia de voluntades de las partes en una relación jurídica sobre un objeto determinado o determinable.

En el contrato mercantil, al igual que en el civil, el consentimiento puede ser otorgado de manera expresa² o tácita. Las manifestaciones y aceptaciones que se deducen de actos ejecutados por las partes tienen el mismo valor que si se hubieren hecho por escrito, pero si no existe acuerdo de voluntades, el contrato será inexistente (art. 2224, CCF), y si es dado por error, violencia o dolo, será nulo (arts. 1812 a 1823 y 2230, CCF, y 81, CCo).

El art. 78 del CCo señala que en las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y en los términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados, con las excepciones previstas en el art. 79; esto es, no se requiere la tradición de los bienes objeto de las prestaciones y tampoco la presencia de las partes en el momento de la celebración del contrato, ya que puede quedar perfeccionado desde el momento en que se recibe la aceptación de la propuesta o las condiciones con que esta fue modificada (art. 80, CCo), pero es preciso determinar el momento en que ocurre el consentimiento, por ejemplo, para precisar si los bienes salieron o no del patrimonio del comerciante en concurso o fallecido. Los contratos mercantiles pueden celebrarse entre presentes o entre personas distantes; en ambos casos es importante determinar el momento en que ocurre la coincidencia de voluntades en el objeto, es decir, el consentimiento, por lo cual el concepto de *oferta* es relevante.

La oferta constituye una declaración de voluntad dirigida por una (o más) persona(s), llamada *oferente*, a otra(s) persona(s) determinada(s), denominada *destinatario*, con el fin de concluir un contrato en el caso de que dicha persona acepte. Por tanto, se trata de una declaración de voluntad de naturaleza *recepticia*, que siendo suficientemente precisa se encamina a la perfección del

contrato mediante el concurso con la declaración del destinatario de la propuesta. Se diferencia de la policitud (art. 1861, CCF) por cuanto aquella es una propuesta dirigida a personas determinadas, en tanto que la policitud va dirigida a personas no determinadas, al público en general (“El que por anuncios...”); asimismo, carece de un destinatario preciso y es una oferta no aceptada. La oferta propiamente dicha es aceptada y forma el contrato; en este caso, el elemento diferenciador de una y otra figura viene determinado por la aceptación del destinatario.

La diferencia sustancial entre la oferta y la policitud estriba en el destinatario, determinado en la oferta e indeterminado en la policitud; es decir, en la “dirección de la propuesta”, que es determinante para establecer tratos diferentes a ambas denominaciones. La oferta es una propuesta para celebrar un contrato, en tanto que la policitud no necesariamente lo es, pues puede ser para conceder una recompensa, para buscar candidatos, participantes, etc., de manera que al aceptar la propuesta el solicitante no siempre queda obligado, porque incluso puede declinar a favor de tercero el derecho de elegir entre los que aceptan la propuesta. La finalidad de la oferta es que mediante su aceptación se forme el consentimiento o se celebre el contrato proyectado.

La sola oferta por sí misma no es ni puede constituir un contrato, ya que no existe coincidencia de voluntades entre quien la realiza y el destinatario de la misma, sino que se requiere que estén presentes los elementos estrictamente esenciales para la celebración del contrato, los que exige la ley. Esto es, la oferta debe ser suficiente y ha de integrarse con la aceptación del destinatario para que se forme el contrato con los aspectos más relevantes queridos por las partes.

Por tanto, la aceptación es la manifestación unilateral de la voluntad por la cual el destinatario expresa, dentro del plazo previsto en la oferta, o en la fecha ofrecida, estar conforme con la oferta; puede darse en un momento distinto del que se hace la oferta, o bien en el mismo momento. En este último caso no existe problema para determinar cuándo hay contrato; sin embargo, cuando las partes se encuentran en lugares diferentes, o estando en el mismo sitio, el oferente concede un plazo determinado y/o el aceptante solicita dicho plazo.

Es difícil determinar el momento en que se acepta la oferta y, por tanto, el momento en que nace el contrato; por ello, la doctrina ha considerado diversos momentos de perfeccionamiento del contrato, que son recogidos por las diversas

legislaciones: *a) teoría de la manifestación o emisión*, conforme a la cual el contrato se forma desde que el aceptante emite o manifiesta su aceptación de conformidad con la oferta, aunque no la expida. Esta teoría no requiere que la aceptación salga de la esfera del aceptante y sea puesta a disposición del oferente. No se trata de una verdadera aceptación, porque el aceptante no se ha desposeído de su manifestación de voluntad; es decir, no sale de su órbita personal; *b) teoría de la expedición o comunicación*, según la cual la aceptación surte efectos de tal desde que el destinatario la expide, aunque no la reciba todavía el destinatario; aquí lo relevante es que la aceptación sale del círculo del aceptante, y la dirige a la órbita personal del oferente; *c) teoría de la recepción*, según la cual el contrato se forma cuando la aceptación llega al oferente, aunque este no la conozca. Por tanto, precisa que la aceptación de la oferta esté a disposición del oferente, dentro de su ámbito, aunque todavía no la conozca. Nuestros códigos civiles, como el CCF y el CCo, adoptan esta teoría, de manera que cuando existe una oferta aceptada por el destinatario, el contrato se forma en el momento en que el oferente recibe la aceptación de su oferta (aunque no tenga conocimiento de ella, pero la reciba); y *d) teoría de la información o cognición*, supone que el contrato no se forma sino a partir del momento en que el oferente tiene conocimiento de la aceptación de la oferta.

Contratos entre presentes (*vis a vis*) y contratos por teléfono. Los contratos celebrados entre personas presentes, cara a cara, se perfeccionan de inmediato, en el momento en que coinciden las voluntades de las partes. En el caso de que se haya hecho una oferta de contrato, sin fijación de plazo para aceptarla, el proponente queda desligado de la oferta si el destinatario no la acepta en forma inmediata. Aunque el CCo no indica nada al respecto, por aplicación supletoria del art. 1805 del CCF, los contratos y las ofertas hechas por vía telefónica se entienden realizadas entre personas presentes, y como consecuencia el emisor de la oferta hecha por teléfono, salvo que se obligue por algún plazo, queda desligado de la misma si no recibe la aceptación en forma inmediata.

Contrato entre personas no presentes (carta y telégrafo). Cuando se trata de un contrato entre personas presentes,³ no cabe duda respecto del momento en que existe esa coincidencia de voluntades para celebrar el contrato, pero cuando se trata de contratos entre personas no presentes, aun cuando el CCo señala que el consentimiento existe desde que se recibe la aceptación de la propuesta o de las condiciones con que fue modificada, no siempre es fácil precisar en qué momento llega dicha aceptación al oferente.

El art. 80 del CCo señala que el contrato se perfecciona desde que se reciba la aceptación de la propuesta o las condiciones con que esta fue modificada (teoría de la aceptación recogida con la reforma del 29 de mayo del 2000, ya que con anterioridad el precepto aludía a que el contrato se perfeccionaba “desde que se contesta aceptando la propuesta”, lo que provocó controversias entre los juristas, pues mientras algunos consideraban que con dicha expresión se recogía la teoría de la expedición,⁴ otros sostenían que era la de la declaración),⁵ norma aplicable a los contratos mercantiles entre no presentes, tanto por escrito, carta o telégrafo, como mediante mensaje de datos, salvo el contrato de seguro, que se perfecciona hasta que el oferente tiene conocimiento de la aceptación de su oferta, conforme al art. 20 de la LSCS (teoría de la información). El CCo establece el momento de la recepción para el caso de contratos que se celebren por correspondencia, telégrafo o mensaje de datos (art. 89), concepto introducido en nuestro código con las reformas y utilizado en el llamado *comercio electrónico*.

El art. 80 del CCo reformado establece: “Los convenios y contratos mercantiles que se celebren por correspondencia, telégrafo, o mediante el uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, quedarán perfeccionados desde que se reciba la aceptación de la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada.” Con dicha reforma queda superada la discusión de antaño respecto de determinar si los contratos mercantiles entre no presentes se perfeccionan en el momento de la declaración o en el de la expedición, así como la diferencia que existía en el perfeccionamiento de los contratos civiles, ya que el CCF recoge la teoría de recepción (art. 1807). Los problemas que surgen en torno a la reforma son el relativo a determinar si los contratos que se celebran por carta, telegrama y mensaje de datos son entre presentes o entre no presentes, así como cuál es el carácter o la naturaleza del telégrafo que la reforma distingue de los medios electrónicos o tecnología similar.

Con la reforma al art. 80 del CCo se distinguen tanto la correspondencia (carta) como el telegrama respecto del mensaje de datos, pues el CCo se refiere a los convenios y contratos mercantiles que se celebren por correspondencia, telégrafo o mediante mensaje de datos. La carta no puede tener el mismo tratamiento que los mensajes de datos, puesto que aquella se elabora y firma en un documento tangible, en papel, de su autor, y se envía a través del correo; sin embargo, se desconoce la razón que el legislador tuvo en mente, ya que no expresa alguna, en la exposición de motivos de la reforma, para diferenciar al telégrafo de la

tecnología similar a los medios electrónicos y, como consecuencia, la diferencia de tratamiento entre los mensajes de datos y el telegrama.

La cuestión resulta importante para saber si los contratos celebrados por medio de telegrama pueden ser o no considerados contratos entre personas no presentes y la validez de ellos sin que las partes hayan convenido previamente en ese medio para su formación. Se considera que tal como está la reforma, los contratos que se celebren por carta y por telegrama, al igual que los hechos por mensajes de datos, tienen la consideración de ser contratos entre no presentes, tomando en cuenta lo preceptuado por el art. 1805 del CCF, con independencia de que se perfeccionen en el momento en que el proponente recibe la aceptación de la oferta, tal como ocurre con los contratos celebrados en mensajes de datos.

En efecto, puesto que el CCo distingue al telégrafo de los medios electrónicos u otra tecnología similar, dicho sistema de comunicación no está incluido en los medios electrónicos, ópticos o de cualquier tecnología a que se refieren los arts. 80 y 89 cuando definen al mensaje de datos, lo cual resulta contrario a lo establecido por la *Ley Modelo* de la CNUDMI sobre *Comercio Electrónico* y que fue la base de las reformas al CCo. Esta reconoce como uno de esos medios electrónicos, ópticos o similares precisamente al telégrafo, que por definición es un conjunto de aparatos que sirven para transmitir despachos con rapidez y a distancia;⁶ es decir, se trata de medios o tecnologías similares a los electrónicos y ópticos, pues son aparatos que sirven para transmitir mensajes a larga distancia mediante impulsos eléctricos que circulan por un hilo metálico, y el telégrafo óptico es un aparato colocado sobre un lugar elevado que transmite mensajes a larga distancia por medio de diversas combinaciones de sus brazos movibles.

Sin embargo, dicho precepto excluye al telégrafo de los medios electrónicos, ópticos o similares, como si el legislador se resistiese todavía a darle el adecuado tratamiento al telegrama, al cual desde su origen le concedió efectos vinculatorios, a pesar de haberse derogado el segundo párrafo del art. 80, que expresaba textualmente: “La correspondencia telegráfica sólo producirá obligación entre los contratantes que hayan admitido ese medio previamente, y en contrato escrito, y siempre que los telegramas reúnan las condiciones o signos convencionales que previamente hayan establecido los contratantes, si así lo hubiesen pactado.”

Este párrafo, que quedó suprimido con la reforma de comercio electrónico del

2000, fue criticado por Felipe de J. Tena,⁷ quien señalaba con acierto que las exigencias del precepto pugnaban con una costumbre universalmente observada por los comerciantes, quienes atribuían efectos obligatorios a los contratos celebrados por medio de telegramas, además de que con dicho precepto se desconocían las exigencias de celeridad del comercio en sus operaciones; por ello, sostuvo que no era válido negarle a un telegrama toda virtud probatoria en orden al consentimiento tan solo porque puede ser inexacta traducción del original, ya que bastaba reglamentar de manera discreta este medio de prueba para subsanar cualquier inconveniente.

El art. 1811 del CCF, que mantenía la misma redacción que ese párrafo suprimido del CCo, actualmente reza: “Tratándose de la propuesta y aceptación hechas a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología no se requerirá de estipulación previa entre los contratantes para que produzca efectos.” Por tal razón, dicho precepto es aplicable supletoriamente al CCo al tenor de lo dispuesto por el art. 2º de este ordenamiento, y, en consecuencia, los contratos mercantiles celebrados por medio de telegrama son válidos y obligatorios entre las partes, aunque no hayan estipulado con anterioridad por escrito esa manera de contratar, ello a pesar de que la ley no considere mensaje de datos al telegrama, porque es evidente que se produce por alguna tecnología o similar, además de que por ello debe tener el mismo tratamiento que los mensajes de datos, porque son producidos por un medio óptico o eléctrico similar a los que se refiere la propia ley.

En virtud de lo anterior, cuando el CCo define al mensaje de datos señala que es toda la información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o similares, y precisamente el telégrafo constituye un medio similar al electrónico y, en algunos casos, incluso es óptico, ya que es un aparato que sirve para transmitir mensajes a larga distancia mediante los impulsos eléctricos que circulan por un hilo metálico, por lo cual el telegrama debe tener trato igual que los mensajes de datos.

Objeto

El objeto del contrato constituye otro de sus elementos de existencia, de conformidad con nuestro derecho común, y está constituido por la cosa que el obligado debe dar y el hecho que debe hacer (art. 1824, CCF); consiste en una

prestación cuyo contenido es dar bienes o prestar servicios destinados al cumplimiento del fin o causa del contrato. El objeto se clasifica en *directo* e *indirecto*. El primero consiste en la conducta de los contratantes que se manifiesta como una prestación de hacer, que a su vez consiste en entregar un bien o un servicio; el objeto indirecto es la cosa misma, los bienes o servicios. De esta suerte se presentan dos situaciones: la prestación de un hecho y la prestación de una cosa.

Para la prestación de un hecho se requiere que la conducta que el obligado deba hacer sea posible, *impossibilium nulla obligatio est*, porque las prestaciones de hecho que sean imposibles no pueden ser objeto de contrato; y la imposibilidad puede ser no solo física, sino también jurídica: “Es imposible el hecho que no puede existir porque es incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización” (art. 1828, CCF). Además, la prestación del hecho ha de ser lícita, es decir, que no vaya contra el orden público ni contra las buenas costumbres (arts. 8º y 1830, CCF, y 77, CCo).

En materia de contratos, la prestación de la cosa consiste en la transmisión del dominio, la enajenación del uso o goce de bienes que una parte transfiera a la otra para los fines del contrato y en el pago de cosa debida. Pueden ser objeto del contrato bienes muebles e inmuebles, tanto por su naturaleza como por disposición de la ley (arts. 13 y 747 a 789, CCF), incluidos los derechos, es decir, los bienes muebles incorpóreos. Entre las clasificaciones de los bienes se distingue la que los considera: a) *corporales*, aquellos bienes que tienen una existencia material que se puede tocar, y b) *incorpóreos*, los intangibles, como los derechos (salvo el derecho de propiedad, según la tradición romanista); es decir, aquellos bienes que no tienen una existencia material, que son simples concepciones de la inteligencia, que no caen bajo la acción de nuestros sentidos y que por ello no se pueden ver ni tocar, pero que pueden ser objeto de contrato.

Jorge Martínez Domínguez⁸ señala que una clasificación de los bienes es la que distingue los corporales de los incorpóreos, tomando en cuenta si el bien ocupa o no un lugar en el espacio, si puede o no ser apreciado por los sentidos; añade que los bienes incorpóreos son los intangibles, que constituyen una creación con una estructura estrictamente jurídica, no física, dentro de los cuales ubica a los derechos tanto reales como de crédito.

A su vez, Marcel Planiol⁹ expresa que la palabra *bienes* comprende, además de las cosas materiales, cierto número de bienes incorpóreos, que son los mismos derechos en los que se incluye todo lo que sea un elemento de fortuna o de riqueza susceptible de apropiación en provecho del individuo o de una colectividad, como los créditos, rentas, derechos de autor, patentes de invención, etc. Jorge Barrera Graf,¹⁰ al referirse a los bienes que pueden ser objeto de aportación en las sociedades mercantiles, señala que pueden aportarse a la sociedad bienes materiales (muebles o inmuebles) e inmateriales, como los derechos de la propiedad industrial o intelectual. Así, puede ser objeto de contratos mercantiles cualquier bien y no exclusivamente cosas mercantiles.¹¹

Forma en los contratos mercantiles

Es necesario que el consentimiento se haya manifestado en la forma que la ley establece (arts. 1794, fracc. I, y 1795, fracc. IV, CCF). También es un principio recogido por la ley el que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, sin que se requiera formalidad alguna, salvo las excepciones contempladas por la propia ley (al paso que vamos, la excepción se convertirá en regla). El consentimiento puede ser *expreso* (por medio verbal o escrito, incluyendo medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología) o *tácito* (signos inequívocos, hechos que presuponen o que dan lugar a presumir la existencia del consentimiento, salvo cuando deba ser expreso).¹² El art. 78 del CCo dispone que en las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y los términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados.

Se trata de la consensualidad de los contratos mercantiles, que parece ser la norma en materia mercantil; así, el CCo no requiere formalidad alguna para el contrato de comisión, cuya única exigencia es que antes de su conclusión se ratifique por escrito (art. 274), ni para la compraventa ni el préstamo; sin embargo, existen diversos contratos en los cuales se exige la forma por escrito, como ocurre para el contrato de transporte (marítimo, art. 100, LN, y 129, LNCM), el arrendamiento financiero (art. 408, LGTOC), el reporto (art. 260, LGTOC), el seguro (art. 19, LSCS), el depósito (arts. 229 y 280, LGTOC), la prenda, el fideicomiso (art. 387, LGTOC), el crédito refaccionario o el de habilitación y avío

(art. 326, LGTOC), o incluso su otorgamiento en escritura pública o póliza de corredor público. Asimismo, se sanciona con nulidad la falta de forma en algunos contratos como los bursátiles (art. 202, LMV).

Para Roberto Mantilla Molina, el principio de la forma escrita hace inaplicable la regla del consentimiento como válido por sí mismo para contraer obligaciones;¹³ se requiere satisfacer la formalidad establecida por la ley, pero la forma escrita que exige la ley en los contratos, salvo aquellos en los que expresamente sanciona con nulidad, no es un elemento esencial para su existencia, como ocurre en el de A en P (art. 254, LGSM), sino únicamente un medio de prueba del contrato. La Suprema Corte de Justicia mexicana ha establecido lo siguiente: “No tratándose de un contrato solemne, las manifestaciones y aceptaciones que tácitamente se deducen de los actos ejecutados por las partes... deben tener el mismo valor legal que si se hubieran pactado expresamente por escrito.”¹⁴

Lo anterior significa que en tales casos el otorgamiento por escrito es un requisito *ad probationem*, es decir, una formalidad que no es necesaria para la existencia sino solo para probarlo de manera eficaz,¹⁵ porque “el acto es válido como medio de prueba aunque los formalismos legales no hayan sido observados”.¹⁶ En todo caso, son aplicables las disposiciones del CCF (art. 2228) respecto de la nulidad relativa, y aun cuando no se hubiere celebrado por escrito, las partes tienen derecho a pedir ante tribunales que se otorgue la forma omitida, ya que tal requisito no es de solemnidad de forma sustancial sino únicamente de perfección, y la existencia del contrato puede probarse por otros medios que la acrediten. La forma escrita constituye un medio para facilitar la prueba de su celebración y de sus elementos, pero el contrato ya existe; como se expresa en ejecutoria: “así las sociedades irregulares existen y tienen personalidad, según el sistema de la ley de sociedades (artículo 2), aunque no cumplan con las formalidades requeridas por la propia ley.”¹⁷

El art. 79 del CCo previene que los contratos para los cuales la ley exige escritura pública, o formas o solemnidades necesarias para su eficacia, así como los celebrados en país extranjero en que la ley exija dichos requisitos, no producen obligación ni acción en juicio en tanto no llenen tales requisitos. A su vez, el art. 82 dispone que los contratos en los que intervengan corredores quedarán perfeccionados cuando los contratantes firmaren la minuta correspondiente de la manera prescrita por la ley.

Dichos preceptos rompen con el principio de consensualidad en los contratos y supeditan su perfeccionamiento y validez al cumplimiento de formas y formalidades excesivas, ya que una cosa es que exista el acuerdo de voluntades entre las partes y otra la eficacia del contrato. En todo caso, la omisión de la forma en los contratos es cuestión de prueba de los mismos, pero no de existencia, salvo en los casos expresamente señalados por la ley, aquellos en los que esta exija dichas formas o solemnidades para su eficacia. El hecho de que la ley exija la elevación a escritura pública o póliza de corredor de un contrato no significa ni puede significar privar de efectos dicho contrato, pero sí de su eficacia; los extremos del art. 79 del CCo, en el sentido de que el contrato no produciría obligación ni acción en juicio mientras no se satisfaga la forma de escritura o póliza, no pueden tener una interpretación ni aplicación general, sino restringida, solo para los actos jurídicos cuya existencia dependa del cumplimiento de la forma solemne prevista especialmente para ellos por la ley, tal como ocurre con el testamento, el matrimonio y el protesto de los títulos de crédito, sin que puedan hacerse extensivos de manera válida para otros actos jurídicos en los que basta la manifestación de la voluntad y el objeto para que el acto exista, aun sin la forma exigida por la ley, pues en tal caso su omisión sólo genera la nulidad relativa, pero concede al acreedor el derecho de exigir el cumplimiento de la forma omitida y, como consecuencia, ese acto sí produce obligación y acción en juicio, máxime que el mismo art. 81 del CCo señala que las causas que anulan a los contratos civiles anulan a los mercantiles, “con las modificaciones y restricciones” que ese ordenamiento impone, por lo que en todo caso se deben observar las restricciones o limitaciones previstas por la ley mercantil.

Respecto de los actos que pasan por la fe de los corredores a voluntad de las partes, dichos actos quedan perfeccionados desde que existe acuerdo de voluntades y no hasta que se firme la minuta o póliza respectiva.¹⁸ Pero el hecho de que el CCo exija la elevación a escritura pública o póliza de corredor de un contrato parece privarlo de efectos; y los extremos del art. 79 del mismo ordenamiento, en el sentido de que el contrato no produciría obligación ni acción en juicio mientras no se satisfaga la forma de escritura o póliza, también parece norma especial frente a las disposiciones del derecho común. La ley es dura, pero es la ley, aunque nos parece inadecuada y contraria a la celeridad del comercio, pues implicará que ante la falta de escritura pública no se podría hablar de nulidad relativa conforme el CCF, sino de nulidad absoluta del contrato

por tratarse de una restricción del CCo. En la tesis siguiente se pretende interpretar y desestimar el contenido del art. 79 citado, en estos términos:

ACTOS MERCANTILES, FORMALIDADES DE LOS. El texto del artículo 79 de nuestro Código de Comercio coincide casi íntegramente con el artículo 52 del Código de Comercio Español, de donde fue tomado, y la supresión que se hace en el primer precepto del término “leyes especiales”, que consigna el segundo y que es en lo único que difieren, debe atribuirse con toda propiedad al prurito de no contrariar el lenguaje de la Constitución Federal; pero dicha supresión no puede significar un cambio de concepto en nuestro derecho porque de esta suerte sería imposible conservar el principio de libertad de formas que consagra el artículo 78 del Código de Comercio y no habría posibilidad de su aplicación; por lo cual, es inadmisibles establecer que la libertad de forma decretada por el Código de Comercio se reduzca a una fórmula vana sin sentido. Además, la interpretación anterior es la única congruente con la naturaleza de las transacciones comerciales, cuya rapidez y celeridad no podrían realizarse si el acto mercantil estuviera sujeto a las mismas exigencias de forma que consagra el derecho civil.¹⁹

Conforme a lo previsto por el CCo, hay contratos consensuales que no requieren forma alguna para su eficacia, así como contratos formales para los que la ley exige la forma escrita. Sea contrato privado, escritura pública o póliza de corredor, es necesario contar con una firma que reconozca al titular del documento; la falta de firma (o de las huellas o a ruego, en los casos autorizados por la ley) autógrafa hace que el documento no pueda atribuirse a nadie ni se pueda conceder valor probatorio; pero si existe consentimiento y objeto, la falta de forma escrita requerida por la ley hace anulable el acto, salvo que se encuentre en un mensaje de datos que goza de equivalencia funcional.²⁰

Mensaje de datos “constar por escrito” y de “firma”. El mensaje de datos es la información generada, enviada, recibida o almacenada por medios electrónicos, ópticos o similares, que sin embargo no se contiene en un documento tangible (básicamente en papel), sino que está contenida en documentos intangibles (mensajes de datos, que son soportados, básicamente, en medios magnéticos y electrónicos) y que, por tanto, no posee una firma autógrafa; no obstante, mediante dicho mensaje se pueden crear, transformar, modificar o extinguir derechos y obligaciones, se externa la voluntad y se forma el consentimiento; así que las leyes han reconocido esta nueva forma de celebrar contratos y, por tanto, reconocido la equivalencia funcional entre el documento

tangible y el documento digital, entre la firma electrónica y la firma autógrafa, de manera que no se distinga ni se discrimine el mensaje de datos (documento intangible) frente al papel (tangible) y, en consecuencia, que los tribunales no rechacen como medio de prueba los mensajes de datos por el hecho de que no estén en un documento escrito y/o que la impresión del mensaje de datos no contenga una firma autógrafa.²¹

Con el fin de satisfacer el requisito de forma escrita para los actos, convenios o contratos que consten en mensaje de datos, este se tendrá por cumplido tratándose de un mensaje de datos cuya información se mantenga íntegra (completa e inalterable) y sea accesible para su ulterior consulta, sin importar el formato en el que se encuentre o represente. La ley presume que cada mensaje de datos recibido es un mensaje de datos diferente, salvo que el destinatario sepa —o debiera saber, de haber actuado con la debida diligencia, o de haber aplicado algún método previamente acordado— que el nuevo mensaje de datos era un duplicado. Respecto de la firma, cuando adicionalmente la ley exija la firma de las partes, dicho requisito se tendrá por cumplido tratándose de mensaje de datos, siempre que este sea atribuible a dichas partes.

En los casos en que la ley establezca como requisito que un acto jurídico deba otorgarse en instrumento ante fedatario público, este y las partes obligadas podrán, a través de mensajes de datos, expresar los términos exactos en que las partes han decidido obligarse, en cuyo caso el fedatario público deberá hacer constar en el propio instrumento los elementos por medio de los cuales se atribuyen dichos mensajes a las partes y conservar bajo su resguardo una versión íntegra de los mismos para su ulterior consulta, otorgando dicho instrumento de conformidad con la legislación aplicable que lo rige.

Original. La doctrina se ha cuestionado si el documento digital es el original y si su impresión con sello digital es una copia, y más aún si la segunda y ulteriores impresiones son copias del original. El art. 93 del CCo considera original el documento digital cuando: *a)* exista garantía confiable de conservación íntegra, desde que se generó por primera vez, y *b)* si dicha información puede ser mostrada a la persona a la que deba presentarse. La doctrina se ha cuestionado si el documento impreso con sello digital es una copia o es un original, y si lo es únicamente la primera impresión. En México, la tendencia es que cualquier impresión tendría el mismo valor.

Lugar de expedición. Salvo acuerdo entre emisor y destinatario, el lugar de expedición del mensaje de datos es el lugar donde el emisor tiene su establecimiento; en el mismo sentido, se tiene como lugar de recepción del mensaje de datos el lugar del establecimiento del destinatario. Ahora bien, cuando alguna o ambas partes tienen más de un establecimiento, se tendrá como tal, para efectos de determinar el lugar de expedición del mensaje, el que guarde una relación más estrecha con la operación subyacente o, de no haber una operación subyacente, su establecimiento principal, y si el emisor o el destinatario no tienen establecimiento, se tiene como tal el lugar de su residencia habitual.

Mensajes de datos en instrumento público. Cuando haya la exigencia de que el acto se otorgue ante fedatario, este y las partes obligadas podrán, por medio de mensajes de datos, expresar los términos exactos en que las partes han decidido obligarse, en cuyo caso el fedatario público “deberá hacer constar en el propio instrumento los elementos a través de los cuales se atribuyen dichos mensajes a las partes y conservar bajo su resguardo una versión íntegra de los mismos para su ulterior consulta, otorgando dicho instrumento de conformidad con la legislación aplicable que lo rige” (art. 93, CCo).

Esta evolución de conceptos, “constar por escrito”, “firma” y “original”, no hace sino reconocer la validez de los contratos, promesas, ofertas o declaraciones unilaterales de voluntad, e incluso el cumplimiento de diversos contratos, contraofertas o cartas de intención realizadas por medios electrónicos, entre personas localizadas en lugares distintos, en los que de manera casi simultánea manifiestan su voluntad y la hacen constar en un documento que no se puede tocar pero que está en una computadora (soporte lógico o magnético) por haberse producido por medios electrónicos, que solo se puede ver en pantalla o ser impreso, y que, sin embargo, es atribuible a una persona y que puede ser reproducido para efectos de prueba sin alterarlo ni modificarlo.

Capacidad

La capacidad es la aptitud de las personas para ser titulares de derechos y obligaciones y de hacerlos valer por sí mismas, en el caso de las personas físicas, o por representantes legales, en el caso de las personas morales.²² El CCo no exige capacidad especial ni que sean comerciantes quienes celebran un contrato;

al respecto, basta que tengan capacidad legal para contratar.²³ En nuestro derecho la capacidad se presume, ya que “son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley” (art. 1798, CCF);²⁴ en materia mercantil, la capacidad legal para contratar es igual a la que otorga el CCF (art. 5º, CCo), pero para ejercer el comercio se requiere además que las leyes no prohíban expresamente la profesión del comercio; que el sujeto no esté inhabilitado para ejercer el comercio (como los quebrados no rehabilitados), y que no tenga prohibido celebrar determinados actos (por ejemplo, los administradores de sociedad anónima no pueden adquirir en nombre de dicha sociedad las acciones emitidas por esta) o ejercer el comercio (los sentenciados por delitos patrimoniales).

De esta manera, en principio puede ser parte de un contrato mercantil cualquier persona, física o moral, hombre o mujer, comerciante o no comerciante, mexicano o extranjero, con capacidad para contratar conforme al CCF. Sin embargo, existen casos en los cuales ciertos contratos, como el de seguro, requieren por disposición de ley o la naturaleza del objeto del contrato (por ejemplo, valores) que los contratantes, o cuando menos uno de ellos, tengan la calidad de comerciantes. En otros casos, no pueden celebrar contratos mercantiles habitualmente quienes tengan inhabilitación para ejercer el comercio, esto es, para realizar de manera reiterada actos de comercio, para hacer de este su ocupación ordinaria, tales como los corredores, los quebrados que no hayan sido rehabilitados, los que por sentencia ejecutoriada hayan sido condenados por delitos contra la propiedad, incluidos en estos la falsedad, el peculado, el cohecho y la concusión (art. 12, CCo). Dichas personas sí pueden celebrar contratos mercantiles, pero no están facultadas para hacerlo como una ocupación ordinaria porque no pueden ejercer el comercio. Ser accionista, socio o administrador de una sociedad mercantil no convierte al sujeto en comerciante.

Por lo que se refiere a los extranjeros, tampoco pueden realizar ciertas actividades reservadas exclusivamente para mexicanos y, en esa medida, tampoco pueden celebrar ciertos contratos mercantiles.

Por lo que toca a los cónyuges, pueden celebrar contratos entre ambos, ya que el art. 174 del CCF que contenía tal prohibición fue derogado. Dicho precepto prescribía que los cónyuges no podían contratar entre ellos, y por tanto existía la prohibición legal, disposición que se consideraba necesaria porque en los contratos bilaterales se produce una contraposición de intereses que repugna con

la finalidad del matrimonio, como claramente señalaba Barrera Graf.²⁵

Nulidad de los contratos

Conforme a lo dispuesto por el art. 81 del CCo, las causas que anulan los contratos civiles también anulan los mercantiles, salvo lo previsto por dicho ordenamiento. La nulidad es la consecuencia de la falta de alguno de los elementos esenciales (inexistencia) o de validez (anulabilidad) de los contratos; es *absoluta* por falta de consentimiento u objeto, y *relativa* cuando, a pesar de existir tales, aparecen vicios de consentimiento, incapacidad, ilicitud del objeto, fin o causa. En general, el contrato será nulo cuando falte alguno de los elementos de existencia y de validez del acto, o adolezca de algún vicio o defecto.

Nulidad absoluta del contrato. El contrato mercantil será nulo si su objeto o fin es ilícito; es decir, si su objeto es contrario al orden público o a las buenas costumbres (art. 1830, CCF), de conformidad con el art. 8º del CCF, que prescribe la nulidad de los actos ejecutados en contra de las leyes prohibitivas o de interés público. En principio, se trata de conceptos difíciles de precisar: *orden público*, *buenas costumbres*, *leyes prohibitivas* o *de interés público*. Por supuesto, parecería paradójico pensar que existen leyes que no sean de orden público, y por otra parte que se argumente que las buenas costumbres cambian de acuerdo con el lugar y la época (aunque este razonamiento fuera válido); se trata en verdad de limitaciones a la libertad contractual y de la subordinación del interés particular al general.

Es cierto que algunas leyes declaran ser de orden público, como la *Ley Federal de Protección al Consumidor* (art. 1), y que otras más omiten tal distinción, pero que el objeto, fin o motivo determinante del contrato sea ilícito significa que no sea conforme a derecho.²⁶ Así, por ejemplo, si el contrato tiene por objeto realizar operaciones comerciales referidas al tráfico de psicotrópicos o estupefacientes, el objeto o fin del mismo es ilícito y, en consecuencia, nulo, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiera lugar (en este caso se estaría incurriendo en un delito contra la salud penado por el Código Penal, arts. 193 y siguientes).²⁷

El CCF prescribe que “La nulidad absoluta por regla general no impide que el

acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad” (art. 2226), nulidad que puede ser solicitada por cualquier interesado (por ejemplo, los acreedores de alguna de las partes), y no desaparece por confirmación o por prescripción. Esto se justifica porque tal nulidad sanciona la violación de normas jurídicas que protegen el interés general; sin embargo, se requiere que la solicite quien tenga un interés jurídico en dicha nulidad (art. 2229, CCF). Otro supuesto de nulidad absoluta en el contrato es aquel que prevé el propio CCF (art. 2224), y más propiamente la inexistencia del contrato por ausencia de consentimiento o de objeto.

En efecto, nuestro derecho común establece los elementos de existencia del acto jurídico y las causas de su invalidez en los arts. 1794 y 1795 del CCF, y en el art. 2224 hace referencia al acto inexistente, que no produce ningún efecto legal y que no es susceptible de confirmación o prescripción. En ese precepto se señala la inexistencia del acto por falta de consentimiento, es decir, por ausencia del acuerdo de voluntades y también por la carencia de objeto; sin embargo, aunque expresa que se trata de inexistencia del acto, el propio CCF, al regular otras figuras –ya sea que carezcan de objeto como la renta vitalicia (art. 2779), si sobre quien se constituye ha muerto, o en el legado (arts. 1427, 1433, 1434, 1436 y 1440), o bien que no haya consentimiento, como en el caso de los contratos celebrados en nombre de otro, sin que se haya otorgado el poder necesario (art. 1802)–, declara que tales actos son nulos, pero no habla de su inexistencia.

Nulidad relativa. La nulidad relativa del contrato surge cuando este es ineficaz por la concurrencia de algún vicio en la voluntad o de un defecto de forma en el momento de su celebración.²⁸ A diferencia de la nulidad absoluta, que puede ser invocada por cualquier interesado, la relativa solo puede invocarse por alguno de los contratantes. Ella sanciona la violación de una norma jurídica cuyo fin es de interés particular²⁹ y procede por vicios del consentimiento (arts. 1812 y ss., CCF), falta de forma (art. 2228), por incapacidad (art. 2230) y por lesión (art. 2228); es decir, el contrato es anulable cuando existen vicios tanto en los elementos de existencia como de validez. Esto significa que a diferencia de los contratos plurilaterales, que dan lugar al nacimiento de una persona jurídica y a los cuales la ley excluye de nulidad,³⁰ en el contrato mercantil puede demandarse la nulidad y rescisión cuando carezca de alguno de los requisitos de validez o cuando estos adolezcan de algún vicio.

Vicios del consentimiento. Nuestro derecho común establece que el consentimiento no es válido si ha sido “dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo” (art. 1812, CCF), es decir, por vicios del consentimiento y, por tanto, que puede ser invalidado por alguna de esas causas (art. 1795, CCF); en este orden de ideas, el consentimiento de las partes, es decir, el acuerdo de voluntades, debe ser el resultado de actos voluntarios y libres de los contratantes para que el acto jurídico sea válido y produzca todas sus consecuencias; que haya consentimiento expreso o tácito (art. 1803, CCF). Se trata de un acto volitivo, consciente y libre por parte de los contratantes, ya que si ha mediado error, dolo o violencia, aunque provisionalmente surta sus efectos, el contrato será nulo (art. 2227, CCF) e inexistente si carece de consentimiento o de objeto (art. 2224, CCF).

Error. Consiste en creer verdadero lo que es falso y falso lo que es verdadero; es decir, se trata de una falsa apreciación de la realidad. Se distingue de la ignorancia porque esta es la carencia de conocimiento de un objeto determinado, mientras que en el error se tiene conocimiento, pero equivocado. Nuestro derecho común incluso hace la distinción entre ambos, porque mientras en el error prescribe la nulidad del acto, en la ignorancia exige su cumplimiento aunque los jueces puedan diferirlo (prórroga del cumplimiento), siempre que no se trate de leyes que afecten directamente el interés público (art. 21, CCF). En otras palabras, “la ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento”, en tanto que el consentimiento dado por error invalida al acto.

Esto ocurre, por ejemplo, en un contrato de asociación en participación (A en P) si el asociado llamado por el asociante a participar en una A en P otorga su consentimiento por error, creyendo que celebra una sociedad cuando en realidad se trata de una A en P (*error obstáculo*). Procede la nulidad porque se impide la adecuación del acto al fin propuesto; esto es, que el asociado, queriendo ser socio de una sociedad, suscribe el contrato de A en P, donde solo puede ser partícipe. También procede la nulidad si el error versa sobre la sustancia del objeto (o fin) del contrato o sobre la persona; es decir, cuando el error recae sobre el motivo determinante de la voluntad (error de derecho o de hecho, también llamado *error nulidad*), esto es, si una parte decidió dar su consentimiento por virtud del error en que se encontraba, procede la nulidad del contrato con tal de que en dicho acto se haya declarado ese motivo o se pruebe por las circunstancias del contrato que este se celebró en el falso supuesto que motivó al afectado, y en virtud del error en que se encontraba otorgó su

consentimiento; por ejemplo, si lo hace creyendo que el comisionista realizaría las operaciones necesarias para la compra y posterior venta de la espada que perteneció a Simón Bolívar y no por otra razón, lo cual resulta ser falso. Si posteriormente descubre su error y logra probar que el motivo determinante de su voluntad estuvo viciado, puede obtener la nulidad del contrato.

En cuanto al error en la persona (también error nulidad), puede referirse a la identidad de la persona o a sus cualidades personales o conocimientos especiales.³¹ El CCF hace referencia expresa a este error en materia de matrimonio (arts. 235, fracc. I, y 236). Por ejemplo, en el caso de una A en P es necesario analizar en qué medida tal error constituye un vicio del consentimiento que entrañe su nulidad. Al respecto, Emile Tyan³² señala dos supuestos: a) cuando el asociado debe aportar dinero o especie (bienes) y es insolvente, procede la nulidad si la aportación se hizo en fraude de acreedores, y b) cuando el asociante debe aportar su industria y no tiene la preparación necesaria para la ejecución del servicio; esto es, si el asociado celebró la A en P con el asociante al creer que este podría ejercer las operaciones pactadas y resulta que en realidad no podía hacerlo,³³ o bien creyó que dicho asociante tenía los conocimientos especiales y suficientes para llevar a cabo la explotación de determinada negociación mercantil.³⁴

Finalmente, existe otra especie de error dentro de este vicio del consentimiento, que es aquel que el derecho común denomina *de cálculo* (art. 1814, CCF), el cual no invalida el contrato, sino que solo da lugar a su rectificación (error indiferente); se presentaría, por ejemplo, cuando una parte que debe pagar \$50 000.00 entrega a la otra \$500 000.00. El contrato es válido, a pesar de que sea descubierto el error, aun cuando deba hacerse la rectificación de la cantidad señalada para proceder a la devolución de la diferencia.

Dolo. Cuando el dolo ha sido la causa determinante del contrato, ya sea que provenga de una de las partes o “de un tercero, sabiéndolo aquélla” (art. 1816, CCF), constituye un vicio del consentimiento y produce la nulidad del contrato. Se define al dolo en los contratos como toda gestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes, y por mala fe la disimulación del error de uno de ellos, una vez conocido (art. 1815, CCF).

Violencia. Constituye un vicio del consentimiento porque impide que la voluntad sea libre y hace que aquel se otorgue por correr peligro de perder la vida, la

honra, la libertad, la salud o una parte considerable del patrimonio (art. 1819, CCF). Se distinguen dos tipos de violencia: la física y la moral. En una se recurre a la fuerza física y en la otra a las amenazas; en ambas se trata de una intimidación, la cual constituye una amenaza que incide en la voluntad de una de las partes;³⁵ los bienes sobre los que la violencia debe recaer son precisamente los ya mencionados, y pueden ser objeto de ella no solo el contratante, sino también su cónyuge, sus ascendientes, descendientes o parientes colaterales dentro del segundo grado (hermanos). Además, debe ser presente e intencional porque el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión o respeto no basta para viciar el consentimiento (art. 1820, CCF).

Lesión. Véase este tema en el capítulo 1. El CCF, en su art. 17, se refiere a la *lesión*, al igual que los tribunales federales, aunque el texto legal no menciona ese término y solo señala su contenido, del que destaca el abuso o aprovechamiento de la situación en apuro, en necesidad o extrema miseria o ignorancia en que se encuentra la persona que sufre la lesión, cuyo precepto es aplicable al CCo por incorporación (art. 81, CCo) y no por supletoriedad, como reza la tesis siguiente:

LESIÓN EN LOS ACTOS DE COMERCIO. APLICACIÓN SUPLETORIA DEL ARTÍCULO 17 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL. Como está fuera de toda duda que la figura jurídica de la lesión en su forma moderna, llamada por la doctrina “lesión calificada” por su propia naturaleza subjetiva, necesariamente se refiere a la persona misma de quien la sufre y no al acto jurídico en sí, ni, por tanto, al comercial, es claro que las acciones que de ellas se deriven no pueden regirse por el estatuto del acto comercial. Siendo ello así, y por no establecer el Código de Comercio norma alguna sobre las acciones de nulidad derivadas de la expresada figura jurídica, es concluyente que se tiene que recurrir al Código Civil para colmar la laguna, en vista de la supletoriedad establecida al respecto por el artículo 2º de dicho Código de Comercio y principalmente por su artículo 81 que en forma expresa estatuye que “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 contratantes, y de las excepciones y causas que rescinden o invalidan los contratos”.

Falta de forma. Como hemos señalado, la forma es la manera que la ley establece para manifestar el consentimiento. Para algunos contratos, la ley exige que se otorguen por escrito; se alude así a los contratos formales, aquellos para cuya validez se requiere la forma escrita. La falta de forma produce la nulidad

relativa de los contratos (art. 2228, CCF). Las formalidades establecidas por la ley constituyen una excepción al principio que establece que en las convenciones mercantiles (art. 78, CCo) y civiles (art. 1832, CCF) cada uno se obliga en la manera y en los términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial (o civil) dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados. Nuestro derecho común (art. 2229, CCF) expresa que la acción y la excepción de nulidad por falta de forma competen a todos los interesados y que el acto viciado de forma puede ser confirmado al cumplir en la forma omitida (art. 2231); cuando la voluntad de las partes ha quedado constante de manera fehaciente e indubitable, cualquier interesado puede exigir que se otorgue en la forma prescrita por la ley (arts. 1833 y 2232).

De lo anterior podría concluirse que si un contrato que debe otorgarse por escrito se ha pactado de manera verbal y los contratantes no han manifestado su voluntad por escrito, dicho contrato está afectado de nulidad relativa y le son aplicables las disposiciones previstas en el CCF para la nulidad por falta de forma, no solo porque no existe alguna disposición especial o diferente en el CCo, sino porque así lo dispone el art. 81 del mismo ordenamiento. La Suprema Corte de Justicia, en ejecutoria ya citada en relación con la forma del contrato, ha expresado que por el hecho de que un contrato no sea solemne, las manifestaciones y aceptaciones que tácitamente se deducen de los actos ejecutados por las partes tienen el mismo valor legal que si se hubieren pactado por escrito.

Esto significa que pese a las disposiciones antedichas, es decir, que ciertos contratos deban celebrarse por escrito, este requisito no es de solemnidad, de forma sustancial, porque la forma escrita del contrato no es un elemento necesario para su existencia sino, por el contrario, constituye un formalismo *ad probationem*,³⁶ es decir, una formalidad que solo es necesaria para probar de manera eficaz el contrato, porque este ya existe: “el acto es válido como medio de prueba aunque los formalismos legales no hayan sido observados”, y, en consecuencia, el contrato es válido aun cuando no se haya observado la forma escrita.³⁷ Aunque por supuesto aceptamos, respecto de la ejecutoria indicada, que solo se trata de un precedente judicial y no de jurisprudencia, este es importante porque señala un criterio judicial que debe considerarse para casos futuros.

El problema que podría plantearse es aquel en el que no habiéndose celebrado

por escrito el contrato, una parte demande su nulidad (art. 2228, CCF), y la otra reconveniga el otorgamiento de la forma escrita omitida (arts. 1833 y 2232); por mayoría de razón privaría el segundo en función de la conservación del contrato y el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, *adversus factum suum quis venire non potest*,³⁸ aunque obviamente el contrato puede extinguirse por mutuo acuerdo.

Incapacidad. La capacidad es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y para hacerlos valer por sí mismos. La incapacidad es la ausencia de dicha aptitud, que no se presume sino que resulta de la ley, como excepción (art. 1798, CCF); por ello, tienen aptitud para contratar todas las personas, salvo aquellas a quienes la ley –civil, mercantil, etc.– se los prohíba. Como ya se dijo, en materia mercantil tienen aptitud para celebrar un contrato en principio quienes poseen capacidad general para contratar; la capacidad tanto en materia civil como en mercantil es semejante (arts. 1798, CCF, y 5º, CCo), y para celebrar diversos contratos mercantiles ni siquiera se exige la calidad de comerciante, aunque se infiere cuando las operaciones materia del contrato sean tales que constituyan la ocupación ordinaria de una de esas partes (art. 3º, CCo).

Comercio electrónico

Eficacia de los contratos por fax, teléfono, EDI, e-mail, telégrafo, etcétera. El desarrollo de la tecnología en las últimas décadas, y en especial la de la información, la telecomunicación y, como consecuencia, la utilización de las redes de telecomunicaciones, la amplia difusión y aplicación de internet, la federación de redes de acceso general, una infraestructura compartida, constituida por protocolos, que enlaza computadoras esparcidas en todo el mundo, ha permitido a las personas comunicarse desde cualquier punto geográfico casi instantáneamente y de diferentes maneras, lo que ha hecho posible realizar operaciones a distancia, ofrecer bienes y servicios, ingresar en una biblioteca, participar en subastas o copiar una imagen o texto, etcétera.

Todo ello ha provocado la necesidad de revisar algunas de las instituciones jurídicas y de regular nuevos hechos y actos jurídicos, como la instalación de redes públicas de telecomunicaciones y los contratos celebrados por medios electrónicos, así como a cuestionar, entre otros aspectos, el alcance de los derechos de autor, la validez de las operaciones realizadas por mensajes de

datos, sin documento tangible (papel), los límites del derecho a la privacidad y el derecho a la información.

Internet, por su propia naturaleza, al estar abierta al público y utilizar protocolos de telecomunicaciones no protegidos en ciertas aplicaciones (aunque se pueden encriptar los datos intercambiados), como en operaciones comerciales o en el suministro de servicios de información privada, además de la utilización del correo electrónico (*e-mail*) o el EDI (intercambio electrónico de datos, al que se hará referencia más adelante), plantean diversos problemas en relación con la confidencialidad, confiabilidad, seguridad, secrecía, autoría y monitoreo del acceso de la información, de los cuales juristas, comerciantes, organismos internacionales públicos y privados, empresarios, especialistas en tecnología y Estados se han preocupado por superar, máxime que los servicios a los que se puede tener acceso por internet son de la más variada índole, desde la simple consulta o transferencia de documentos (FTP,³⁹ Gopher,⁴⁰ Web,⁴¹ etc.) hasta el uso de herramientas que permiten la interactividad mediata o inmediata entre los usuarios (correo electrónico, charla viva, foros, etcétera).

Asimismo, el correo electrónico permite a los usuarios que cuentan con una dirección electrónica comunicarse entre sí de la misma manera que lo hacen por medio del telegrama, de la carta y del teléfono. El mensaje del emisor del correo electrónico es enviado al servidor de correo electrónico (proveedor de acceso), como ocurre cuando se envía una carta a la oficina postal o de correos tradicional, el cual, a su vez, lo envía por la red al servidor de correo del destinatario, quien abre su servidor de correo, consulta su buzón electrónico y se informa o recibe el mensaje. En efecto, el correo electrónico funciona de manera similar al servicio postal convencional: la comunicación se envía en forma privada y se dirige desde un punto geográfico a otro, dentro de cierto periodo.

La diferencia estriba en que el mensaje enviado por correo electrónico llega al destinatario casi en forma instantánea, mientras que las cartas tardan varios días, aun las enviadas por mensajería privada. Al igual que las comunicaciones enviadas por correo tradicional, si la dirección electrónica del destinatario no es la adecuada o no puede recibir el mensaje (por ejemplo, si el buzón está lleno), dicho mensaje es devuelto automáticamente al emisor.

El correo electrónico estaba considerado en la abrogada *Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión* de México como un servicio de valor

agregado que, de acuerdo con los lineamientos para la tramitación del registro de estos servicios, dados a conocer por la Comisión Federal de Telecomunicaciones, consistía en asignar a cada usuario un segmento de la memoria del centro de cómputo del prestador de servicios (buzón electrónico), en el cual se depositan en forma remota mensajes dirigidos al suscriptor, quien los recupera de manera diferida mediante equipos terminales apropiados que se conectan por cualquier medio de telecomunicación, cuyas aplicaciones pueden ser mensajes de voz (correo de voz), mensaje de datos o mensajes de facsímil (fax mejorado).

La utilización del correo electrónico, internet,⁴² el EDI⁴³ y en general de las redes de telecomunicaciones para transmitir información en el ámbito comercial ha sido mayúscula, porque no solo agiliza las operaciones, sino que permite a las empresas incrementar y facilitar sus operaciones, ampliar su prestigio y el de sus productos y servicios, analizar mercados y perspectivas de clientes y suprimir grandes costos de papel (fax, carta, etc.); así, ha dado lugar al llamado *comercio electrónico*.

El comercio electrónico puede definirse como el conjunto de actos de intermediación de bienes y servicios por mensajes de datos transmitidos por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología (como internet, correo electrónico, intercambio electrónico de datos [EDI], facsímil, telegrama o télex), y comprende tanto las negociaciones, cartas de intención y ofertas de contrato como los actos y contratos comerciales que se realicen, celebran o ejecutan a través de tales medios, como los contratos de agencia, compraventa, concesión de licencias, comisión, consignación, consultoría, distribución, ingeniería, intercambio, inversión, financiación, banca, empresa conjunta, cooperación industrial o comercial, *leasing*, *factoring*, seguros, suministro, transporte, etc., todos aquellos que son susceptibles de realizarse total o parcialmente o en ejecución o preparación de ellos mediante mensajes de datos, así como los contratos celebrados para la venta de bienes o prestación de servicios relacionados con medios electrónicos de información, y los actos y obligaciones ejecutados con dichos mensajes.

El comercio electrónico incluye tanto las ofertas de contrato como la ejecución o el cumplimiento de obligaciones por mensajes de datos a través de medios electrónicos, ópticos o similares, como el correo electrónico, el EDI o internet. Quedan comprendidos dentro del mismo los actos jurídicos que se realizan por

mensajes de datos aun cuando el contrato que les dé origen se haya celebrado verbalmente, por escrito tangible, por carta o telegrama; tal es el caso de la obligación del vendedor de dar aviso al comprador por medio electrónico que la mercancía ha sido puesta a su disposición en el lugar convenido, conforme a los Términos de Comercio Internacional versión 2010 (Incoterms 2010), expedidos por la Cámara de Comercio Internacional para las compraventas internacionales; la obligación del banco emisor de créditos documentarios de avisar por telecomunicación y girar instrucciones por ese medio a los bancos notificadores, avisadores o confirmantes, telecomunicación que es considerada el instrumento operativo del crédito o de la modificación, conforme a las Reglas y Usos sobre Créditos Documentarios, expedidos por la misma Cámara.

Incluso en las reglas citadas se prevé que, salvo estipulación en contrario, los bancos acepten como originales los documentos producidos o aparentemente producidos por sistemas de fotocopiado, computarizados o automatizados, o en papel carbón, siempre que estén señalados como originales, y si fuera necesario, que parezcan haber sido firmados, ya sea a mano, por firma-facsímil, perforada, impresa o cualquier otro medio mecánico o electrónico de autenticación. Finalmente, en materia de transporte se incluye la expedición del conocimiento de embarque electrónico.

Entre los medios de comunicación recogidos en el concepto de *comercio electrónico* se incluyen las vías de transmisión basadas en el empleo de técnicas electrónicas, como la comunicación por medio del EDI (transmisión de datos de una terminal informática a otra efectuada en formato normalizado), la transmisión de mensajes electrónicos utilizando normas patentadas o normas de libre acceso, y la transmisión electrónica de textos de formato libre, como internet o el correo electrónico, así como el télex y la telecopia o fax. Un mensaje de datos puede nacer en forma de una comunicación verbal y ser recibido en forma de fax, o puede nacer en forma de fax que se entrega al destinatario en forma de mensaje EDI. Una de las características del comercio electrónico es que supone el empleo de mensajes programables, cuya programación en una terminal informática constituye el rasgo diferencial básico respecto de los documentos tradicionales consignados sobre papel.⁴⁴

La celebración de operaciones a través de internet, fundamentalmente por Web y correo electrónico, así como del facsímil, ha tenido mucha aceptación en los últimos años⁴⁵ no solo por la difusión y el éxito de las mismas, sino porque

también se proporciona información sobre el vendedor, políticas de venta, proveedores, métodos de distribución, rastreo de pedido, etc.; más aún que la idea principal que prevalece en el comercio electrónico es la realización de transacciones con proveedores y clientes –en donde se involucra todo lo que existe alrededor del intercambio de productos y servicios, al aprovechar los nuevos medios y técnicas de comunicación para hacer las operaciones de manera más rápida, cómoda y eficiente, de manera que genere menos costos de operación al comercio y ofrezca comodidad y rapidez al consumidor o empresario en la adquisición de los mismos–, lo que se logra al realizar dichas operaciones desde una computadora, sin necesidad de trasladarse al lugar donde se encuentran los bienes o servicios o su proveedor.

Se trata de una forma sorprendente de realizar operaciones comerciales sin necesidad de desplazarse del domicilio u oficina y sin que se tenga que pedir información, muestras, modelos o catálogos por teléfono o por correo; es suficiente ingresar al sitio elegido, que presenta una lista de productos con toda la información, fotografías y precio, de manera que si el destinatario de la oferta desea adquirirlo, simplemente accesa a la página de pago (carrito electrónico), proporciona sus datos personales e información de tarjeta de crédito (o bien realiza el pago mediante depósito bancario), y lo único que tiene que hacer es esperar a que se le entregue la mercancía en su domicilio en un plazo breve (cuatro días, aproximadamente).

Comercio electrónico internacional

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o Uncitral) se consagró desde diciembre de 1985 a realizar un conjunto de normas reguladoras del comercio electrónico tomando en consideración, entre otros aspectos, el creciente uso del intercambio electrónico de datos y la necesidad de reconocer valor jurídico a los registros computarizados, lo que trajo como resultado la *Ley Modelo sobre Comercio Electrónico*, aprobada mediante resolución 51/162 de la Asamblea General del 16 de diciembre de 1996. El objeto de dicha ley es que los Estados la adopten en sus legislaciones internas a fin de garantizar la seguridad jurídica en el contexto de la utilización más amplia posible del procesamiento automatizado de datos en el comercio internacional, cuyos propósitos son facilitar el comercio entre los países, validar las operaciones realizadas por nuevas técnicas de información, fomentar y estimular

nuevas tecnologías y apoyar las prácticas comerciales, conforme a lo siguiente:

- a) *Facilitar el comercio*: para lo cual se recogen los usos y prácticas en el comercio (qué cláusulas suelen poner las partes, el modo de comunicarse o el marco de contratación), y toman en cuenta la bibliografía sobre medios electrónicos y las reglas acerca de teletransmisión.
- b) *Validación de operaciones*: consiste en dar certeza y reconocer la validez tanto de las operaciones que se hacen por diversos medios distintos del papel (por mensajes de datos) como de las realizadas por medios escritos, electrónicos ópticos o similares. Es decir, se trata de reconocer la equivalencia funcional que existe entre la información contenida en documentos tangibles (papel) y la contenida en documentos intangibles (mensajes de datos); que no haya discriminación entre papel y mensaje de datos; que las transacciones electrónicas tengan la misma validez legal y el mismo reconocimiento por las autoridades como lo tienen hoy en día los contratos realizados en papel, lo que implica reconocer la validez de la firma, los actos, contratos e información contenidos en archivos de computadoras, en facsímil y otros medios electrónicos ópticos o similares, dotándolos de un marco jurídico adecuado para la seguridad de las transacciones; es decir, que la información contenida en medios electrónicos sea legible por todos, reproducible, inalterable, susceptible de ser representada ante las autoridades públicas y autenticable mediante firma.
- c) *Fomento de nuevas tecnologías*: no solo se busca reconocer la equivalencia funcional, sino también fomentar la tecnología, para lo cual se alude al concepto de mensaje de datos y se define como “la información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada por medios electrónicos ópticos o similares tales como el intercambio electrónico de datos (EDI), esto es, la transmisión electrónica de una computadora a otra, estando estructurada la información conforme a alguna norma técnica convenida al efecto; el correo electrónico; el telegrama; el télex y el telefax”.
- d) *Apoyo a prácticas comerciales*: se atiende a problemas de comercio electrónico entre empresarios y no con consumidores; es decir, se limita a actividades comerciales, contractuales o no contractuales, sin distinguir su carácter nacional o internacional.

La Ley Modelo, como todo ordenamiento internacional, supone tomar en cuenta

su carácter internacional, la uniformidad y la buena fe entre las partes (art. 3); admite la libertad contractual para que en las relaciones entre las partes pueda modificarse la ley, salvo en los casos en que dicha ley exija: *a)* constancia por escrito; *b)* firma del autor del escrito; *c)* presentación de original, y *d)* admisibilidad y fuerza probatoria del mensaje de datos. Sin embargo, la propia Ley Modelo señala en su art. 6 los supuestos en los cuales pueden satisfacerse dichas exigencias:

Constancia por escrito. Cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que este contiene es accesible para su ulterior consulta, tanto si el requisito en él previsto está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito (art. 6, Ley Modelo).

Firma. Conforme al art. 7 de la Ley Modelo, cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos: *a)* si se utiliza un método para identificar a esa persona y para indicar que aprueba la información que figura en el mensaje de datos; *b)* si ese método es tan confiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente.

En forma original. Conforme el art. 8 de la Ley Modelo, cuando la ley requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos: *a)* si existe alguna garantía fidedigna de que se ha conservado la integridad de la información a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos o en alguna otra forma. La integridad de la información será evaluada conforme al criterio de que haya permanecido completa e inalterada, salvo la adición de algún endoso o cambio que sea inherente al proceso de su comunicación, archivo o presentación. El grado de confiabilidad requerido será determinado a la luz de los fines para los que se generó la información y de todas las circunstancias del caso. Si hay garantía fidedigna de que está inalterada y si se requiere que sea presentada; si puede ser mostrada a la persona (art. 8); y *b)* de requerirse que la información sea presentada, si dicha información puede ser mostrada a la persona a la que se deba presentar.

Pruebas electrónicas. La función principal de los documentos es servir de prueba en caso de conflicto, por lo que toda información presentada en forma de mensaje de datos gozará de debida fuerza probatoria, lo cual evita que el juez desconozca un fax por parecer fotocopia. Así, la Ley Modelo previene que cuando la ley requiera que ciertos documentos, registros o informaciones sean conservados, ese requisito quedará satisfecho mediante la conservación de los mensajes de datos, siempre que se cumplan las condiciones siguientes:⁴⁶ a) que la información que contengan sea accesible para su ulterior consulta; b) que el mensaje de datos sea conservado con el formato en que se haya generado, enviado o recibido, o con algún formato que sea demostrable que reproduce con exactitud la información generada, enviada o recibida; c) que se conserve, de haber alguno, todo dato que permita determinar el origen y el destino del mensaje, y la fecha y la hora en que fue enviado o recibido.

Asimismo, la Ley Modelo establece en su art. 11 que en la formación de un contrato, de no convenir las partes otra cosa, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación un mensaje de datos, por lo que conforme al art. 12 de la misma ley, en las relaciones entre el iniciador y el destinatario de un mensaje de datos no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a una manifestación de voluntad u otra declaración por la sola razón de haberse hecho en forma de mensaje de datos.

En suma, la Ley Modelo de la CNUDMI contiene una serie de normas de carácter internacional creadas para ser estudiadas, adaptadas y aplicadas en el ámbito local por los congresos de los diferentes países miembros, y está diseñada con el propósito de buscar uniformidad en las operaciones comerciales realizadas por medios electrónicos, ópticos o similares. Por ello su aceptación no se ha hecho esperar y ha sido aplicada exitosamente en diversos países como la República de Corea, Singapur y, dentro de Estados Unidos de América, en el estado de Illinois, además de que están en proceso de su adopción los congresos de Australia y Canadá. México la adoptó con las reformas al CCo del 29 de mayo de 2000.

Firmas electrónicas

Esta realidad económica, propiciada por el desarrollo de la tecnología que recientemente ha sido reconocido por el derecho internacional en la *Ley Modelo sobre Comercio Electrónico*, ha obligado a los Estados a adoptar mecanismos que permitan proporcionar validez a los actos y contratos que se realizan por medios electrónicos, así como a superar posibles fraudes que pueden darse por el uso de tarjetas de crédito, el ingreso a sitios con virus, la falta de aceptación plena de este nuevo sistema, el temor por las entradas ilegales, etc., que han tratado de ser superados en algunos países como Francia, donde se han desarrollado esquemas de seguridad para transacciones electrónicas.

Incluso, los expertos aluden a sistemas de seguridad tales como encriptar información o utilizar llaves públicas o privadas, algoritmos con llaves simétricas, que utilizan una llave para encriptar y la misma para desencriptar, o los asimétricos, con una llave pública y una privada, de manera que cuando el usuario envía una información la encripta con llave pública, y el destinatario utiliza la llave privada para desencriptarla.

La firma digital es otra tecnología relacionada con las llaves públicas. Cuenta con una llave pública y una privada para firmar un mensaje (se encripta con la llave privada y, como ya fue firmado con llave privada, cualquiera puede desencriptarlo utilizando una llave pública; el dueño de la llave privada es el único que pudo haber encriptado el documento, por lo que se le llama *firma digital* y garantiza que quien envió el documento es el dueño de la llave privada).

El reto es que dichos sistemas tecnológicos desarrollados y en proceso de desarrollo y la legislación se conjunen para lograr la efectividad y eficacia de las operaciones que hoy en día se practican a través de los medios electrónicos, incluidos el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el télex y telefax, máxime que el comercio electrónico es accesible al consumidor y a los empresarios, en donde existen mercados incluso de liquidación para empresas que requieren movimiento en sus inventarios (entre las primeras 10 empresas más importantes de venta de empresa a empresa están Intel, que en 1999 vendió 12 millones de dólares en chips y procesadores por la Web; Cisco Systems, Dell Computer, 3Com e IBM).

Puesto que un aspecto fundamental en el comercio electrónico lo constituye la autoría de los mensajes de datos, la CNUDMI, en su afán de fomentar la

armonización y la unificación progresivas del derecho mercantil internacional y ante el creciente uso del intercambio electrónico de datos y la necesidad de dar valor jurídico a los registros computarizados, elaboró un proyecto particular sobre firmas electrónicas, por lo que el 5 de julio de 2001 fue adoptado el texto de la *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas*. Conforme a esta Ley Modelo, cuando la ley exija la firma de una persona, ese requisito quedará cumplido en relación con un mensaje de datos si se utiliza una firma electrónica (art. 6); esto es, un conjunto de datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, que puedan ser utilizados para identificar al firmante en relación con el mensaje de datos e indicar que aprueba la información recogida en el mensaje de datos (art. 2), y que esa firma electrónica, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo aplicable, sea confiable y resulte igualmente apropiada para los fines con los cuales se generó o comunicó el mensaje de datos.

La firma electrónica se considera confiable, sin perjuicio de que se demuestre por otros medios la confiabilidad o no de la firma electrónica, si los datos de creación de la firma, en el contexto en que son utilizados: *a)* corresponden exclusivamente al firmante; *b)* estaban, en el momento de la firma, bajo el control exclusivo del firmante; *c)* es posible detectar cualquier alteración de la firma electrónica hecha después del momento de la firma, y *d)* cuando uno de los objetivos de la exigencia de firma consista en dar seguridad en cuanto a la integridad de la información, será posible detectar cualquier alteración de esa información hecha después del momento de la firma.

De conformidad con la *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas*, un tercero, persona física o moral de derecho público o privado autorizados, puede prestar servicios de certificación para auxiliar a determinar que las firmas electrónicas son confiables (art. 9), en cuyo caso dicho tercero asume el carácter de prestador de servicios de certificación y debe actuar de acuerdo con las declaraciones que haga respecto de las normas y prácticas; actuar con diligencia razonable para cerciorarse de todas las declaraciones que haga; proporcionar medios razonablemente accesibles que le permitan certificar o determinar mediante un certificado (mensaje de datos u otro registro que confirme el vínculo entre un firmante y los datos de creación de la firma) la identidad del prestador de servicios de certificación, que el firmante tenía bajo su control los datos de creación de la firma en el momento en que se expidió el certificado, que esos datos eran válidos en la fecha en que se expidió el certificado o antes de

ella; proporcionar, a la persona que confía en el certificado, medios razonablemente accesibles que permitan determinar el método utilizado para comprobar la identidad del firmante, cualquier limitación de los fines o valor de los datos de creación de la firma o el certificado; la validez de los datos de creación; cualquier limitación o grado de responsabilidad que haya establecido el prestador de los servicios de certificación; utilizar, al prestar sus servicios, sistemas, procedimientos y recursos humanos confiables.

El art. 12 de la *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas* establece el reconocimiento de los certificados de firmas electrónicas extranjeros y, como consecuencia, los efectos jurídicos que producen dichos certificados.

Finalmente, el 23 de noviembre de 2005 se adopta la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (Nueva York, 2005), vigente desde el 1 de marzo de 2013; a la fecha en que se redactó este documento, México aún no era parte de la Convención. Dicho tratado es aplicable a las comunicaciones electrónicas que se utilizan para la formación o el cumplimiento de un contrato entre partes cuyos establecimientos estén en distintos Estados; su propósito es establecer una equivalencia funcional entre la forma electrónica y la forma escrita que exigen algunos instrumentos internacionales de derecho mercantil, como la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (“la Convención de Nueva York”) y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías; es decir, se trata de que las comunicaciones intercambiadas por medios electrónicos tengan la misma validez y sean igualmente ejecutables que los contratos y las comunicaciones tradicionales sobre papel.

La *Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales* define la *comunicación* como “toda exposición, declaración, reclamación, aviso o solicitud, incluida una oferta y la aceptación de una oferta, que las partes hayan de hacer o decidan hacer en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato”, y por *comunicación electrónica* “toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos”.

El comercio electrónico en México

En México, desde la derogada *Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito* del 14 de enero de 1985, se admitió la validez de cierta información contenida en sistemas informáticos y se reconoció que los negativos originales de cámara de los microfilmes hechos de libros, registros y documentos por las instituciones bancarias tienen el mismo valor probatorio que los libros, registros y documentos microfilmados (art. 82), disposición que se mantiene en la *Ley de Instituciones de Crédito* (art. 100), y que también se recoge en otras leyes de instituciones financieras como la LISF (art. 299), en la que incluso se reconoce la equivalencia entre los negativos originales de cámara obtenidos por el sistema de microfilmación, las imágenes grabadas por el sistema de discos ópticos o cualquier otro medio autorizado, así como las impresiones de las mismas, debidamente certificadas; y los libros, registros y documentos que se hubieren microfilmado, grabado o conservado a través de cualquier medio autorizado.

Sin embargo, antes del 29 de mayo de 2000 no existía en México ninguna norma que reconociera expresamente validez a las operaciones realizadas por medios electrónicos, ópticos o similares, a pesar de que dichas operaciones ya se venían practicando en forma significativa y que dichos medios han sido utilizados por las instituciones de crédito en los créditos documentarios y por los comerciantes en las compraventas fuera de plaza o contra documentos (por ejemplo, venta CIF, costo seguro flete), por lo que tanto organismos públicos como privados pugnaron por su reglamentación.

El 19 de abril de 1999 fue presentada una iniciativa que proponía la adopción casi literal de la *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico*, y en agosto de 1999 se creó un Grupo Impulsor del Comercio Electrónico (GICE) integrado por diversas organizaciones como la Asociación de Banqueros de México (ABM), la Asociación Mexicana de Estándares para el Comercio Electrónico (AMECE) y la Asociación Mexicana de la Industria de Tecnologías de Información (AMITI).

Asimismo, durante octubre y noviembre de ese mismo año la Comisión de Comercio de la Cámara de Diputados organizó dos foros de consulta especializada sobre el tema de la contratación comercial por medios electrónicos, en los que se concluyó que deberían adoptarse los principios de la *Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional* y realizarse algunas modificaciones en el *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal*. El 15 de

diciembre de 1999 se presentó ante la Cámara de Diputados un segundo proyecto de iniciativa que proponía reformas a diversas leyes, fundamentalmente al *Código de Comercio* para incorporar el título II, denominado “Del Comercio Electrónico”, dentro del Libro segundo, relativo al comercio terrestre. Asimismo, el 22 de marzo del 2000 se presentó una nueva iniciativa de reformas complementaria.

Estas iniciativas reconocen la necesidad de aceptar la equivalencia funcional de los documentos enviados por la vía electrónica respecto de los tangibles. En ellas se toman en cuenta diversas disposiciones de la Ley Modelo, la legislación y la práctica comercial mexicana, y se pretende eliminar los obstáculos existentes para el comercio electrónico, ajustando la práctica comercial con la ley en dicha materia, e incluir los avances y características específicas relacionadas con el comercio electrónico, como la posibilidad de acceder a los productos en fotos por internet sin necesidad de tener el producto físicamente presente para evaluarlo; se busca permitir o facilitar el comercio electrónico al dar igualdad de trato a los contratos que tengan soporte informático en relación con aquellos basados en documentación consignada en papel.

Analizadas las iniciativas presentadas al respecto, las comisiones unidas de Justicia y de Comercio de la Cámara presentaron su dictamen favorable por considerar “incompleta” la ley mexicana vigente respecto de la validez de los actos, contratos o convenios comerciales que se celebran entre no presentes por vía electrónica, y ante la necesidad de reconocer la misma validez a esos actos que los consignados en papel. Sin embargo, en cuanto a la firma electrónica prevista en la *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico*, dichas comisiones consideraron que por el momento no se estimaba pertinente legislar sobre sus características técnicas, en virtud de que se estaría contraviniendo el principio de neutralidad en que se basa la Ley Modelo, al comprometerse la legislación con una tecnología determinada, lo cual, en su caso, debería ser normado de manera temporal mediante la emisión de una norma oficial mexicana.

El 29 de abril de 2000 fueron aprobadas las reformas al CCo para establecer un título especial dedicado al comercio electrónico, tomando en cuenta la necesidad de regular de manera específica la contratación a distancia, o aquella en que las partes no están físicamente presentes, reconocer dichas operaciones y dar valor probatorio al uso de medios electrónicos en los procesos administrativos y

judiciales, sin que quede al arbitrio del juez considerar su validez probatoria en caso de controversia; pero dichas reformas no habían asimilado de manera adecuada la Ley Modelo de Comercio Electrónico y, como era lógico, la Ley Modelo de Firmas Electrónicas, cuyo texto aún no era adoptado por la CNUDMI, así que el 29 de agosto de 2003 se reformó nuevamente el CCo para actualizar y adecuarse a sendas leyes modelo.

Las reformas sobre comercio electrónico

Las reformas que se hicieron dentro del libro segundo, “Del comercio en general”, en el título segundo, “Del comercio electrónico”, publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF) el 29 de mayo de 2000 y el 29 de agosto de 2003, se aplican a los actos y contratos mercantiles celebrados, ejecutados u ofrecidos o negociados por medios electrónicos, ópticos o similares, o como señala nuestra legislación, “por cualquier otra tecnología”; esto es, se aplican las normas del comercio electrónico tanto para los contratos que se forman, celebran y ejecutan por medios electrónicos como para aquellos que las partes celebran verbalmente o por escrito (en papel), pero que ejecutan por estos medios, por ejemplo, la compra de libros por internet, que son llevados al domicilio mediante mensajería; el transporte de mercancías, en el que la tecnología ha revolucionado el esquema para la entrega de las mismas y permite documentar el contrato mediante el Documento Electrónico del Transporte multimodal; las compraventas de expedición, en las que el vendedor debe avisar por vía electrónica al comprador que las mercancías están a su disposición en el lugar convenido, aun cuando el contrato no se haya celebrado por esa vía; o, en fin, la compra o renta de películas que se forma, celebra y ejecuta por medios electrónicos.

A continuación se presentan algunos comentarios a estas reformas.

Mensaje de datos

El CCo dedica el título segundo (cuatro capítulos) al comercio electrónico, en el orden siguiente: mensaje de datos, firmas electrónicas, prestadores de servicios de certificación, y reconocimiento de certificados y firmas electrónicas extranjeros. En el art. 89 este ordenamiento pregona de manera innecesaria que

las disposiciones sobre mensaje de datos rigen en toda la República Mexicana en asuntos del orden comercial. ¿Y qué otros asuntos podrían regir si lo que regula este código son cuestiones comerciales? Además, si bien es verdad que el CCF reconoce la equivalencia funcional del consentimiento otorgado por medios electrónicos con el otorgado por escrito (art. 89 bis), no menos cierto es que dicho ordenamiento no define lo que son los mensajes de datos y, por tanto, la pregunta es si lo que pregona el art. 89 es una verdad de Perogrullo o implícitamente –cosa que no es extraña– supone que el CCo se aplica en forma supletoria al derecho común; esto suena descabellado, pero los tribunales han sostenido la supletoriedad de las leyes especiales mercantiles a los códigos civiles, por ejemplo, para el caso de transformación de tipos sociales.

El CCo difiere de la *Ley Modelo sobre Comercio Electrónico* respecto de los medios por los que se realizan mensajes de datos, ya que alude a los medios electrónicos, ópticos o de cualquier tecnología sin que los defina o enuncie, y define al mensaje de datos como la información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada por esos medios. El objeto de la reforma fue reconocer precisamente la validez de la información contenida, enviada, recibida o archivada por esos medios y no la utilización general de los medios electrónicos, ópticos o cualquier tecnología, ni la reglamentación de los mismos; en cambio, la Ley Modelo de la CNUDMI define el mensaje de datos como la información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares. A diferencia del CCo, en forma enunciativa reconoce expresamente como tales medios los siguientes: a) intercambio electrónico de datos (EDI), b) correo electrónico, c) telegrama, d) télex y e) telefax. La Ley Modelo incluye al telegrama como un medio por el cual se crea, genera o envía un mensaje de datos; ambos ordenamientos son correctos porque la Ley Modelo lo hace de manera enunciativa, en tanto que el CCo es más abierto, pues señala “cualquier tecnología” y no solo la similar a los medios electrónicos y ópticos. Sin embargo, este último ordenamiento excluye expresamente al telegrama del concepto *mensaje de datos* en el art. 80.⁴⁷

Con tales reformas, el CCo reconoce la equivalencia funcional entre el papel y el mensaje de datos, lo que implica también no desconocer que dichas operaciones se hacen a distancia, entre personas que no necesariamente se conocen y cuya identidad debe quedar precisada para imputarles los derechos y las obligaciones derivados del contrato así celebrado. El art. 90 del CCo, reformado en agosto de 2003 para eliminar el pacto en contrario permitido en la reforma de 2000, señala

los casos en que el mensaje de datos se atribuye al emisor: “Se presumirá que un Mensaje de Datos proviene del Emisor si ha sido enviado: I. Por el propio Emisor; II. Usando medios de identificación, tales como claves o contraseñas del Emisor... o III. Por un Sistema de Información programado por el Emisor o en su nombre para que opere automáticamente.”

Dicho precepto establece la presunción *iuris tantum* de que dicho mensaje proviene del emisor e implícitamente que él es el autor, si se satisfacen cualquiera de los supuestos allí mencionados, sin atender a la persona misma del supuesto emisor. Incluso, el diverso artículo reformado 1298-A del mismo CCo (en materia procesal), que reconoce como prueba los mensajes de datos, previene que para valorar la fuerza probatoria de dichos mensajes se estimará de manera primordial la confiabilidad del método en que la información haya sido generada, archivada, comunicada o conservada, de donde supondría que si dicho método es perfectamente confiable, entonces la información proviene del emisor, sin tomar en cuenta si en efecto el supuesto emisor envió o generó la información. A su vez, la Ley Modelo exige también que dicha información sea legible por todos; reproducible; inalterable; susceptible de ser representada ante las autoridades públicas y autenticable mediante firma.

Por lo anterior, aunque la reforma solo prevé los métodos de identificación para determinar que la información recibida, generada, enviada o archivada es atribuible al emisor, si dicho supuesto emisor niega que la información sea suya, debe probarlo por otros medios; por supuesto, la valoración de esa prueba es difícil, al tenor del precepto que exige únicamente acreditar que la misma se generó en un sistema de información programado por el emisor, aunque la ley nada dice respecto de esos sistemas programados para el emisor y no por él ni autorizados por este. Para fortuna de los usuarios de internet, y en protección de los proveedores de bienes y servicios, cuando se emiten ofertas de contratos se solicita al destinatario diversa información que permite su identificación e incluso su autorización para cargar en su cuenta bancaria o tarjeta de crédito, previamente identificada, el importe de la operación, lo que por otra parte no salva los posibles fraudes o abusos que de dicha información se hagan ni la falsedad de la información y, como consecuencia, los problemas legales derivados no solo de la operación, sino de la resolución del conflicto a la luz de la ley aplicable al caso y el tribunal competente.

En cuanto al lugar de expedición del mensaje de datos, el art. 94 del CCo señala:

“Salvo pacto en contrario, el mensaje de datos se tendrá por expedido en el lugar donde el emisor tenga su domicilio y por recibido en el lugar donde el destinatario tenga el suyo”, precepto importante para determinar el lugar de celebración de las operaciones y la ley aplicable, así como el juez competente.

Formación de los contratos por fax, correo electrónico, EDI, internet (mensaje de datos)

El art. 80 del CCo señala que los convenios y contratos mercantiles que se celebren por correspondencia, telégrafo o medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, quedarán perfeccionados desde que se reciba la aceptación de la propuesta o las condiciones con que esta fue modificada. Prevalece el silencio respecto de si los contratos celebrados por medios electrónicos, ópticos o similares se entienden celebrados entre presentes o entre no presentes, a pesar de que la exposición de motivos de la iniciativa los consideró contratos entre no presentes. Sin embargo, el art. 1805 del CCF, reformado el 29 de mayo de 2000, implícitamente reconoce a dichos actos como contratos entre personas presentes al disponer: “Cuando la oferta se haga a una persona presente, sin fijación de plazo para aceptarla, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente. La misma regla se aplicará a la oferta hecha por teléfono o a través de cualquier otro medio electrónico, óptico o de cualquier otra tecnología que permita la expresión de la oferta y la aceptación de ésta en forma inmediata.”

No obstante, conforme a lo dispuesto por el art. 91 del CCo, no parece que el contrato se considere entre personas presentes, pues la recepción del mensaje de datos surte efecto en el momento en que la información ingresa en el sistema designado por el destinatario, o bien hasta que obtiene la información cuando esta fue enviada a un sistema de información del destinatario distinto del designado para la recepción, o cuando no existe sistema designado. Así, los contratos celebrados por mensajes de datos deben ser considerados contratos entre personas no presentes, máxime que ese fue el propósito del legislador, y que cuando la ley se refiere a la formación de contratos por estos medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología, lo hace en el mismo artículo que se refiere a los contratos celebrados por telegrama o correspondencia.

El problema por resolver es cuando ingresa la información en el sistema

designado por el usuario, porque, como se sabe, internet permite la celebración de operaciones por medio de varias técnicas, entre ellas por correo electrónico o Web,⁴⁸ los que permiten el envío casi instantáneo de información, al tiempo que el destinatario de la oferta tiene conocimiento de la misma desde que la lee en su buzón electrónico, o la baja primero a su buzón y la lee más tarde, pero los avances tecnológicos permiten que la mayoría de las computadoras señalen la fecha y hora de llegada de un mensaje de datos, además de que los prestadores de servicios de certificación prestan servicios al respecto.

Nuestra ley distingue el momento de perfeccionamiento del contrato según que se haya designado un sistema de información o que este no exista. En el primer caso, el contrato se perfecciona desde que se recibe la información, desde que ingresa en el sistema designado, aun cuando el destinatario ignore su contenido, y en el segundo caso desde que el destinatario tiene conocimiento de la información. Los problemas que pueden surgir son diversos, incluida la pérdida del mensaje en la red, por lo que en todo caso se habrá de probar que el destinatario de la información la recibió, esto es, que ingresó en su sistema de información o que tuvo conocimiento de la oferta o de la aceptación de la misma.

Momento de la recepción

En lo que se refiere al momento en que se recibe la información, el art. 91 del CCom dispone:

Salvo pacto en contrario entre el Emisor y el Destinatario, el momento de recepción de un Mensaje de Datos se determinará como sigue:

- I. Si el destinatario ha designado un Sistema de Información para la recepción de Mensajes de Datos, ésta tendrá lugar en el momento en que ingrese en dicho Sistema de Información;
- II. De enviarse el Mensaje de Datos a un Sistema de Información del Destinatario que no sea el Sistema de Información designado, o de no haber un Sistema de Información designado, en el momento en que el Destinatario recupere el Mensaje de Datos, o
- III. Si el Destinatario no ha designado un Sistema de Información, la recepción tendrá lugar cuando el Mensaje de Datos ingrese a un Sistema de

Información del Destinatario.

Lo dispuesto en este artículo será aplicable aun cuando el Sistema de Información esté ubicado en un lugar distinto de donde se tenga por recibido el Mensaje de Datos conforme al artículo 94.

Conforme al CCo, si el mensaje de datos contiene la aceptación de una oferta, el contrato se forma precisamente en el momento de la recepción del mismo, al tenor de lo dispuesto por el art. 80 del CCo. Si se trata de una oferta de contrato, esta surte sus efectos desde el momento de la recepción en el lugar designado por el destinatario o en el momento en que tiene conocimiento de la misma, cuando no fue designado lugar; en ambos casos el oferente queda desligado de su oferta si no recibe inmediatamente (de haber recibido o tenido conocimiento de la oferta el destinatario, de acuerdo con el caso y salvo los casos en que conforme al siguiente precepto se requiera un “acuse de recibo”) la aceptación de su oferta, según lo previene el art. 1805 del CCF.

El último párrafo del precepto transcrito parece asimilar los medios electrónicos, ópticos o similares con lo que se denomina *sistema de información*, ya que define a este como cualquier medio tecnológico utilizado para operar mensajes de datos. No obstante, para los casos en que el emisor haya acordado o indicado la recepción de un accuse de recibo, el art. 92 establece las reglas correspondientes.

Forma

Para el caso de que la ley exija la forma escrita, conforme al art. 93 del CCo, dicho requisito se colma siempre que la información en él contenida se mantenga íntegra y sea accesible para su ulterior consulta, sin importar el formato en el que se encuentre o represente. El referido art. 93 mezcla los conceptos de exigencia de la forma escrita del contrato y el de su firma, los que tiene por cumplidos siempre que dicho mensaje sea atribuible a la persona obligada y accesible para su ulterior consulta, lo cual, si bien otorga seguridad a las transacciones comerciales, es erróneo, porque puede darse el caso de que la información sí se haya generado en un sistema de información o en un medio electrónico del supuesto emisor sin que el mismo lo haya enviado.

La Ley Modelo distingue claramente ambos supuestos y establece las

condiciones para tenerlos por satisfechos; para la exigencia por escrito, como se dijo, la Ley Modelo requiere que la información contenida en el mensaje de datos sea accesible para ulterior consulta, mientras que respecto de la firma señala que se cumple con dicho requisito si se utiliza un método para identificar al autor y este aprueba la información contenida en el mensaje de datos, si ese método es tan confiable como apropiado a los fines. En cambio, el CCo tiene por satisfecho dicho requisito de firma con la simple posibilidad de atribuir el mensaje de datos a “las personas obligadas”. Asimismo, el art. 93 bis prevé que sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 49, cuando la ley requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho respecto de un mensaje de datos, si hay garantía confiable de que se ha conservado en su integridad a partir de que fue generado por vez primera y que, de requerirse que sea presentada, la misma pueda ser mostrada para ulterior consulta.

Finalmente, para el otorgamiento de instrumento ante fedatario público, el art. 93 señala: “En los casos en que la ley establezca como requisito que un acto jurídico deba otorgarse en instrumento ante fedatario público, éste y las partes obligadas podrán, a través de Mensajes de Datos, expresar los términos exactos en que las partes han decidido obligarse, en cuyo caso el fedatario público deberá hacer constar en el propio instrumento los elementos a través de los cuales se atribuyen dichos mensajes a las partes y conservar bajo su resguardo una versión íntegra de los mismos para su ulterior consulta, otorgando dicho instrumento de conformidad con la legislación aplicable que lo rige.”

Firma electrónica

Se trata de un conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante (por ejemplo, *ok*, *yes*, *sí acepto*, el nombre de la persona, la contraseña de la tarjeta de crédito, etc.); sin embargo, para tener la certeza de que el firmante es el autor del mensaje, de manera que no pueda negarlo; que el mensaje no se altere, que sea auténtico y proporcione confidencialidad, se requiere que viaje encriptado; que la firma goce de ciertas características; que sea una *firma electrónica avanzada*, *fiel*, *certificada* o *fiable*; que sea una firma electrónica que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados; que esté vinculada al firmante de manera única y

que haya sido creada por medios que el firmante pueda mantener bajo su exclusivo control en el momento en que se realizó el mensaje. Esto es, una firma electrónica es avanzada si los datos de su creación, en el contexto en que son utilizados, corresponden exclusivamente al firmante; siempre que dichos datos hayan estado, en el momento de la firma, bajo el control exclusivo del firmante; siempre que sea posible detectar cualquier alteración de la firma electrónica hecha después del momento de la firma, y respecto de la integridad de la información de un mensaje de datos, siempre que sea posible detectar cualquier alteración de esta hecha después del momento de la firma.

Para lo anterior, es necesario contar con los servicios de un prestador de servicios de certificación, quien verifica la identidad de los sujetos, comprueba la identidad de los mensajes y registra los elementos de identificación del autor de la firma. Dicho prestador es una persona o institución pública acreditada para prestar servicios de verificación de identidad de firmantes y su vinculación con los medios de identificación electrónica (por ejemplo, fedatario público, el SAT); expide los certificados digitales, de comprobación de la integridad y suficiencia de mensajes de datos, así como la verificación de la firma electrónica de quien realiza la verificación. La firma electrónica avanzada (FEA, FIEL, FEC) proporciona autenticidad, confidencialidad, integridad y no repudiación, lo que permite darle plena equivalencia funcional con la firma autógrafa, sin que, desde luego, se desconozcan las otras firmas electrónicas, pero estas pueden ser susceptibles de desconocimiento, en tanto que aquella no.

El art. 97 prevé que cuando la ley requiera o las partes acuerden la existencia de una firma en relación con un mensaje de datos, se entenderá satisfecho dicho requerimiento si se utiliza una firma electrónica que resulte apropiada para los fines para los cuales se generó o comunicó ese mensaje de datos.

Valor probatorio

Conforme a la reforma del art. 1205, la adición del art. 1298-A, dentro del capítulo XII, “Reglas generales sobre la prueba”, del libro quinto, “De los juicios mercantiles”, se reconoce valor probatorio a los medios de prueba y la admisibilidad como medios de prueba de todos los elementos que puedan producir convicción en el ánimo del juzgador acerca de los hechos controvertidos o dudosos y, en consecuencia, señala el art. 1205, serán tomadas

como pruebas las declaraciones de las partes, terceros, peritos, documentos públicos o privados, inspección judicial, fotografías, facsímiles, cintas cinematográficas, de videos, de sonido, mensajes de datos, reconstrucciones de hechos y en general cualquier otra similar u objeto que sirva para averiguar la verdad. En este precepto se alude a facsímiles y mensajes de datos, a pesar de que el mensaje de datos no es otra cosa que la información enviada, recibida, generada o archivada en medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología como el propio facsímil, por lo que en todo caso se refiere a la información contenida en este.

A su vez, el art. 1298-A del CCo señala que para valorar la fuerza probatoria de dichos mensajes se estimará de manera esencial la fiabilidad del método en que haya sido generada, archivada, comunicada o conservada. Dicho precepto enfatiza que primordialmente debe estimarse la confiabilidad del método en que haya sido generada, archivada, comunicada o conservada la información, de donde se infiere que pueden tomarse en cuenta también otras condicionantes, como que dicha información sea legible por todos, reproducible, inalterable, susceptible de ser representada ante las autoridades públicas, que pueda ser mostrada a la persona a quien se imputa y autenticable mediante firma, como lo prevé la Ley Modelo.

La función principal de los documentos es servir de prueba en caso de conflicto, por lo que toda información presentada en forma de mensaje de datos gozará de la debida fuerza probatoria. En México las pruebas son libres y los mensajes electrónicos ya están expresamente permitidos (art. 1205, CCo), lo cual evitará en lo sucesivo que el juez desconozca un fax por parecer fotocopia.

Contratos relacionados con el comercio electrónico

Con independencia del tipo de enlace que se utilice para generar, archivar, enviar y recibir información por medios electrónicos, como internet, al igual que el correo electrónico o el EDI, se requiere una conexión a una de las redes que constituyen internet. Ello implica, por un lado, la utilización de redes públicas o privadas de telecomunicación, la concesión o permiso para su uso, y por el otro, diversas relaciones jurídicas tanto con proveedores de acceso, servidores, proveedores de información como con los usuarios o destinatarios finales, por las cuales se proporcione acceso a una red, la que a su vez está conectada a otras

redes y permite generar, enviar, recibir y hasta manipular información.

En efecto, el proveedor de servicios de internet al usuario utiliza redes de telecomunicación, sujetas en México a la LFTR, que las define como el sistema integrado por medios de transmisión (circuitos que utilicen bandas de frecuencias de espectro radioeléctrico, enlaces satelitales, cableados, redes de transmisión eléctrica o cualquier otro), así como, en su caso, centrales, dispositivos de conmutación o cualquier otro equipo necesario (art. 3º, fracc. VIII).

Dicha red se define como pública cuando por medio de la misma se explotan comercialmente servicios de telecomunicaciones, pero no comprende los equipos terminales de telecomunicaciones de los usuarios ni las redes de telecomunicaciones que se encuentren más allá del punto de conexión terminal; asimismo, celebra diversos contratos para dar acceso a internet.

Entre las diversas aplicaciones de internet se encuentra el correo electrónico, considerado uno de los servicios de valor agregado y que, de acuerdo con la definición del art. 3º, fracc. XII, de la derogada LFT, son los que emplean una red pública de telecomunicaciones, y que tiene efecto en el formato, contenido, código, protocolo, almacenaje o aspectos similares de la información transmitida por algún usuario y que comercializa a los usuarios información adicional, diferente o reestructurada, o que implica interacción del usuario con información almacenada.

Para la prestación de este servicio de correo electrónico a los usuarios, el prestador requiere una constancia de registro de servicios de valor agregado emitida por la Comisión Federal de Telecomunicaciones, cuando dichos servicios se presten sobre una red pública de telecomunicaciones, cuyo permiso o título de concesión permita la prestación de tales servicios. Asimismo, los contratos que celebre el servidor con los operadores de redes públicas de telecomunicaciones y con los usuarios deben ser presentados ante dicha Comisión.

Una vez que el usuario tiene acceso a la red de su servidor, puede acceder a los diversos servicios y aplicaciones disponibles en internet, incluso a sistemas telemáticos privados que por lo general constan de una computadora y de varios módems.⁴⁹ Asimismo, a través de internet se ofrecen bienes y servicios al público, como información general y particular, y supone la preexistencia de

diversos contratos entre las personas que operan, administran, suministran y permiten el acceso a dicha información. Conforme a lo anterior, se puede observar que la utilización o el acceso a internet supone la existencia de una diversidad de contratos en los cuales se involucran los usuarios, el operador de telecomunicaciones, el proveedor de acceso, el servidor, el empaquetador, el productor y el autor de la información; negocios jurídicos que se mencionan enseguida, siguiendo a Oliver Hance,⁵⁰ quien los califica de contratos mercantiles por internet, y de los cuales se señala únicamente la característica fundamental de cada uno.

Prestación de servicios de acceso a internet. Contrato celebrado entre el proveedor del servicio y el usuario, denominado en la práctica *contrato de suscripción*, por el cual el proveedor proporciona al usuario, a cambio de un precio, acceso durante el plazo pactado a una red de telecomunicaciones por la cual encauza las comunicaciones del usuario al servidor correspondiente; es decir, el proveedor asume la obligación de proporcionar el servicio de acceso a internet conforme a los lineamientos de carácter general que expide el Instituto Federal de Telecomunicaciones (art. 145, LFTR); dicho contrato debe respetar los principios de:

- a) *Libre elección* o acceso a cualquier contenido, aplicación o servicio ofrecido por el proveedor, dentro del marco legal aplicable, sin limitar, degradar, restringir o discriminar el acceso a los mismos, ni limitar el derecho a incorporar o utilizar cualquier clase de instrumentos, dispositivos o aparatos que se conecten a su red, siempre y cuando estos se encuentren homologados.
- b) *No discriminación* y, por tanto, no obstruir, interferir, inspeccionar, filtrar o discriminar contenidos, aplicaciones o servicio.
- c) *Privacidad* de los usuarios y la seguridad de la red.
- d) *Transparencia e información* acerca de las características del servicio ofrecido, que incluye las políticas de gestión de tráfico y administración de red autorizada por el instituto, velocidad, calidad, naturaleza y garantía del servicio.
- e) *Gestión de tráfico*, que consiste en garantizar la calidad o la velocidad de servicio dentro de la sana competencia y libre concurrencia; y

f) *Calidad*, que se refiere a preservar los niveles mínimos de calidad. En virtud de este contrato, el proveedor asigna al usuario una cantidad de “espacio en disco” con el fin de almacenar de manera temporal o permanente sus archivos, mensajes electrónicos o páginas, y adicionalmente puede brindarle acceso a un servidor de noticias por el cual puede participar en varios foros de discusión electrónicos, además de otros servicios de valor agregado como correo electrónico, consulta remota a bases de datos, télex e intercambio electrónico de datos.

Dentro de los límites y restricciones pactados entre las partes, así como los contenidos en la información particular y los buenos modales cibernéticos (cibermodales), el usuario adquiere el derecho a acceder a la red y, como consecuencia, a obtener información para su consulta, modificación, copiado o reproducción, así como a comunicarse con terceras personas, participar en foros, charlas, subastas, ingresar a páginas web, adquirir productos o servicios, etc. Las partes también pueden celebrar un contrato para acceso a bases de datos en línea, en cuyo caso el prestador pone a disposición del cliente, a cambio de un precio pactado, las bases de datos contratadas para su uso personal.

Operación de sistema en internet. El contrato de operación de sistema de internet es aquel por el cual el operador, a cambio de un precio, proporciona al servidor servicios de operación y administración de internet, como el monitoreo y control de información, aplicación de políticas del servidor, colocación de renunciaciones de responsabilidad, promoción del servidor, administración de un número determinado de áreas de mensajes (grupos de interés, áreas de charla, etc.) para actuar como moderador o como editor, en cuyo caso el operador, por lo general, está autorizado para sancionar a los usuarios que violan la ley, las políticas de uso aceptable o las reglas de buen comportamiento.

Suministro de información. Contrato celebrado entre el proveedor de información y el servidor, por el cual el primero, a cambio de un precio, proporciona al segundo determinada información de la cual es legítimo titular o tiene facultad para disponer de la misma, y le concede el derecho para su consulta, copiado, distribución, transmisión y para proporcionar acceso a la base de datos o a las publicaciones por internet u otras redes similares, así como en su caso para reformatear datos. También existe el contrato de edición, por el cual el autor se obliga a entregar su obra, diseñada o por diseñarse en internet, a un editor para que este la publique por su cuenta y la venda por internet, a cambio

de obtener un porcentaje de las utilidades. En este contrato puede incluirse el derecho del editor para publicar y distribuir la obra en papel o en CD-ROM, o de adquirir esos derechos en un plazo determinado.

Renta de espacio en línea y servicios relacionados. Se trata del contrato celebrado entre el propietario o titular de información y un servidor que distribuye información en internet, por el cual este, a cambio de un precio, concede al propietario el uso o goce de un espacio en su disco por un plazo fijado por las partes. Puede incluso preverse la prestación de servicios adicionales, como la toma de pedidos o utilización de *software* al efecto.

Contratos promocionales. Uno de esos contratos es el de publicidad en línea, por el cual una agencia publicitaria proporciona servicios de publicidad para promover bienes o servicios de su cliente en internet, así como servicios de investigación de competidores, creación y despliegue de campañas publicitarias, y en su caso localización y renta de espacios publicitarios en internet. En este caso, la agencia publicitaria debe estar autorizada para rentar espacios en servidores web de internet seleccionados y aprobados por su cliente para dar publicidad a sus bienes o servicios, contratar diseñadores de páginas web, adquirir un nombre de dominio y contratar uno o más operadores de sistema para administrar los foros de internet.

Este contrato difiere del de renta en línea de espacio publicitario, en el cual solo se concede el uso o goce de un espacio publicitario en un servidor de internet a fin de promover un producto o servicio, con la obligación de mencionar su nombre o denominación social, así como la de integrar su logotipo o anuncio durante un periodo determinado en el sitio y en la base de mensajes mantenidos por el servidor, o si el anuncio no es constante, con la frecuencia pactada entre las partes en una zona y un tiempo específicos.

También es diferente del contrato de prestación de servicios de estudio de mercado, en el cual el prestador brinda servicios de investigación por medio de cuestionarios en línea de opiniones y preferencias de los usuarios de la red mediante la utilización de métodos adecuados para atraer a dichos usuarios al sitio y persuadirlos de llenar el cuestionario. Entre esos contratos se ubica el de corretaje o mediación electrónico, por el cual un corredor asume la obligación de promover por internet, en una zona determinada y por el plazo pactado, la venta de bienes o la prestación de servicios de su cliente, de conseguirle posibles

clientes, de acercar a las partes e indicarles el momento o las condiciones para celebrar el contrato entre ellas. El corredor, como cualquier mediador, no concluye los contratos; simplemente ofrece el producto y acerca a las partes para que estas, en su momento, celebren directamente el contrato. Por ello la actividad del corredor se concreta y concluye en el momento en que pone en contacto a las partes, para lo cual debe realizar las actividades de mediación, que en este caso consistirán en enviar mensajes electrónicos por los que promueva los productos o servicios, debiendo mantener un sitio web y un registro electrónico de comunicaciones con los clientes potenciales, al cual habrá de dar acceso a su cliente.

Finalmente, también puede ubicarse en el mismo grupo al contrato de distribución en línea, por el cual el distribuidor asume durante un plazo determinado la obligación de adquirir en forma exclusiva o no productos del fabricante para venderlos en línea al consumidor (descripción del producto, muestra de fotografías, procesamiento de órdenes de compra, cumplimiento de las mismas y facturación) conforme a las políticas de venta señaladas por el fabricante.

Contratos de desarrollo tecnológico. Entre estos contratos se ubican el contrato de desarrollo de productos multimedia en línea, así como el de desarrollo y mantenimiento de una página web. El contrato de desarrollo de productos multimedia en línea es el que se celebra entre desarrolladores de *software* y servidores en línea, cuyo objeto es producir y poner a la venta productos multimedia, unir el desarrollo de *software* necesario para interactuar con internet, así como adquirir los derechos necesarios para el desarrollo del producto. En estos contratos el servidor asume la obligación de anunciar el producto en internet, crear una página web promocional para generar y administrar áreas de discusión sobre el producto y para colocarlo en programas de búsqueda y en índices. El contrato de desarrollo y mantenimiento de una página web, como su nombre lo indica, es aquel por el cual el cliente contrata los servicios del desarrollador para que este diseñe, produzca y mantenga páginas para su sitio web.

Contrato de certificación de autoridad. La celebración de contratos por internet, si bien no modifica el principio fundamental del derecho privado del acuerdo de voluntades como suprema ley entre las partes, ha provocado diversos cuestionamientos en cuanto a la validez de estos y su eficacia probatoria, por lo

cual, como se dijo, tanto en el plano internacional como en el nacional se ha reconocido la equivalencia funcional que existe entre la información contenida en documentos tangibles y la englobada en mensajes de datos. A pesar de ello, cuando las partes celebran contratos por internet no siempre tienen la seguridad de que los mensajes de datos han sido efectivamente enviados por el aparente emisor, a pesar de las prescripciones relativas en la ley. Por ello, para evitar problemas relacionados con la existencia de los negocios jurídicos y para establecer un marco legal específico a los mismos, las partes suelen celebrar un contrato de comercio electrónico en el cual establecen las bases y condiciones que rigen el intercambio de mensajes de datos, así como las medidas de seguridad para proteger la información intercambiada contra posible interceptación o uso por terceros y conforme a las cuales celebrarán los contratos por internet, e incluso establecen un estándar aceptado por ambas partes para el formato de los documentos intercambiados.

Una de esas medidas es la relativa a asegurar la identidad de las partes mediante su certificación, la que se logra con la obtención de servicios de certificación de autoridad, prestado por algunas personas de derecho privado y autoridades gubernamentales, quienes ofrecen el servicio a los usuarios que desean certificar su identidad en la red. Las partes entonces pueden convenir en que en la celebración de sus contratos por internet se cuente con la certificación de autoridad, conforme a la cual se certifica que una clave de encriptación pública específica se utiliza para una persona en particular, lo que se hace mediante un certificado de identidad electrónica contra la presentación a la autoridad certificadora de documentos prescritos que establecen la identidad de la persona.

La identidad del usuario queda certificada por medio de la emisión y publicación de un certificado accesible por internet, que es emitido por la autoridad certificadora una vez que ha comprobado la identidad. Con esta medida el usuario queda obligado a preservar la confidencialidad de la contraseña de acceso a su clave privada y de informar con prontitud a la autoridad certificadora de cualquier quebranto de seguridad en su sistema de cómputo que pudiera comprometer esa confidencialidad, lo que al mismo tiempo le da la seguridad de que los mensajes de datos enviados y recibidos son auténticos y, como consecuencia, eficaces los contratos que celebra.

Contratos mercantiles de adhesión

El art. 85 de la LFPC define los contratos de adhesión como “el documento (*sic*) 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”, concepto que si bien es erróneo, porque confunde el instrumento en el cual consta el contrato con este mismo, pretende determinar las características de dichos contratos de adhesión, a los que, como su nombre sugiere, se adhiere una de las partes: aquella que no tuvo oportunidad de discutirlos. Dicho precepto, a diferencia de su equivalente en la ley anterior, no impone la obligación de presentar todos los contratos calificados de adhesión a la Procuraduría Federal del Consumidor (Profeco) para su aprobación, sino que en el artículo siguiente de la LFPC, el 86, se faculta a la Secretaría de Economía para que mediante normas oficiales mexicanas sujete los contratos de esa naturaleza que impliquen o puedan implicar prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores, obligaciones inequitativas o abusivas, o altas probabilidades de incumplimiento, a registro previo ante la Profeco.

Aunque los tribunales mexicanos se han negado a considerar de adhesión los formatos de contratos en los que, como es obvio, existen espacios o líneas en blanco para ser llenadas posteriormente, por juzgar que no son de esa adhesión porque esos espacios se llenan con los datos de la otra parte, supuesto exagerado a decir de José Ovalle Favela,⁵¹ hoy reconocen que se trata de un contrato cuyas cláusulas esenciales son establecidas previa y unilateralmente por un proveedor de bienes o servicios sin que la otra parte tenga la oportunidad de discutir su contenido, y que es adhesión aun cuando no contenga todas las cláusulas ordinarias de un contrato tradicional.

Los contratos de adhesión se caracterizan porque el contenido obligacional (es decir, el precio, los términos y condiciones de modo, forma, lugar de entrega, plazo, seguros, etc.) es determinado e impuesto por una sola de las partes sin que la otra pueda discutirlos. La situación del prestador o productor de los bienes o servicios es preponderante, tiene poder sustancial en el mercado relevante o es el Estado, una empresa de Estado o de participación estatal; en estos últimos supuestos, las cláusulas están sujetas a los requisitos que la ley impone para la protección del consumidor o de la economía nacional; por ejemplo, contra prestaciones desproporcionadas, abusivas o violatorias de la ley que lo regula o precios al público, cuotas o tarifas.

Adicionalmente, los contratos de adhesión se caracterizan por el uso de formatos que, como señala Ovalle Favela, es una razón fundada para considerar que se trata de un contrato de adhesión, si bien reconoce que pueden existir estos sin recurrir a formatos, sobre todo ahora que se halla tan difundido el empleo de procesadores de textos. Incluso, el autor citado cuestiona el criterio del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, que sostiene que un contrato impreso en formatos no puede ser considerado de adhesión cuando contiene determinados datos específicos, como el bien arrendado, plazo del contrato, destino del bien, precio, etc., sobre los que las partes pudieron ponerse de acuerdo, ya que, como acertadamente menciona,⁵²

el hecho de que estos datos estén puestos en máquina de escribir o aun a mano, no significa necesariamente que hayan sido previamente discutidos y acordados, cuando, por el contrario, la práctica indica que normalmente son impuestos unilateralmente por el proveedor.

Por lo demás, es imposible lógica y jurídicamente que los contratos de adhesión contengan todos los antecedentes, declaraciones y cláusulas integrados por completo, pues siempre tendrán, necesariamente, algunos datos variables por llenar (el nombre del consumidor, el precio, las unidades objeto del contrato, fecha y lugar de entrega, fecha de celebración, etcétera).

Y en efecto, como manifiesta el autor citado, con tan amplio criterio del Tercer Tribunal, nunca habría contratos de adhesión, porque por supuesto siempre habrá espacios en blanco, al menos para incorporar el nombre de una de las partes, la que no tuvo oportunidad de discutir los términos y clausulado del contrato, y como la citada Comisión es la dependencia competente para aprobar los formularios de contratos de arrendamiento financiero, la Profeco no tiene facultades para resolver o conciliar respecto de controversias derivadas de este contrato, como tampoco competencia para constituirse en árbitro con el mismo objeto, ya que el art. 4º de la LFPC excluye de manera expresa la aplicación de esta a las operaciones que realizan las organizaciones auxiliares del crédito, como las financieras, el servicio de banca y crédito, seguros y fianzas, del Sistema de Ahorro para el Retiro, así como los servicios profesionales y los laborales. Incluso en una tesis aislada, “ENERGÍA ELÉCTRICA. CONTRATOS DE SUMINISTRO DE. SON DE ADHESIÓN”, han sido reconocidos como de adhesión los contratos en los que una sola de las partes redacta el clausulado del mismo y en donde hace suya la definición de Marcel Planiol como:

aquellos en los que una sola de las partes fija las condiciones del contrato a las que debe sujetarse la otra en caso de aceptarlo... como son, por ejemplo, el contrato colectivo de trabajo, el de seguros, el de distribución de agua, el de suministro de gas y de electricidad, las ofertas al público, etcétera, que no tienen los trazos del contrato clásico, no existe la igualdad de los contratantes, como se hace suponer según la teoría de la autonomía de la voluntad, pues por un lado se encuentra un particular y por el otro una potencia económica, la mayor de las veces, que impone las condiciones generales que se proponen en todo el público, en los mismos términos, y que son sometidas a su aceptación o rechazo; excluyendo toda posibilidad de admitir que las partes puedan, por su voluntad y aun por mutuo acuerdo, variarlas o modificarlas; máxime cuando esas condiciones generales son impuestas por disposiciones legales de carácter imperativo o coactivo y de eminente interés público y de servicio social, que impiden, restringen o modifican la autonomía de la voluntad de los contratantes.⁵³

De ahí que la circunstancia de que un contrato no sea sometido a la aprobación de la Profeco, sino de algún otro organismo como la Comisión Nacional Bancaria y de Valores o la Comisión de Seguros y Fianzas, o que contenga espacios en blanco, no le resta su carácter de adhesión, y tampoco la posibilidad de introducir términos en lengua distinta del español, porque lo que califica de adhesión a un contrato es precisamente que sea elaborado por una sola de las partes, que consten en formatos uniformes los términos y las condiciones conforme a las cuales las partes quedarán obligadas, aun cuando dicho documento no contenga todas las cláusulas ordinarias de un contrato, como de forma atinada lo menciona el art. 85 y porque, por otra parte, no se puede dejar de reconocer que existen infinidad de contratos en los que se usan términos en idioma inglés o siglas que no corresponden a una palabra en español; tales son los casos de las compraventas en las cuales se alude a ventas CIF (*Cost Insurance Freight*), FOB (*Free on Board*), etc., siglas incluso reconocidas por la derogada *Ley de Navegación y Comercio Marítimo* (arts. 213 a 220) y por la también ya derogada *Ley de Navegación*, que pueden ser también de adhesión.

Entonces, se trata de saber si únicamente se puede hablar de contratos de adhesión en el caso de los contratos entre proveedores y consumidores y si todos los contratos de adhesión deben constar en formatos; la respuesta al primer planteamiento debe ser negativa, porque existen contratos entre empresarios cuyas cláusulas no son discutidas por una de las partes, sino impuestas por la otra parte, los grandes productores de bienes y servicios, agentes económicos

con poder sustancial en el mercado relevante que contratan con otros empresarios que no destinan tales bienes y servicios para uso personal o de consumo, sino para incorporarlos o transformarlos en otros bienes y servicios (o los mismos) que a su vez ofrecen y venden al público o a intermediarios; en tales casos también puede hablarse de contratos de adhesión.

La segunda respuesta también es negativa porque el formato no es un requisito esencial para que haya contratos de adhesión, o no en el sentido unilateral que se concibe, y tampoco es exclusiva del contrato de adhesión, porque existen otros contratos que constan en carbonos o formatos, como los contratos modelo de la Cámara de Comercio Internacional (CCI).

Contratos tipo. Uso y formularios

Al respecto, se hace referencia a dos supuestos: *a)* a los modelos de contratos elaborados por la Comisión de la CCI sobre Leyes y Prácticas Comerciales, y *b)* a los formularios o contratos de adhesión. Sendos contratos son muy utilizados actualmente, tanto por la facilidad, conveniencia y rapidez que ofrecen, como por la necesidad de proteger y asegurar la eficacia del contrato o al consumidor en los casos de contratos de adhesión.

Modelos de la cci. Se trata de contratos y cláusulas modelo cuyo contenido ofrece a las partes un marco neutral para sus relaciones contractuales (incluso cláusulas tipo); esto es, no se trata de contratos de adhesión en el sentido de cláusulas que una sola de las partes impone a la otra, que no tiene posibilidad de discutirlos, sino de un conjunto de normas específicas para regular ciertas relaciones comerciales internacionales de manera justa, equitativa, práctica y conveniente no solo para una de las partes, sino para todas, ya que son elaboradas por un tercero que busca fomentar y dar seguridad a dichas transacciones; están confeccionadas para proteger los intereses de todas las partes y redactadas de manera flexible y accesible a nivel mundial.

La CCI cuenta con varios modelos cuyo acceso no es gratuito, sino que tiene un costo; dentro de dichos modelos se hallan los relativos a los siguientes contratos y cláusulas: abastecimiento global, agencia comercial, compraventa internacional, contrato de entrega de plantas industriales llave en mano, contrato de grandes proyectos llave en mano, contrato reducido, distribución, distribución

selectiva, franquicia, fusiones y adquisiciones, intermediación ocasional llave en mano, licencia de marca, subcontratación, suministro, suministro llave en mano transferencia de tecnología, así como las cláusulas tipo acuerdo de confidencialidad, cláusula de fuerza mayor y cláusula de salvaguarda.

Modelos o formularios de la Profeco. La LFPC autoriza a la Profeco a establecer los términos y condiciones a que deberán ajustarse los modelos de contratos de adhesión que requieran inscripción en los términos de esta ley, así como a publicar en el DOF modelos de contratos que deban ser registrados de conformidad con el art. 86 de la LFPC, a fin de que los proveedores puedan utilizarlos, y si lo hacen quedan obligados únicamente a dar aviso a la Profeco sobre la adopción del modelo de contrato para efectos de registro. Cuando el proveedor haya dado aviso a la Profeco para adoptar un contrato conforme al modelo publicado, no puede modificarlo ni incluir otras cláusulas o excepciones a su aplicación sin haber cumplido con lo dispuesto en el art. 87 ter. En caso de no hacerlo, dichas modificaciones, adiciones o excepciones se tienen por no puestas; igualmente serán nulas las cláusulas contrarias a la ley o a las normas oficiales mexicanas que con posterioridad al registro del contrato se *aprecien* en dicho contrato; al efecto, la Profeco, de oficio o a petición de cualquier persona interesada, procederá a la cancelación del registro correspondiente. El 24 de noviembre de 2004 la Profeco publicó modelos de contratos de adhesión en materia inmobiliaria (contratos de compraventa con diversas formas de pago y contratos de mediación), y el 26 de marzo de 2015, el acuerdo por el cual dio a conocer los modelos de contrato de adhesión en materia de compraventa de vehículos nuevos.

Aprobación administrativa de algunos contratos mercantiles. El art. 86 de la LFPC prevé que los contratos de adhesión podrán ser sujetos a inscripción en el Registro de Contratos de Adhesión, mediante normas oficiales mexicanas, cuando impliquen o puedan implicar prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores, obligaciones inequitativas o abusivas, o altas probabilidades de incumplimiento, y que dichos contratos de adhesión deberán contener una cláusula en la que se determine que la Profeco será competente en la vía administrativa para resolver cualquier controversia que se suscite sobre la interpretación o cumplimiento de los mismos; asimismo, deberán señalar el número de registro otorgado por la Procuraduría. Aun cuando no exista esta obligación, los proveedores pueden tramitar de forma voluntaria el registro de sus modelos de contratos (art. 88, LFPC).

De conformidad con lo establecido en el art. 86 de la LFPC, los actos y contratos cuyo registro es obligatorio ante la Profeco y, por tanto, se celebran mediante contratos de adhesión de acuerdo con los formularios inscritos en el Registro de la Profeco, son los mencionados en las normas oficiales (NOM), es decir, en las regulaciones técnicas que contienen la información, requisitos, especificaciones, procedimientos y metodología que deben cumplir los productos o los servicios que se ofrecen al público consumidor, según el rubro al que pertenecen. Con dichas NOM se trata de evitar daños al medio ambiente, la salud, la vida y el patrimonio del consumidor, y que este tenga pleno conocimiento de los términos y condiciones en que contrata. Algunas NOM que pueden citarse son las siguientes:

1. NOM-028-SCFI-2007. Prácticas comerciales. Elementos de información en las promociones coleccionables y/o promociones por medio de sorteos y concursos.
2. NOM-029-SCFI-2010. Prácticas comerciales. Requisitos informativos para la prestación del servicio de tiempo compartido.
3. NOM-174-SCFI-2007. Prácticas comerciales. Elementos de información para la prestación de servicios en general (prestadores del servicio de tintorería, lavandería, planchaduría y similares, reparación y/o mantenimiento de vehículos, reparación y/o mantenimiento de aparatos electrodomésticos o a base de gas, embellecimiento físico, eventos sociales, arrendamiento de vehículos, fotográficos, de laboratorio fotográfico y de grabación en video, remozamiento y mantenimiento de inmuebles y muebles).
4. NOM-179-SCFI-2007. Servicios de mutuo con interés y garantía prendaria (y no reguladas por leyes financieras, que realizan sus prácticas comerciales dentro del territorio nacional, cumplen con los requisitos de información comercial al consumidor de manera permanente y visible, por medio de una pizarra de anuncios o medio electrónico informativo o por cualquier medio, en la cual se le haga saber el porcentaje del préstamo conforme al avalúo de la prenda, ramo de prendas aceptadas, días y horario de servicio y atención, tasas de interés anualizadas, costo anual, procedimiento de comercialización de la prenda, etc.); así como incluir en el contrato, entre otros: a) tasa de interés anual sobre saldos insolutos del

préstamo; *b*) plazo máximo para desempeño, forma de pago y opciones de refrendo; *c*) información completa sobre la fecha de inicio de comercialización de la prenda no desempeñada, y fecha límite para el finiquito, procedimiento y términos para finiquito y, en su caso, remanente; *d*) fecha y número de registro de contrato otorgado por la Procuraduría; *e*) manifiesto del consumidor donde reconoce expresamente que es el legal, legítimo e indiscutible propietario de la prenda y de todo cuanto de hecho y por derecho le corresponde; *f*) forma de responder por la pérdida o deterioro de los bienes dados en prenda y el procedimiento para resarcir los daños; *g*) garantías que se ofrezcan, en su caso, y cobertura y los mecanismos mediante los cuales el consumidor puede hacerlas efectivas; causas de terminación del contrato; y *h*) penas convencionales a las que, en su caso, se hace acreedor el proveedor por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

5. NOM-160-SCFI-2003. Prácticas comerciales. Elementos normativos para la comercialización de vehículos nuevos.
6. NOM-151-SCFI-2002. Prácticas comerciales. Requisitos que deben observarse para la conservación de mensajes de datos (requisitos mínimos que deben observarse para la conservación del contenido de mensajes de datos que consignent contratos, convenios o compromisos, y que en consecuencia originen el surgimiento de derechos y obligaciones, así como para todas aquellas personas físicas o morales con quienes los proveedores de este tipo de servicio otorguen o pacten dichos contratos convenios o compromisos).
7. NOM-135-SCFI-2006. Prácticas comerciales. Requisitos de información en la venta de materiales para construcción.
8. NOM-122-SCFI-2010. Prácticas comerciales. Elementos normativos para la comercialización y/o consignación de vehículos usados.
9. NOM-005-ENER-2010. Eficiencia energética de lavadoras de ropa electrodomésticas. Límites, método de prueba y etiquetado.

Lo anterior sin perjuicio de que, como se indicó, los proveedores pueden inscribir de manera voluntaria otros contratos, lo que permite al proveedor dar seguridad al consumidor respecto de las operaciones que realiza y seriedad en

sus actividades, al tiempo que garantiza al consumidor el respeto y reconocimiento de los derechos que como tal le confiere la LFPC.

Para el registro de los contratos de adhesión se requiere presentar una solicitud por escrito ante la Profeco (Dirección General Jurídica Consultiva), acompañada del contrato objeto de registro en dos ejemplares, así como la documentación que acredite la existencia legal de la persona moral, su calidad de contribuyente (RFC), la personalidad de quien comparezca en su nombre y los requisitos exigidos en su caso por la Norma Oficial Mexicana correspondiente. De dicha solicitud, la Profeco debe resolver en el sentido ya sea de negar la inscripción del contrato por falta de documentación, prevenir al proveedor para que aclare algún punto, añadir o suprimir alguna cláusula, o bien autorizar el registro del modelo de contrato y, como consecuencia, entregar la constancia de inscripción correspondiente.

El art. 87 de la LFPC previene que la Procuraduría se limitará a verificar que los modelos se ajusten a lo que establezca la norma correspondiente y a las disposiciones de la ley, y emitirá su resolución dentro de los 30 días siguientes de la fecha de la presentación de la solicitud de registro. La institución está facultada para solicitar la información comercial necesaria para conocer la naturaleza del acto, siempre que no se trate de información confidencial o constituya secreto comercial o industrial. Transcurrido dicho plazo sin que se hubiere emitido la resolución, se considerará aprobada fictamente y la Profeco estará obligada a registrarlos, quedando como prueba de registro su solicitud de registro. El mismo procedimiento se sigue en el caso de modificaciones al contrato que deba registrarse. Los contratos que deban registrarse conforme a esta ley, así como las normas oficiales mexicanas y demás disposiciones aplicables, y no se registren, así como aquellos cuyo registro sea negado por la Procuraduría, no producirán efectos contra el consumidor.

Por último, el art. 90 señala de manera categórica que no serán válidas y se tendrán por no puestas, ni se inscribirán en el registro, las cláusulas de los contratos de adhesión que: *a)* permitan al proveedor modificar unilateralmente el contenido del contrato, o sustraerse unilateralmente de sus obligaciones. Esto es, se requiere el acuerdo de las partes tanto para modificar el contrato como para darlo por terminado, y no puede el proveedor insertar el pacto comisorio expreso en su favor; *b)* liberen al proveedor de su responsabilidad civil, excepto cuando el consumidor incumpla el contrato. Aunque no se menciona, desde luego la

responsabilidad por dolo es irrenunciable en los términos de lo dispuesto por el art. 2116 del CCF; c) prevenga términos de prescripción inferiores a los legales. Aunque la ley alude a *términos legales*, habrá que tomar en cuenta en primer lugar los establecidos en la LFPC, que son más amplios que los del CCF y el CCo, y solo a falta de esos los de estos ordenamientos; d) prescriban el cumplimiento de ciertas formalidades para la procedencia de las acciones que se promuevan en contra del proveedor. La LFPC tiene como propósito proteger los intereses de los consumidores, de ahí que la presentación de las reclamaciones ante la Procuraduría omita los requisitos de la demanda prevenidos por los códigos procesales y el CCo; o que e) obliguen al consumidor a renunciar a la protección de la LFPC, o se sometan a la competencia de tribunales extranjeros.

Cláusulas de los contratos mercantiles

El contrato es la máxima expresión de la autonomía de la voluntad; constituye un instrumento para hacer circular la riqueza o propiedad privada y para facilitar el intercambio de bienes y servicios, de suerte que existe una íntima relación o interdependencia entre la propiedad privada y la autonomía de la voluntad. La autonomía contractual no es sino el poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus derechos, sea dentro del ámbito de la libertad que le pertenece como sujeto de derecho, o para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás (mediante contratos), con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social. Así, la autonomía contractual comprende el poder atribuido a la voluntad para la creación, modificación, transmisión y extinción de relaciones jurídicas (autonomía de la voluntad o autonomía privada), como también el poder de esa voluntad referido al uso, goce y disposición de poderes, facultades y derechos subjetivos.

Como ya se señaló, la ley reconoce la libertad de contratar y la libertad contractual, cuya significación estriba en poder celebrar un contrato y fijar su contenido, insertando en él las cláusulas que elijan las partes (arts. 1839 del *Código Civil para el Distrito Federal* y 1756 del *Código Civil para el Estado de Jalisco*), o la facultad de derogar las normas supletorias o dispositivas establecidas especialmente para los contratos nominados o típicos y de sustituirlas por un régimen diverso fijado por la voluntad de las partes; es decir, la facultad para establecer una disciplina convencional diferente de la establecida por la ley.

Tal como lo ha establecido la doctrina, esa libertad contractual, a pesar de las múltiples limitaciones que ha tenido en el mundo moderno, en aras de la protección de los intereses colectivos o difusos (protección a los consumidores, a los trabajadores, etc.), debe considerarse como la regla y forma parte del principio de la autonomía de la voluntad, por lo que las limitaciones a la misma son la excepción y, por tanto, como límites que son, para que tengan vigor deben ser declarados expresamente por la ley.

El CCF define los contratos como el convenio que produce o transfiere obligaciones y derechos (art. 1793). Asimismo, los códigos civiles locales, como el *Código Civil para el Estado de Jalisco*, al reconocer la libertad contractual manifiestan: “Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieran a requisitos esenciales del contrato, o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen. Las cláusulas que sólo sean consecuencia de la naturaleza del contrato, son renunciabiles, pero la renuncia deberá constar expresa y claramente.”

De conformidad con lo anterior, las personas tienen toda la libertad para obligarse en los términos y según las condiciones que ellas crean convenientes, con las únicas limitaciones establecidas por el orden público, el interés público y social, la moral y la propia ley. Las partes pueden establecer las cláusulas que consideren más convenientes y serán obligatorias para las mismas si no vulneran el orden público, las leyes prohibitivas ni la moral. Dichas cláusulas son la esencia del contrato, reflejan los derechos y las obligaciones de las partes y determinan su régimen jurídico; las partes pueden establecer libremente, con las limitaciones que se han señalado antes, las cláusulas que crean convenientes, pero las que se refieran a requisitos esenciales del contrato o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria se tendrán por puestas aunque no se expresen, a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley (art. 1839, CCF).

En los contratos existen cláusulas esenciales, naturales y accidentales, mismas que a continuación se definen.

Cláusulas esenciales. Se refieren a los requisitos esenciales del contrato para que produzcan los efectos de tal (por ejemplo, en la compraventa la relativa al objeto del contrato, su transmisión en propiedad y su precio) y que se tienen como puestas aunque no se expresen en él, pero que derivan de la obligación

misma y de la intención de las partes.

Cláusulas naturales. Son una consecuencia natural de los contratos. Se tienen como puestas aunque no se inserten, como sucede en la resolución tácita de los contratos, la evicción, las consecuencias del incumplimiento, el plazo y lugar de cumplimiento y el saneamiento para el caso de evicción. Así lo reconoce el art. 1949 del CCF al disponer que 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. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos, pudiendo también pedir la resolución aun después de haber optado por el cumplimiento cuando este resultare imposible.

Cláusulas accidentales. Son las cláusulas que las partes pueden poner, sin que cambie la esencia del contrato; es ahí donde se refleja la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, cuyos límites ya han sido señalados y permiten a las partes obligarse en los términos que mejor consideren, con las modalidades, plazos y condiciones que más les acomoden. Es también ahí donde surgen los contratos normativos, mixtos, coaligados, etc., y donde entra en juego la actuación del abogado para incluir todo aquello que convenga a su cliente dentro del marco de la ley, la equidad y la ética profesional, con miras a prevenir cualquier conflicto entre las partes, y aun en estos casos para dejar clara y precisa la intención de las partes y las consecuencias de su incumplimiento, sobre todo en los casos en que la ley no tipifica al contrato.

Son innumerables las cláusulas accidentales, por lo que solo se enuncian las más importantes, que responden a las preguntas obligadas que todo abogado debe contestar mediante el clausulado del contrato que le ha sido encomendado y que básicamente son: cuál es el objeto del contrato, quién, en dónde, cómo, de qué forma debe cumplir sus prestaciones, qué sucede si no cumple, cuáles son las consecuencias del incumplimiento, qué sanciones son compatibles con la ley y la naturaleza del contrato, etc., y como consecuencia insertar cláusulas tales como las relativas al plazo, forma, lugar, época y términos de cumplimiento, propiedad industrial (libre de pretensiones), conformidad e inconvencimiento, seguros, garantías, intereses, mora, saneamiento para el caso de evicción, pena convencional, precuantificación de daños y perjuicios, confidencialidad, publicidad, preferencia, exclusividad, jurisdicción, competencia, arbitraje, lugar de notificaciones y avisos, etcétera.

Cláusula de exclusividad. Cláusula por la cual una de las partes, o ambas, se obligan a adquirir (o vender o suministrar) bienes o servicios exclusivamente de la otra parte y, como consecuencia, a no adquirir (o suministrar, según el caso) de (o a) terceros bienes o servicios de la misma naturaleza o similares de aquellos que son objeto del contrato. Es una cláusula muy frecuente en los contratos de suministro, distribución, concesión, franquicia y agencia, entre otros. Al igual que la de preferencia, dicha cláusula tiene, además de los límites generales de los arts. 6º, 7º, 8º y 1831 del CCF, los impuestos por la Constitución en el art. 5º, así como los especiales de la *Ley Federal de Competencia Económica*.

Cláusula de no competencia. Dicha cláusula implica una obligación de no hacer, no enajenar o no adquirir bienes o servicios a (o de) terceros, cuyos límites se dan en cuanto a la materia, al espacio y al tiempo para que sea válido y no contraríe la libre competencia y la libertad de comercio, consagradas en los arts. 5º y 28 constitucionales que establecen, en aras de dicha libertad, la prohibición de convenios en los cuales una persona renuncie temporal o permanentemente a ejercer determinada profesión, industria o comercio, o que limite la libre competencia. La Suprema Corte de Justicia ha establecido la validez de la cláusula de exclusividad siempre que la misma se refiera a una zona determinada y a un tiempo también determinado, y a su vez la LFCE establece los supuestos en los que dicha cláusula puede constituir una cláusula monopólica relativa. En pactos parasociales se admite hasta de tres años.

Cláusula de preferencia. Pacto por virtud del cual una parte o ambas se obligan a dar preferencia a su contraparte en igualdad de condiciones respecto de terceros para el caso de futuros contratos o adquisiciones de la misma naturaleza. Quien tiene a su cargo el pacto de preferencia debe comunicar a la otra parte su voluntad o necesidad de contratar y preferirla respecto de terceros. Tanto la cláusula de preferencia como la de exclusividad aseguran al proveedor la salida de sus productos o servicios en el tiempo y en la cantidad convenidos; evitan el riesgo económico que implican ciertas medidas para asegurar la producción, medidas que pueden ser gravosas si se toma en cuenta, por ejemplo, el incremento de la planta de personal, la ampliación del establecimiento o la adquisición de mayor cantidad de materias primas, todas ellas con el riesgo de que los productos no sean adquiridos en lo sucesivo por el contratante. En cambio, gracias a estas cláusulas existe confianza para realizar esas inversiones.

No obstante lo anterior y la validez de dichas cláusulas, existe un peligro latente que consiste en el abuso por una parte mediante imposición de precios o condiciones de tal naturaleza que la otra se encuentre ante la imposibilidad de adquirir los bienes por la excesiva onerosidad, y a la vez ante la limitante de no adquirirlos de terceros debido al pacto de exclusividad. En cuanto a la persona que adquiere bienes bajo exclusividad o preferencia, estas cláusulas le permiten también asegurarse de que únicamente a él, y no a su competencia de la zona (colonia, delegación, sector, ciudad, etc.), le serán enajenados los bienes de que se trate.

Si las partes no definen con claridad y precisión las condiciones y los términos del contrato, puede llegarse a esos abusos, así como al de una de ellas para determinar la cantidad de bienes que ha de recibir de la otra, ya que puede llegar al extremo de no requerir tales bienes a pesar de que una de ellas haya enviado personal expresamente destinado para llevarlos, con los perjuicios económicos consiguientes. Asimismo, se podría decir que detrás de estas cláusulas existe, además de la conveniencia económica manifiesta, la intención de evitar la competencia o concurrencia de otros comerciantes, y hasta la existencia de monopolios en el mercado. Lo anterior deja entrever la necesidad de determinar en cada caso si las partes o una de ellas tiene o no poder sustancial en el mercado relevante, ya que de ser así las cláusulas serían nulas, conforme a la LFCE.

Cláusula de confidencialidad y de secrecía. Este tipo de cláusula se inserta en los contratos para proteger no la contabilidad y documentación corporativa, sino los conocimientos técnicos, secretos comerciales, clientela, términos contractuales, información del producto o procesos de la fabricación, precios, honorarios, acuerdos financieros, información acerca de la identidad de los vendedores, productores, clientes, financieros, prestatarios, agentes de bolsa, distribuidores, fabricantes, comisionistas, agentes, propiedad industrial, nombres de personas, direcciones, o números de télex/fax/teléfono, correo electrónico, datos personales, métodos, sistemas, y/u otra información de carácter confidencial o privilegiada proporcionada por una de las partes a otra sin el consentimiento previo, específico y escrito, de la parte que proporciona tal información, y en general, todo aquello que supone una ventaja competitiva, etc.; es una cláusula por la cual una de las partes o ambas se obligan a no divulgar a terceros, usar ni permitir que utilicen para fines diversos de los señalados en el contrato, ni total ni parcialmente, dicha información que no ha sido del conocimiento público ni obra en registros públicos y que se califica de

confidencial, que tengan acceso las partes, les haya sido o no proporcionada, o que en el futuro lo sea, por las mismas partes, sus empleados, dependientes, proveedores, distribuidores, acreedores, sus accionistas, sus asesores, y las sociedades en que estos o las partes son socios, o por cualquier otra persona.

Dicha confidencialidad puede también constituir un contrato, un acuerdo de confidencialidad para proteger la información que durante la negociación previa a celebrar el contrato se transmitirá a la otra parte, y se extiende también al contrato mismo, al precio, a las condiciones generales, etc. Como consecuencia de esa cláusula (pueden hacerse por separado), las partes quedan obligadas a guardar secreto sobre dicha información y se les impone la responsabilidad del uso de la información confidencial, cuya eficacia se logra con otras cláusulas, como la pena convencional o la precuantificación de daños.

Cláusula de efectos adversos relevantes (cláusula MAC). También se le conoce como *cláusula de cambios o efectos adversos relevantes (Material Adverse Changes o Effects Clauses)*, conforme a la cual el adquirente o futuro adquirente de un paquete accionario de control tiene el derecho de resolver o de dejar sin efectos el contrato, o, en su caso, de no celebrarlo, renegociar los términos del mismo o disminuir el precio de adquisición, cuando entre el momento de la firma del contrato y el del cierre de la operación se produzcan circunstancias, acontecimientos, cambios o efectos que, de manera individual o en conjunto, afecten o puedan razonablemente afectar, de manera adversa y relevante, a la sociedad emisora de las acciones y/o a sus filiales, o al negocio, la situación financiera, las operaciones, los activos, los pasivos o las expectativas de ganancias de dicha sociedad.⁵⁴ También es frecuente en el caso de intercambios de acciones (*stock-for-stock transactions*). Dicha cláusula también se define como *cláusula de manifestaciones y garantías*, como el conjunto de declaraciones, creencias o predicciones sobre la compañía objetivo, realizadas normalmente por el vendedor a favor del comprador, cuyo principal efecto consiste en asignar al vendedor los riesgos previstos por ese conjunto de declaraciones, creencias o predicciones, independientemente de que el comprador haya podido descubrirlos durante el proceso de *due diligence*.⁵⁵

Las cláusulas de cambios adversos relevantes (*Material Adverse Change Clauses*) han sido objeto de un tratamiento doctrinal y jurisprudencial amplio en Estados Unidos de América y en el Reino Unido, sobre todo a partir de su interpretación por la Equity Court of Delaware en *In Re ibp, Inc. Shareholders*

Litigation [789 A. 2d 14 (Del. Ch. 2001)] y de la interpretación del *Takeover Panel en wpp Group plc v. Tempus Group plc* (Statement 2001/15, Nov. 6, 2001), respectivamente.⁵⁶

Cláusula de exclusión de garantía de consistencia patrimonial. Cláusula por virtud de la cual se conviene en que el enajenante de un paquete de acciones mayoritario o de la totalidad de las acciones de una sociedad no responderá por los pasivos, obligaciones, contingencias o disminuciones del activo que resulten, aparezcan o se exijan después de celebrado el contrato, aun cuando no hubieren estado reflejados en los balances o estados financieros durante la negociación, por lo que el adquirente no tendrá la acción redhibitoria (*estimatoria o quanti minoris* por vicios redhibitorios) o la rescisoria.

Cláusula de exoneración del saneamiento para el caso de evicción. Tanto el CCF (art. 2142) como el CCo (art. 384) establecen la obligación del enajenante de bienes para responder del saneamiento en el caso de evicción, esto es, para responder frente al adquirente en el caso de que el mismo se vea privado de la cosa objeto del contrato en todo o en parte, en virtud de sentencia que cause ejecutoria por algún derecho anterior a la adquisición. Sin embargo, ambos ordenamientos permiten el pacto en contrario (arts. 384, CCo, y 2121, CCF), aquel en el cual se exime al enajenante de responder por ese concepto, con tal de que no hubiere mala fe.

En tal caso, verificada la evicción, el que enajena solo queda obligado frente al adquirente a devolver el precio de la cosa que hubiere recibido conforme lo establecen los arts. 2123, 2126, fracc. I, y 2127, fracc. I, del CCF, e incluso a retener el precio en caso de que el adquirente hubiera celebrado el contrato con conocimiento de los riesgos de la evicción y sometiéndose a sus consecuencias.

No se trata de una cláusula común en los contratos; por el contrario, la regla es que el enajenante siempre responda del saneamiento para el caso de evicción, pero hay ocasiones en que el adquirente tiene tal necesidad de adquirir el bien que incluso conociendo los riesgos de la operación asume sus consecuencias. Si esto es así, lo más adecuado es incorporar en el contrato la cláusula de exoneración del saneamiento para el caso de evicción.

Cláusula de indización. Cláusula accidental de los contratos en la cual se emplea un índice determinado como patrón de referencia para diferir la definición del *quantum* que ha de pagar en dinero el deudor, por ejemplo, el índice de precios

al consumidor, el índice de costos para la construcción o el de los salarios. En dicha cláusula se establece una cantidad base, la cual deberá pagar el deudor además del reajuste correspondiente a la alza que experimente el índice pactado entre la fecha del contrato y el del cumplimiento del pago. Se trata de una cláusula frecuente para prevenir los efectos de la inflación.⁵⁷

Cláusula paraquas. Esta cláusula está inmersa en los tratados internacionales de inversión que obligan a los Estados signatarios a cumplir los compromisos contraídos con respecto al inversionista o la inversión extranjeros.

Cláusula penal o pena convencional. Cláusula útil en los contratos mercantiles que permite a las partes exigir una suma de dinero a la parte que no cumple por simple retardo en el cumplimiento, o bien por su incumplimiento. Dicha pena, como se refiere más adelante, no atiende al plazo durante el cual prevalece el incumplimiento, sino al hecho mismo de no cumplir, y constituye una sanción por el simple incumplimiento.

Se trata de una prestación pactada para el caso de que cierta obligación no se cumpla o no se cumpla conforme a lo convenido por las partes. Su objeto es indemnizar al acreedor por los daños y perjuicios que se le sigan, o apremiar al deudor para que cumpla, pero no puede exceder el importe del capital (distinta de los intereses moratorios, que sí exceden).

Cláusula de precuantificación de daños y perjuicios. Ante la dificultad para demostrar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de una de las partes, y más aun cuando el incumplimiento deriva de obligaciones de dinero, de las que, salvo pacto, el monto de dichos daños y perjuicios no puede exceder del interés legal conforme lo dispone el art. 2117 del CCF, es muy oportuno incluir en los contratos una cláusula de precuantificación de daños y perjuicios, que incluso libere al que sí cumplió de probar la existencia y cuantificación de los mismos, concretándose únicamente a demostrar el incumplimiento del contrato.⁵⁸

Ello es así porque si bien es cierto que el pago de daños y perjuicios a cargo del que no cumple constituye una cláusula natural de los contratos, en cuanto que se entiende puesta aun cuando no se convenga por las partes, la misma resulta muchas veces difícil de concretar tanto por la dificultad de probar dichos daños y perjuicios como por los límites ya señalados. Por ello, debe incluirse una cláusula en la cual las partes regulen su responsabilidad para el caso de

incumplimiento que no solo sirva como advertencia al que no cumpla, sino que pueda realmente hacerse efectiva, por su monto y por la liberación de la carga de probar el importe de dichos daños y perjuicios.

Cláusula resolutoria tácita o pacto comisorio expreso. Aunque existe el pacto comisorio tácito previsto por el art. 1949 del CCF, que faculta a una de las partes para exigir judicialmente el cumplimiento forzado del contrato o la resolución del mismo, y en ambos casos el pago de daños y perjuicios, también es posible y aconsejable convenir en el pacto comisorio expreso una condición resolutoria como otra cualquiera, cuyo efecto es producir la resolución del contrato de manera automática, de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial, en caso de incumplimiento.

Dicha cláusula es válida en tanto que no exime de la observancia de ninguna ley ni contraviene leyes prohibitivas (arts. 6º, 7º y 8º, CCF), puesto que las partes tienen desde luego libertad para fijar expresamente los casos de extinción del contrato, para establecer condiciones resolutorias, y el pacto comisorio expreso, como se ha dicho, no es otra cosa que una condición resolutoria. Tampoco es contrario al art. 1947 del Código Civil, ya que la validez y el cumplimiento del contrato no se dejan al arbitrio de uno de los contratantes, sino que estos pactan libremente la manera de resolverlo.⁵⁹

Cláusula de salvaguardia. Esta es una cláusula de equilibrio y previsión de carácter excepcional por medio de la cual una parte puede adoptar ciertas medidas o actos de manera transitoria para evitar graves e imprevistos desequilibrios; en el nivel internacional se utilizan entre los Estados para corregir el desequilibrio en la balanza de pagos, evitar crisis económicas o que ciertas importaciones de productos afecten a la producción nacional, y para supuestos de devaluación monetaria.

Cláusula Udis. Cláusula conforme a la cual las partes convienen en denominar las prestaciones de sumas de dinero en Udis. En concordancia con el “Decreto por el que se establecen las obligaciones que podrán denominarse en Unidades de Inversión y reforma y adiciona diversas disposiciones del Código Fiscal de la Federación y de la Ley del Impuesto sobre la Renta” (el *Decreto*), las obligaciones de pago de sumas en moneda nacional pactadas en contratos mercantiles o en otros actos de comercio pueden denominarse en una unidad de cuenta, llamada *Unidad de inversión* (Udi), y se considerarán de monto (precio)

determinado (art. 1º, segundo párrafo).

Cláusula y acuerdo o compromiso arbitrales. De acuerdo con la autonomía de la voluntad, las partes pueden convenir de manera libre el procedimiento por seguir para la composición del litigio o no hacerlo. En el primer caso pueden optar expresamente por el procedimiento judicial previsto en las leyes procesales, o bien, conforme al procedimiento convencional, por el efecto acordado; uno de ellos es el arbitraje, ya sea mediante cláusula arbitral o acuerdo arbitral, con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente ante la que se lleve a cabo. Por el acuerdo arbitral o de arbitraje, las partes deciden someter a la decisión de uno o terceros ajenos al Poder Judicial todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual (arts. 1416, fracc. 1, CCo, y 7, Ley Modelo Uncitral). El acuerdo puede adoptar la forma de cláusula arbitral, incluida en un contrato o en un acuerdo independiente.

- a) *Cláusula arbitral o cláusula compromisoria.* Acuerdo de someterse a la decisión de árbitros. Se considera preliminar en relación con el momento en que surge el litigio por resolver, pero es definitiva cuando se contrasta con la preparatoria, que es la más conocida e importante en el arbitraje comercial internacional. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje, siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.
- b) *Acuerdo de arbitraje o compromiso arbitral.* También denominado *contrato de compromiso*, es el acuerdo independiente, no incluido en otro contrato, por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual (art. 7, Ley Modelo Uncitral).

Elementos del acuerdo

Consentimiento. Debe existir el consentimiento de las partes, por escrito, consignado en documento firmado o en un intercambio de cartas, télex, telegramas, facsímil u otro medio de telecomunicación que deje constancia (art.

1423, CCo). No es obligatorio para las personas ajenas al acuerdo arbitral (terceristas, garantes); por ejemplo, si en un contrato de fletamento las partes no pactaron arbitraje y el fletador celebra un subfletamento en donde sí se establece cláusula arbitral, esta no obliga al fletante. Tampoco la contenida en una factura que contiene la venta de un bien y en la que se señala que cualquier controversia se resolverá en arbitraje.

Objeto del arbitraje. El litigio que se ha de resolver debe ser posible física y jurídicamente; están excluidos los litigios fiscales, aduaneros y administrativos, al igual que los derivados del estado civil y capacidad de las personas físicas, divorcio, nulidad de matrimonio, régimen patrimonial del matrimonio, pensiones alimenticias, sucesiones, quiebras, concursos, liquidación de sociedades, cuestiones laborales, seguridad social, daños de origen nuclear, daños y perjuicios de naturaleza extracontractual, así como cuestiones marítimas y aéreas, y en general no son susceptibles de arbitraje los litigios en que esté prohibido el contrato de transacción. En cambio, las partes pueden convenir libremente sobre la constitución de órgano arbitrador, las leyes aplicables al arbitraje y el procedimiento por seguir, pero en todo caso deben establecer el negocio o los negocios determinados o determinables que serán sometidos al arbitraje, ya que la omisión de ellos hace inexistente el convenio de arbitraje.

Forma. Según la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial, el acuerdo debe constar en escrito firmado por las partes, incluyendo una comunicación electrónica (mensaje de datos) o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por télex, forma que también exige el art. 1423 del CCo. La Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras previene que los Estados contratantes reconocerán el acuerdo por escrito, conforme las partes se obliguen a someter todas o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir. La Ley Modelo de Arbitraje de la Uncitral incluye como escrito al que surge de cartas, télex, telegramas y cualquier otro medio de telecomunicación (art. 7). El art. 1423 del CCo señala que debe constar por escrito en documento firmado entre las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas, facsímil u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación, en los que una parte afirme la existencia del acuerdo sin que la otra lo niegue.

Capacidad. Se necesita que las partes estén facultadas y que tengan legitimación

para transigir sobre la materia u objeto litigioso, pues de lo contrario el acuerdo es nulo. Se requiere poder disponer del objeto litigioso y tener facultad para hacerlo. No pueden hacerlo el tutor respecto de bienes del pupilo ni el albacea respecto de la masa hereditaria, y el apoderado, solo con facultad expresa.

Autonomía del acuerdo arbitral

Las partes tienen el derecho de optar por someter sus controversias a un tribunal arbitral en lugar de hacerlo en un tribunal judicial, así como el número y la nacionalidad de árbitros; lugar de arbitraje; posibilidad de renuncia a la apelación; ley aplicable; lugar, tiempo, idioma, procedimiento de recusación; medidas precautorias; renuncia a periciales: establecimiento de cualquier procedimiento arbitral, etc. Prácticamente las únicas limitaciones son el otorgamiento de la garantía de audiencia y de defensa, arbitrar solo litigios arbitrales según la ley y que solo los capaces pueden convenir el arbitraje.

A diferencia del procedimiento judicial, el arbitral requiere la existencia de un acuerdo previo entre las partes: el acuerdo arbitral. El art. 1424 del CCo señala que el juez al que se someta un litigio objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje a petición de parte, a menos que se acredite que el acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible. Las partes pueden solicitar al juez la adopción de medidas cautelares, aunque exista acuerdo arbitral y se haya iniciado o no el arbitraje (art. 1425, CCo).

Cláusulas del acuerdo

Para la existencia y validez del acuerdo, este debe contener las cláusulas esenciales, las relativas al consentimiento y el negocio o negocios objeto de arbitraje; además, en su caso puede contener otras cláusulas opcionales o facultativas, denominadas *cláusulas en blanco* cuando no están especificadas en el acuerdo, pero no debe contener cláusulas prohibidas como las relativas a negocios inarbitrables (penales, divorcio, nulidad de matrimonio, etc.), en las que solo el Estado puede intervenir para resolver la controversia.

Son cláusulas opcionales las siguientes: a) nombre del (de los) árbitro(s), así como de sus sustitutos (ante la omisión, si es un solo árbitro, el juez lo nombra a

petición de cualquier parte, o, en su caso, lo hace el centro administrador de arbitraje, si así se conviene); *b*) número de árbitros (en su defecto, lo hace el juez o el centro de arbitraje); a falta de acuerdo, se entiende que es un árbitro (art. 1427, CCo); cuando los árbitros son tres, cada parte nombra uno y los árbitros nombran al tercero. En caso de que transcurridos 30 días desde el requerimiento a la parte no se haya hecho la designación o los árbitros no se pongan de acuerdo con el tercero, el juez, a petición de parte, lo designará; *c*) procedimiento para la designación de árbitros o para su sustitución (a falta de acuerdo, el procedimiento será el fijado por la ley o, en su defecto, por las reglas establecidas del centro administrador del arbitraje); *d*) lugar del arbitraje (a falta de su designación, la CCI señala que será en el país designado por la Corte de Arbitraje en función de las circunstancias del caso); *e*) el idioma o idiomas por utilizar en todo el procedimiento (art. 1438, CCo); *f*) las normas de procedimiento (es conveniente prever la cláusula de adaptación del contrato, que permite que un experto intervenga para adaptar el contrato a las nuevas circunstancias); a falta de acuerdo, el tribunal podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado; *g*) el tipo de fallo elegido: de estricto derecho o en conciencia; *h*) plazo de duración del proceso arbitral.

Entre las cláusulas tipo, modelo o estándar de arbitraje más frecuentes se encuentran las siguientes de diversas instituciones en la materia: *a*) “Todas las desavenencias que deriven de este contrato serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento.” Cláusula propuesta por la CCI, ahora CAI, que además recomienda a las partes que incluyan el derecho nacional aplicable al contrato objeto de la controversia;⁶⁰ *b*) “Cualquier litigio, controversia o reclamación provenientes o relacionados con este contrato, así como cualquier caso de incumplimiento, terminación o invalidez del mismo, deberá ser resuelto por medio de arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial vigente en la fecha de este convenio. El tribunal de arbitraje decidirá como amigable componedor o *ex aequo et bono*.” De la CIAC,⁶¹ muy similar al de la Uncitral; y *c*) “Cualquier litigio o reclamación resultante o relativo a este contrato, o a su violación, deberá ser resuelto en el arbitraje, acorde a las reglas de arbitraje comercial de la American Arbitration Association y lo juzgado en el laudo pronunciado por el árbitro(s) puede ser presentado en cualquier tribunal competente” (de la AAA).⁶²

En cuanto a litigios presentes: “Todas las controversias que deriven del presente contrato o que guarden relación con éste serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento.”⁶³

En todo caso, las partes deben considerar la conveniencia de incluir el número de árbitros, lugar del arbitraje e idioma. Por último, aunque se ha debatido en la doctrina si el acuerdo de arbitraje constituye una parte del contrato principal o puede ser independiente a pesar de estar contenido en aquel, el Congreso de Arbitraje Internacional de Hamburgo optó en 1969 por que la cláusula arbitral incorporada a un contrato principal y su validez debe considerarse separada del contrato principal (principio de autonomía de la cláusula arbitral); criterio aceptado actualmente, en la circunstancia de que aun cuando se le denomine *cláusula arbitral* y se contenga en un contrato, no implica que efectivamente se trate de una cláusula adicional al mismo, sino que es independiente, autónoma, de suerte que el contrato principal puede subsistir sin la cláusula y a la inversa.

Autoevaluación

1. ¿En qué momento se perfecciona un contrato celebrado por mensaje de datos?
2. Para el perfeccionamiento de contratos celebrados por telegrama, ¿se requiere que las partes previamente hayan convenido en ese medio?
3. ¿Cómo se define el comercio electrónico?
4. ¿Qué son las firmas electrónicas?
5. ¿Cómo se determina que un mensaje de datos ha sido enviado por el emisor?
6. ¿En qué casos y ante quién deben registrarse los contratos de adhesión?
7. ¿Cuáles son los requisitos esenciales de la cláusula arbitral?

8. Señale tres contratos tipo de la cci.
9. ¿Cómo se definen las cláusulas esenciales de los contratos?
10. Indique cuál es la diferencia entre un contrato tipo y un contrato de adhesión.

- 1 Ernesto Gutiérrez y González, *Derecho de las obligaciones*, Cajica, México, 1980, pp. 400-401.
- 2 En la tesis “COMPRVENTA DE VALORES A PLAZOS. INEXISTENCIA DE LA CELEBRADA POR CASA DE BOLSA EN CONTRAVENCIÓN AL REGLAMENTO INTERIOR DE LA BOLSA MEXICANA DE VALORES”, se resolvió que el consentimiento debió ser expreso y su ausencia provocó la inexistencia del contrato, por no observar lo dispuesto por el art. 104 del Reglamento Interior de la Bolsa Mexicana de Valores, por lo que consideró que el cliente no le dio su consentimiento, lo cual torna inexistentes los contratos de compraventa, al faltar uno de sus requisitos esenciales. Octava Época, Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo VII, mayo de 1991, Página 166.
- 3 Cfr. la tesis “CONTRATOS MERCANTILES CELEBRADOS A DISTANCIA, Y PEDIDOS POR TELÉFONO”, conforme a la cual los contratos celebrados por medios de comunicación, como el correo, requieren confirmación por escrito en cuanto a la aceptación de la propuesta o condiciones con que esta fuera modificada, y tratándose de vía telefónica, al igual que la telegráfica, solo se perfecciona el contrato si los celebrantes hubieran admitido con antelación este medio de enlace en el contrato escrito celebrado (art. 80, CCo) o, en su defecto, debe ser ratificada por escrito posterior. Séptima Época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo 73, Cuarta Parte, Página 19.
- 4 Cfr. Ramón Sánchez Meda, *De los contratos civiles*, Porrúa, México, 1982, p. 78; Manuel Bejarano Sánchez, *Obligaciones civiles*, Porrúa, México, 1980, p. 57, y Ernesto Gutiérrez y González, *Derecho de las obligaciones*, Porrúa, México, 1971, p. 177.
- 5 Véase Arturo Díaz Bravo, *Contratos mercantiles*, Harla, México, 1983, p. 30; Felipe Tena, *Derecho mercantil mexicano*, Porrúa, México, 1980, p. 273, y Manuel Broseta Pont, *Manual de derecho mercantil*, Tecnos, Madrid, 1977, p. 361.
- 6 Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, t. II, Espasa-Calpe, Madrid, 1992.
- 7 Felipe Tena, *op. cit.*, pp. 274 y 275.
- 8 Jorge Alfredo Martínez Domínguez, *Derecho civil, parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, Porrúa, México, 1998, p. 305.
- 9 M. Planiol y G. Ripert, *Tratado práctico de derecho civil francés*, trad. de M. Díaz Cruz, Cultural, La Habana, 1942. Cfr. también *Enciclopedia jurídica Omeba, op. cit.*, p. 1026.
- 10 Jorge Barrera Graf, *Las sociedades en derecho mexicano*, UNAM, México, 1983, p. 53.

- 11 El art. 747 del Código Civil expresa que solo pueden ser objeto de apropiación las cosas que no están fuera del comercio. Véanse también los arts. 748 y 749.
- 12 Artículo 1803, CCF, adicionado por publicación en el DOF de 29 de mayo de 2000, que anteriormente se refería a que el consentimiento sería expreso solo cuando se manifestara i) verbalmente; ii) por escrito, o iii) por signos inequívocos.
- 13 Cfr. Roberto Mantilla Molina, *op. cit.*, p. 187.
- 14 Cfr. Amparo directo 2957/57, citado, p. 30; también véanse los Informes al *Semanario Judicial de la Federación* de la Quinta Época, Cuarta Parte, Tercera Sala, Tomos CXXIII, Página 1978, y CXXX, pág. 577; Sexta Época, Cuarta Parte, Tercera Sala, Vols. II, Página 46, y LII, Página 77; y de la Séptima Época, Cuarta Parte, Tercera Sala, Vol. I, Página 14.
- 15 Es decir, solo de perfección, y el contrato puede probarse por otros medios de los admitidos por la ley. En este sentido, cfr. Amparo directo 1198/57, Gustavo Escobar, Informe al *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, Cuarta Parte, Tercera Sala, Vol. X, Página 44.
- 16 Bernardo Pérez Fernández del Castillo, *Derecho notarial*, Porrúa, México, 1981, p. 64.
- 17 Ejecutoria, en Amparo directo 228/59, Primo Martínez Sánchez, en Informe al *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, Cuarta Parte, Tercera Sala, Vol. III, Página 76.
- 18 Así se reconoce en la tesis: “COMPRAVENTA MERCANTIL, FORMALIDADES INNECESARIAS PARA LA RESCISIÓN DE LA... el contrato de compraventa no requiere para su validez, formalidad alguna especial, sino cuando recae sobre un inmueble; pero cuando el valor de éste no excede de cinco mil pesos, la operación puede otorgarse en instrumento privado... si la venta de un molino de nixtamal se celebró ante corredor titulado, pero esta formalidad sólo obedeció a la voluntad de las partes, por no ser exigida por la ley, debe estimarse que dicho contrato pudo válidamente ser rescindido en documento privado, de acuerdo con las disposiciones legales antes invocadas, sin que tenga significación el hecho de que los contratantes se hayan obligado a que el convenio de rescisión se ratificara ante el corredor titulado que, de común acuerdo, designaren, porque esa obligación voluntaria no la exige la ley y en todo caso podría significar un exceso de formalidad, cuyo incumplimiento no invalida la rescisión efectuada... no requería la intervención de corredor titulado, bastando que fuese formalizado, como lo fue, en documento privado ante dos testigos.” Quinta Época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo LXXIV, Página 4578.
- 19 Amparo directo 1986/55, Margarita Richardi de Ávila, 28 de marzo de 1957.
- 20 Cfr. ARBITRAJE. EQUIVALENCIA FUNCIONAL Y FORMA ESCRITA. El artículo 1423 del Código de Comercio establece que, por regla general, el acuerdo debe constar por escrito y consignarse en un documento firmado por las partes, pero también prevé la aplicación del principio de equivalencia funcional, al reconocer ese carácter al habido en un intercambio de cartas, telex, telegramas, facsímil u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo; al intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia del acuerdo sea afirmada por una parte sin que sea negada por la otra, o bien, puede referirse en un contrato y remitirse a un documento que contenga la cláusula compromisoria, siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la*

Federación y su Gaceta, XXXIII, Mayo de 2011, Página 1018, Amparo en revisión 195/2010. 7 de octubre de 2010.

- 21 Cfr. Soyla H. León, Hugo González García y Óscar Vázquez del Mercado Blanco, *La firma electrónica avanzada. Estudio teórico, práctico y técnico*, Oxford University Press, México, 2007.
- 22 Cfr. Zamora y Valencia, *op. cit.*, p. 29.
- 23 Por virtud del art. 81 del CCo, respecto de la capacidad en materia mercantil, son aplicables las disposiciones del CCF.
- 24 La incapacidad de ejercicio la establece el CCF en el art. 450, y la de goce se señala en casos particulares.
- 25 Cfr. Jorge Barrera Graf, *Las sociedades...*, *op. cit.*, p. 43.
- 26 Cfr. Jorge Sánchez Cordero y Dávila, “Teoría general del contrato”, *op. cit.*, p. 751.
- 27 Por aplicación supletoria del art. 3º de la LGSM; véase el art. 2692 del CCF.
- 28 Cfr. el art. 81 del CCo, que declara la aplicación supletoria del Código Civil en la materia.
- 29 Cfr. Sánchez Cordero y Dávila, *op. cit.*, p. 756.
- 30 Cfr. los arts. 2º y 3º de la LGSM; véase en este sentido Jorge Barrera Graf, *Las sociedades...*, *op. cit.*, p. 281.
- 31 Para Philippe Merle, *op. cit.*, p. 436, esta causa de nulidad opera exclusivamente en los contratos *intuitu personae*, y la A en P es uno de ellos; sin embargo, la razón por la que opera en la A en P no es esta, sino el hecho de que se trata de un error.
- 32 Emile Tyan, *Etudes de droit commercial*, Editions Librairies Antoine, Beirut, 1975, pp. 179 y siguientes.
- 33 Aunque esta causa también constituye un motivo de nulidad por incapacidad más que por error.
- 34 Salvatore Giovanni Grandi, *L’Associazione in Partecipazione*, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milán, 1939, p. 55.
- 35 Cfr. Jorge Sánchez Cordero y Dávila, *op. cit.*, p. 748.
- 36 Bernardo Pérez Fernández del Castillo, *op. cit.*, p. 64.
- 37 Cfr. Jorge Sánchez Cordero y Dávila, *op. cit.*, p. 751.
- 38 Cfr. Bernardo Pérez Fernández del Castillo, *op. cit.*, pp. 77 y 78.
- 39 FTP: *File Transfer Protocol* (Protocolo de transferencia de archivos) es una versión reducida de Telnet (esta permite la emulación de terminal por la red, lo que facilita el control remoto de una computadora) que se utiliza para transferir archivos, de texto o de programas, entre computadoras distantes.

- 40 Servidor que integra varios recursos de la red.
- 41 *World Wide Web*, o *Web*, es una herramienta de fácil acceso al usuario para búsqueda y difusión de datos por internet, que permite hacer una consulta simple de recursos gracias a los enlaces de hipertexto insertados en el texto por el autor. El enlace hipertexto, casi siempre indicado por una palabra subrayada, enmarcada o de color distinto del resto del texto, apunta a una zona distinta del servidor o un servidor diferente.
- 42 La *Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión* define la internet como el conjunto descentralizado de redes de telecomunicaciones en todo el mundo, interconectadas entre sí, que proporciona diversos servicios de comunicación y que utiliza protocolos y direccionamiento coordinados internacionalmente para el enrutamiento y procesamiento de los paquetes de datos de cada uno de los servicios. Estos protocolos y direccionamiento garantizan que las redes físicas que en conjunto integran la internet funcionen como una red lógica única.
- 43 Intercambio electrónico de datos (*Electronic Data Interchange*) que consiste en proporcionar a los usuarios el almacenamiento y envío automatizado de información estructurada bajo un formato definido; constituye una variante del correo electrónico y tiene aplicación en las órdenes de compra, pedidos, facturación y suscripciones.
- 44 Cfr. Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional. *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su Incorporación al Derecho Interno* 1996, Resolución 51/162 de la Asamblea General del 16 de diciembre de 1996.
- 45 La oferta y la demanda de productos y servicios se lleva a cabo por un medio digital denominado *Web*, un “sitio” al que pueden acceder todas las personas y en cualquier momento. Incluso se alude a tiendas virtuales 24/7, es decir, abiertas las 24 horas durante toda la semana.
- 46 No es aplicable a los datos que tengan por única finalidad facilitar el envío o recepción del mensaje.
- 47 Tanto en Jalisco como en Guanajuato se definen los medios electrónicos como los dispositivos tecnológicos utilizados para transmitir o almacenar datos e información por medio de computadoras, líneas telefónicas, enlaces dedicados, microondas o cualquier otra tecnología (art. 3, fracc. XVI, *Ley de Firma Electrónica Avanzada para el Estado de Jalisco y sus Municipios*, y art. 3, fracc. XII, *Ley sobre el Uso de Medios Electrónicos y Firma Electrónica para el Estado de Guanajuato y sus Municipios*).
- 48 Páginas web, generalmente catálogos en pantalla que invitan a los usuarios a celebrar contratos siguiendo un procedimiento comercial especificado, en donde se solicita información del usuario, modo de pago, etcétera.
- 49 Cfr. Oliver Hance y Suzan Dionne Balz, *Leyes y negocios en Internet*, McGraw-Hill, México, 1996, pp. 42 y siguientes.
- 50 *Ibidem*, pp. 254 y siguientes.
- 51 José Ovalle Favela, *Comentarios a la Ley Federal de Protección al Consumidor*, McGraw-Hill, México, 1995, p. 124.
- 52 *Ibidem*.

- 53 Cfr. Séptima Época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo 67, Cuarta Parte, Página 28, Amparo directo 9539/67, 22 de julio de 1974. Nota: Esta tesis también aparece en: Informe de 1974, Tercera Sala, Página 36.
- 54 Marian Gili Saldaña, “Las cláusulas de cambios adversos relevantes en las adquisiciones de empresas”, en *InDret, Revista para el análisis del derecho*, Facultad de Derecho Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, enero de 2013, <http://www.indret.com/pdf/956.pdf>. Consulta hecha el 19 de enero de 2014, p. 5.
- 55 Luis Hernando Cebriá, *El contrato de compraventa de empresa (extensión de su régimen jurídico a las cesiones de control y a las modificaciones estructurales de sociedades)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 350 y 429.
- 56 Marian Gili Saldaña, *op. cit.*, p. 7.
- 57 Cfr. Jorge López Santa María, *Obligaciones y contratos frente a la inflación*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1980, p. 57.
- 58 Así lo señala la tesis siguiente: “CONTRATOS, INCUMPLIMIENTO DE LOS (CARGA DE LA PRUEBA). Al demandado corresponde acreditar, dentro del juicio, el cumplimiento de las obligaciones a su cargo y, por tanto, no haber dado causa de incumplimiento del contrato objeto del juicio, pues al actor no puede exigírsele la demostración de un hecho negativo, cuando en uno de esa clase se funda la acción.” Quinta Época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo CXXII, Página 1697.
- 59 Así ha sido resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados en las tesis: “PACTO COMISORIO EXPRESO, FACULTAD DE RESOLVER LAS OBLIGACIONES EN LOS CONTRATOS CON LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO.” Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito, Octava Época, Tomo V, Segunda Parte-1, Tesis 254, Página 317, Clave TC031254 CIV. Amparo directo 1127/89; “PACTO COMISORIO.” Tercera Sala, Sexta Época, Vol. I, Página 119, y “PACTO COMISORIO EXPRESO.” Tercera Sala, Quinta Época, Tomo CXXIII, Página 528.
- 60 Corte de Arbitraje Internacional, fundada en 1923, con sede en París. Órgano administrador de arbitraje, designa los miembros de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Tiene órganos que la representan en diversos países. Es la elegida por los franceses.
- 61 Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, creada en Montevideo en 1933 (en la Séptima Conferencia Internacional de los Estados Americanos, con sede en Nueva York). Los centros administradores de arbitraje tienen como funciones administrar tribunales de arbitraje; recabar y actualizar el listado de árbitros; designar árbitros para constituir el tribunal y sus suplentes; expedir el reglamento de procedimientos; facilitar los medios para que el tribunal arbitral desempeñe su actividad (oficinas, equipo, secretariado); calificar las causas de impedimento de árbitros; resolver sobre honorarios de árbitros, y administrar recursos económicos e incluso establecer aranceles. Otro de ellos es el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), “Convención de Washington”, con sede en el BIRD. Se ocupa de controversias relativas a inversiones que los nacionales de un Estado reclamen a otro Estado.
- 62 La Asociación Americana de Arbitraje, creada en 1926, con sede en Nueva York, es el centro de arbitraje más importante en el mundo para quienes comercian con Estados Unidos; a pesar de que el

TLC se refiere a las reglas de la Uncitral, aplica sus reglas y otras tales como las de Arbitraje para la Industria de la Construcción (5 000 por año).

- ⁶³ Cámara de Comercio Internacional “Cláusulas de Arbitraje, publicación”, en *Reglamento de Arbitraje. Reglamento de Medicación*, publicación ICC 865-0 SPA, París, 2013, p. 68.

Capítulo

4

Compraventa mercantil

Propósitos

Al concluir este capítulo, el lector distinguirá las compraventas civiles de las mercantiles; los elementos del contrato, las obligaciones de las partes, así como compraventas especiales, tales como la compraventa de expedición, compraventa contra documento, de consumidores, marítimas, de acciones, OPA, algunos pactos de socios sobre venta de acciones y la responsabilidad del vendedor de acciones de control.

Caracterización de la compraventa mercantil

El CCo regula la compraventa mercantil en sus arts. 371 a 387, pero omite definir el contrato de compraventa, lo que es correcto en razón de que ya lo hace el art. 2248 del CCF, de aplicación supletoria, el cual señala que hay compraventa cuando uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho y el otro, a su vez, se obliga a pagar por ella un precio cierto y en dinero. Se trata de un contrato de carácter consensual, conforme al cual desde que las partes se ponen de acuerdo en precio y cosa es perfecto, aun cuando no se entregue la cosa ni se haya satisfecho el precio (art. 2249, CCF). La compraventa es mercantil cuando la ley le da tal carácter, o cuando su objeto son cosas mercantiles (acciones, valores), o cuando se celebra con el fin directo y preferente de traficar (con propósito de especulación comercial). Así lo expresa el art. 371 del CCo: “Serán mercantiles las compraventas a las que este Código les da tal carácter, y todas las que se hagan con el objeto directo y preferente de traficar.”

Distinción entre contratos de compraventa civil y mercantil. Conforme al CCo, existe una distinción entre compraventa civil y compraventa mercantil; en

ambas, una de las partes se obliga a transferir la propiedad de una cosa a la otra parte, quien a su vez se obliga a pagar por ella un precio cierto y en dinero; pero la compraventa es civil cuando ninguna de las partes es comerciante o, siéndolo, el objeto del contrato no es una cosa mercantil, ni la venta o compra se hace con el propósito directo y preferente de traficar o especular. Son compraventas mercantiles las que se hacen con el objeto directo y preferente de traficar y aquellas que el CCo califica de mercantiles, y que según el art. 75 del propio ordenamiento lo son en función del fin o propósito, del sujeto o del objeto.

a) Por el fin o propósito de especulación comercial (art. 75, fraccs. I y II, CCo), son mercantiles las adquisiciones y enajenaciones de mantenimientos, artículos, muebles o mercancías, así como las compras y ventas de bienes inmuebles que se hagan con el propósito de especulación comercial. Pero el mayor valor del precio de venta respecto del de compra no es un factor que defina la especulación comercial ni, en consecuencia, la mercantilidad del contrato, pues el Código Civil reconoce que los actos y contratos civiles pueden tener un evidente y expreso propósito económico o lucrativo, e incluso utilidades, como ocurre en el arrendamiento, el mutuo interés, la compraventa civil y la sociedad civiles, sin que por ello se conviertan en mercantiles; por tanto, no es el lucro o la ganancia el elemento peculiar y distintivo de la especulación mercantil,¹ sino que se precisa que ese lucro sea comercial, relativo al comercio, al tráfico comercial, a la intermediación, lo que acontece cuando quien la celebra es un comerciante u operador económico.

b) Por el objeto (art. 75, fraccs. III, IV, XIX y XX, CCo), son mercantiles las compraventas de acciones, partes sociales, bonos, títulos de crédito (art. 1º, LGTOC), buques y valores mobiliarios. La LGSM se refiere también a la venta de acciones, tanto en el caso de incumplimiento de pago de las aportaciones en acciones pagadoras por el accionista incumpliente (art. 120) como en la venta judicial en el mismo supuesto (art. 121), cuando se refiere a la restricción a la transmisión de acciones (art. 130), e incluso cuando prohíbe a las sociedades emisoras adquirir sus propias acciones (art. 134). Asimismo, la LMV regula los mecanismos para realizar ofertas públicas y operaciones con valores (acciones, obligaciones, títulos del gobierno federal, etcétera).

c) Por el sujeto (art. 75, fraccs. XXI y XXII, CCo), son compraventas

mercantiles las compraventas realizadas entre comerciantes o por los comerciantes. En tal caso, se trata de actos de comercio presuntamente mercantiles, por lo que debe demostrarse lo contrario.

d) Por el propósito de traficar en el comercio (arts. 75, fraccs. xv y xxiii, y 371, CCo), son mercantiles las compraventas marítimas y las que el propietario o el cultivador hagan de los productos de su finca o cultivo.

Se trata de negocios de intermediación en el cambio: el comprador compra para revender o el vendedor vende lo que ha comprado para revender; *traficar* significa comerciar, negociar con mercancías, por ejemplo, comprando y vendiendo. Entonces, un contrato de compraventa mercantil es aquel por virtud del cual uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho y el otro, a su vez, se obliga a pagar por ella un precio cierto y en dinero, si una de las partes, o ambas, es un comerciante, o si el objeto de la venta es una cosa mercantil, o si la venta se hace con el propósito de especulación comercial o de traficar en el comercio; y será civil la compraventa en la que no se colme ninguno de estos supuestos, o aunque se celebre entre comerciantes cuando el bien objeto de la venta se adquiriera para el consumo o uso personal del comerciante o de sus familiares.

De ahí que si de conformidad con el CCo son mercantiles las compras y ventas a las que el mismo ordenamiento les da tal carácter (arts. 75 y 371), y que en ocasiones lo hace en función de la calidad de comerciante de quien las realiza en forma profesional, aunque en otras sea indiferente dicha persona, existen muchos de esos actos que pueden ser realizados por personas que no son consideradas en derecho comerciantes. Aún más, el CCo, en su art. 1050, declara la aplicación de sus normas procesales aun cuando solo para una de las partes el acto sea mercantil, eliminando así el concepto de acto mixto; se concluye así que hoy por hoy la distinción de unas y otras es importante, máxime que algunas compraventas mercantiles lo son en función de la presunción de mercantilidad.

Importancia de la distinción. Tal como se mencionó al abordar la distinción entre los contratos mercantiles y los contratos civiles, la importancia de la misma estriba en las consecuencias diversas que implica considerar un contrato como civil o como mercantil, por ejemplo, en cuanto a la transmisión de riesgos, los efectos de la morosidad, el plazo de cumplimiento, el lugar de pago y la vía procesal para exigir el cumplimiento.

Desde el punto de vista sustantivo. La importancia de la distinción se hace patente, por cuanto que si se trata de una compraventa mercantil, las partes quedan sujetas a las normas sustantivas especiales, como la LMV, y a las generales del CCo (arts. 77 a 88 y 371 a 388), conforme al cual la transmisión de los riesgos opera a partir del momento en que se entreguen real, jurídica o virtualmente las mercancías, y no desde que se perfecciona el contrato, como ocurre en materia civil. El lugar de entrega, los gastos de entrega, los intereses moratorios y los efectos de la mora son distintos, e incluso en contratos mercantiles se recurre a los usos mercantiles y al CCF, en tanto que si es compraventa civil queda sujeta directamente a las normas del código civil local aplicable.

Desde el punto de vista adjetivo. Si una compraventa es civil, las partes quedan sujetas directamente a las normas procesales del *código* procesal local, en tanto que si la compraventa es mercantil y las partes no establecieron procedimiento ni supletoriedad distintas, las partes quedan sujetas en primer lugar a las normas procesales del CCo y supletoriamente al *Código Federal de Procedimientos Civiles* (CFPC) y, en caso de que no regule suficientemente la institución cuya supletoriedad se requiera, la ley de procedimientos local respectiva, leyes que, aunque en sustancia sean iguales a las previstas por el CCo, se diferencian no solo por los juicios, vías procesales, términos y periodo probatorio, sino también por la forma, los términos y las condiciones para ofrecer pruebas, así como la apreciación de las mismas, que difieren de las previstas en los códigos de las entidades federativas.

Tendencia de unificación de normas

La tendencia unificadora se manifiesta no solo por lo que hace a la compraventa mercantil, que en México encuentra su reglamentación en 32 códigos civiles locales, en el CCF, en el CCo y en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, sino en cuanto a una unificación de normas del derecho civil y mercantil en un solo ordenamiento, tal como lo han hecho en Italia y Suiza. La razón de esa unificación estriba en la superación de las posibles diferencias entre las normas del código civil y del comercial; en todo caso, ambos están ubicados dentro del llamado *derecho privado*, al punto de que algunos consideran que dicha unificación podría provocar la desaparición del derecho mercantil.

Sin embargo, es innegable que el derecho mercantil no puede desaparecer, pues a pesar de la unificación planteada, existen instituciones absolutamente mercantiles como la empresa, cuyas normas especiales deben continuar en un ordenamiento separado del Código Civil, pues por lo demás no se desconoce la conveniencia de la unificación del derecho de las obligaciones y de los contratos, y la consiguiente reducción del ámbito del derecho mercantil como derecho especial (de la empresa), más aún que ningún código de comercio contiene normas generales completas sobre las obligaciones y los contratos mercantiles; que el legislador reconoce que la influencia del derecho civil de las obligaciones trasciende a todas las demás materias del derecho; que cualquier cuestión jurídica se reduce siempre a la comprobación de un vínculo obligatorio; que los principios que informan la teoría general de las obligaciones se aplican a todos los vínculos jurídicos (relación contractual, hecho ilícito, declaración de voluntad, etc.); que el derecho de las obligaciones es el derecho común por excelencia, constituido por un vasto caudal de principios básicos, nociones fundamentales que parten de la obligación y que representan al derecho civil por antonomasia, contenidos en el Código Civil, al que se habrá de recurrir para resolver cualquier cuestión que se suscite sobre la existencia y los efectos de una obligación.

En efecto, para obviar repeticiones, ningún otro código (ni fiscal, administrativo, penal o laboral) se ocupa de la teoría general de las obligaciones, como no lo hace el CCo, ya que solo establece ciertos principios aislados e incompletos con la consiguiente remisión obligada al CCF, ya sea por aplicación supletoria (art. 2º, CCo) o incorporada (art. 81, CCo); incluso, el CCF advierte su aplicación incorporada a las leyes federales (art. 1º).

Esta tendencia unificadora también se aprecia en el ámbito internacional, donde la interdependencia de los Estados nacionales, la facilidad de las comunicaciones, el desarrollo tecnológico y la existencia de organismos internacionales, tanto públicos como privados, así como el reconocimiento de la interdependencia y ayuda mutua, han provocado la existencia del llamado *derecho mercantil internacional*, que se refleja en tratados, convenciones, proyectos, contratos tipo, guías jurídicas, principios generales y costumbres internacionales (*lex mercatoria*) sobre diferentes materias e instituciones de derecho comercial (títulos de crédito, compraventa, arrendamiento financiero, factoraje financiero, crédito documentario, comercio electrónico, representación mercantil, propiedad industrial, principios sobre contratos comerciales

internacionales, etc.), que han llevado no solo a una reglamentación uniforme internacional, sino también a conformar con toda claridad un derecho del comercio internacional, cuyas bases y principios generales son admitidos en todo el mundo, independientemente de las costumbres, antagonismos políticos o económicos y de la oposición de sistemas económicos en boga.²

Elementos del contrato de compraventa

Consentimiento. Como expresa el art. 2248 del CCF, existe compraventa desde que uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho y el otro, a su vez, se obliga a pagar por ella un precio cierto y en dinero; se trata de un contrato de carácter consensual, conforme al cual desde que las partes se ponen de acuerdo en precio y cosa es perfecto, aun cuando no se transfiera la primera ni se halle satisfecho el precio.

Al referirse al contenido del art. 1470 del Código Civil italiano, Domenico Barbero³ señala que es afortunada la expresión de dicho precepto cuando menciona que la compraventa tiene por objeto la transferencia de la propiedad sobre una cosa contra la reciprocidad de un precio; que dicha expresión es correcta, pues no siempre la transferencia ocurre con la conclusión y la perfección del contrato. Lo mismo puede decirse del art. 2248 del CCF, ya que en las compraventas de cosas ciertas y determinadas la transmisión de propiedad se produce por mero efecto del contrato (art. 2014, CCF), pero tratándose de cosas indeterminadas o no individualizadas, de géneros (por ejemplo, un barril de vino), la transferencia de la propiedad no se hace por mero efecto del contrato; en ese momento solo nace la obligación de transferir, de concretar o individualizar la cosa objeto del contrato. La transmisión de propiedad en tal caso ocurre hasta el momento en que la cosa se hace cierta y determinada con conocimiento del acreedor (art. 2015, CCF).

La compraventa es un contrato de carácter consensual;⁴ se perfecciona por el mero consentimiento de las partes sin necesidad de tradición de la cosa, pero su efecto puede ser real o meramente obligatorio. Será real cuando se trate de cosas ciertas, determinadas (existentes e individualizadas y no futuras) y de propiedad del vendedor; en su defecto, será meramente obligatorio, esto es, cuando se trata de objetos no determinados, de géneros o de futuros (venta de cosa futura, de un

bien que no existe), la transferencia del bien no se produce por mero efecto del contrato, sino, como se dijo, a partir de que la cosa se individualiza o se hace cierta.

Objeto. Pueden ser objeto del contrato bienes muebles e inmuebles, tanto por su naturaleza como por disposición de la ley (*cfr.* arts. 14 y 747 a 789, CCF), incluidos los derechos, es decir, los bienes muebles incorpóreos, con tal de que existan en la naturaleza (también las cosas futuras), sean determinados o determinables en cuanto a su especie y estén en el comercio (art. 1825, CCF).

Forma. El CCo no exige forma alguna para la celebración del contrato de compraventa, por lo cual no es necesario su otorgamiento por escrito ni ninguna otra formalidad, salvo cuando la ley la exige por la naturaleza de los bienes, como ocurre en el caso de la venta de bienes inmuebles o de acciones, operación para cuya eficacia frente a terceros o frente a la sociedad y la legitimación del adquirente se precisa, en el primer caso, de escritura pública y de su inscripción en el Registro Público de la Propiedad, y en segundo, del endoso y la entrega del título, así como de la inscripción de la transmisión en el registro de la emisora (arts. 111 y 128, LGSM, y 5º, 23 y 24, LGTOC), o en su caso, de la anotación en cuenta cuando se trate de acciones cotizadas en bolsa.

Pero en todo caso la forma escrita no es un requisito de existencia del contrato,⁵ sino de prueba del mismo, bastando al efecto que se demuestre por cualquier medio de prueba el acuerdo de voluntades sobre la cosa objeto del contrato y, en su caso, los términos conforme a los cuales las partes quedaron obligadas, sin que se exija la forma escrita.⁶ Sin embargo, la LCM señala en su art. 93 que el vendedor tiene derecho a reivindicar los bienes si hizo la entrega en cumplimiento de un contrato definitivo que no se celebró como exige la ley, a menos que conste de modo fehaciente y se le dé la forma o de cualquier otra manera se extinga la acción de nulidad por falta de forma del contrato.

Partes del contrato

Son partes del contrato de compraventa el vendedor y el comprador: el primero se obliga a transmitir la propiedad de una cosa y el segundo a pagar por ella un precio cierto y en dinero. Conforme al CCo, no se exige a las partes la calidad de comerciantes para celebrar un contrato de compraventa mercantil. Precisan

únicamente tener capacidad y legitimación para celebrarlo; esto es, el vendedor debe ser propietario del bien objeto del contrato o tener poder bastante para hacerlo (por ejemplo, el comisionista que vende a nombre propio y por cuenta del propietario), y aun sin serlo puede celebrar un contrato de esta naturaleza con tal de que adquiera la propiedad o tenga representación del propietario para hacerlo o autorización judicial. El vendedor debe tener capacidad para disponer de sus bienes (no ser menor de edad ni sujeto a interdicción, y en algunos casos en concurso o quiebra) o estar facultado para disponer de bienes ajenos (administrador, tutor, síndico, albacea, comisionista, mandatario, etcétera).

Obligaciones del vendedor

Entregar la cosa. El vendedor está obligado a entregar la cosa vendida al comprador. La entrega debe hacerse conforme a los términos y las condiciones previstos por las partes (art. 78, CCo); si se trata de la venta de cosa cierta y determinada en la cual por mero efecto del contrato se transfiere la propiedad (art. 2014, CCF), dicha transmisión debe ir seguida de la introducción de la posesión, a fin de que el comprador sea puesto en condiciones de ejercitar sus derechos de propietario (usar, disfrutar y disponer de la cosa), lo que precisamente se logra con la entrega de la cosa.⁷

La entrega de la cosa puede ser real, jurídica o virtual (art. 2284, CCF). La entrega real consiste en la entrega material de la cosa vendida, o en la entrega del título si se trata de un derecho; la entrega *jurídica* se produce cuando aun sin ser entregada materialmente la cosa, la ley la considera recibida por el comprador, y la *virtual* cuando el comprador acepta que la cosa quede a su disposición en el lugar convenido (art. 378, CCo), aunque no la reciba directa ni físicamente en ese momento,⁸ como ocurre en las *compraventas contra documentos*, en las cuales el vendedor cumple con la obligación de entrega desde el momento en que pone las mercancías a disposición del comprador en el lugar convenido, que puede ser el propio establecimiento del vendedor (*compraventa ex works*).

A diferencia de lo que ocurre en materia civil, en la cual desde el momento en que se transfiere la propiedad de la cosa (por mero efecto del contrato, tratándose de cosas ciertas y determinadas) se transfieren los riesgos de la misma al propietario, aun cuando esta no haya sido entregada, en materia mercantil los riesgos de la cosa se transfieren solo a partir del momento en que el vendedor

hace entrega real, jurídica o virtual de la cosa (art. 377, CCo). Mientras ello no ocurra, aunque ya no sea propietario el vendedor, este sufre los riesgos de la cosa; en materia civil, en cambio, el riesgo de la cosa, su deterioro, pérdida o perecimiento por caso fortuito o fuerza mayor son a cargo del dueño de la cosa, *res perit domino*, y si se trata de venta de cosas ciertas y determinadas, la transmisión de propiedad en favor del comprador opera por mero efecto del contrato (art. 2014, CCF), desde que el propietario asume el riesgo de la misma aun antes de su entrega.

En la compraventa mercantil,⁹ con independencia de los efectos del contrato, en cuanto a la tradición de la propiedad de la cosa, sea esta por mero efecto del contrato o individualizado el género, el riesgo de la cosa no se transfiere al comprador sino a partir del momento en que se le entregan los bienes objeto del contrato, ya sea real, jurídica o virtualmente.¹⁰ Así ocurre también en las ventas con expedición y las ventas contra documentos a que se refieren los términos de comercio internacional (Incoterms, por ejemplo, *ex works*, *free on board*, a los que se hará referencia en el capítulo siguiente), en las que las partes convienen un lugar determinado de entrega de las mercancías y su recepción por un tercero (por lo general el transportista), y en la que el vendedor pone las mercancías a disposición del comprador (mediante el transportista).

Como se verá más adelante, en estas compraventas el vendedor se obliga no solo a entregar las mercancías, sino también los documentos representativos de las mismas y los pactados o usuales; ambas entregas se producen en momentos diferentes, aunque para efectos de los riesgos de la cosa, la entrega que se ha de tomar en cuenta es precisamente la real y la virtual de la cosa.

Plazo de entrega. Conforme a lo dispuesto por el art. 379 del CCo, la entrega de la cosa debe hacerse en el tiempo pactado por las partes o, en su defecto, dentro de las 24 horas siguientes a la celebración del contrato. En el caso de que el vendedor incumpla con su obligación de entrega, Barbero¹¹ refiere que el comprador tiene dos acciones: una, de carácter personal, frente al vendedor, *emptio-venditio*, cuya *causa petendi* es el contrato de compraventa, y otra real, *erga omnes*, que es la reivindicación, que le corresponde como titular del derecho adquirido y cuya *causa petendi* reside en la misma titularidad del derecho, a la vez que la compraventa constituye el título de adquisición y cumple con la función de prueba de la pertenencia del derecho y del objeto reivindicado.

La entrega de la cosa en materia mercantil no es siempre ni únicamente la entrega misma de la cosa objeto del contrato, sino que en algunas compraventas implica la entrega de documentos representativos de las mercancías (conocimiento de embarque y certificado de depósito), así como los pactados y usuales de la venta de que se trate (póliza de seguro, carta de porte, certificado de origen, factura, etc.). Así, en compraventas contra documentos o compraventas de expedición, la obligación de entrega del vendedor consiste no solo en poner a disposición del comprador las mercancías, sino principalmente en remitirle los títulos representativos de las mercaderías negociadas y los demás documentos establecidos por las partes en el contrato o conforme a los usos comerciales. Desde luego que la entrega de los documentos se produce después de que las mercancías han sido puestas a disposición del comprador.

No obstante que el vendedor debe entregar la cosa, no está obligado a hacerlo en los casos: *a)* si el comprador no ha pagado el precio, salvo que en el contrato se haya señalado un plazo para su pago (art. 2286, CCF); *b)* si a pesar de haber concedido un plazo para el pago, el comprador se halla en estado de insolvencia, de suerte que el vendedor corra el inminente riesgo de perder el precio, a no ser que el comprador le dé fianza de pagar en el plazo convenido (art. 2287, CCF); *c)* si el comprador ha sido declarado en concurso, a no ser que se le pague el precio o se le garantice su pago (arts. 92 y 96, LCM); *d)* si el comprador ha sido declarado en concurso y los bienes están en ruta para su entrega material al concursado, en cuyo caso el vendedor puede oponerse a la entrega, ya sea variando la consignación o deteniendo la entrega material de los mismos, aunque no disponga de los documentos necesarios para variar la consignación (art. 94, LCM).

En el caso de concurso del vendedor, el comprador tiene derecho a exigir la entrega de la cosa previo pago de su precio, si la venta se perfeccionó conforme a las disposiciones legales aplicables (art. 95, LCM).

Lugar de entrega. La entrega de la mercancía debe hacerse en el lugar previsto por las partes; a falta de pacto, en el lugar que según la naturaleza del negocio o la intención de las partes sea el adecuado, conforme a la intención de las partes o el arbitrio judicial; por ejemplo, tratándose de ventas en fábrica (*ex works*), el lugar de entrega de las mercancías es el establecimiento o la fábrica del vendedor. Cuando se trata de las ventas con cláusula de precio, de acuerdo con los Incoterms, el lugar de entrega de las mercancías será el lugar pactado por las

partes para la entrega, que salvo la venta *ex works* resulta ser el convenido por las partes y al primer porteador o transportista de las mismas. Hay una tesis aislada que se extralimita en cuanto al lugar de entrega, pues la hace depender incluso del género de la persona, de su edad, de su establecimiento, etcétera.

Forma de entrega. El vendedor debe entregar la cosa en la forma pactada en el contrato o en el estado en que se encontraba en el momento de la celebración del contrato (art. 2288, CCF). Asimismo, el vendedor deberá entregar las mercancías en la forma usual según su naturaleza, empacada, embalada o envasada, o conforme a lo pactado por las partes (art. 372, CCo); asimismo, deberá entregar todos los frutos producidos desde que se perfeccionó la venta, los rendimientos, así como las acciones y títulos de la misma (art. 2289, CCF).

Gastos de entrega. Conforme al art. 382 del CCo, salvo pacto, todos los gastos que se ocasionen hasta poner las mercancías pesadas o medidas a disposición del comprador serán a cargo del vendedor, y el recibo y extracción fuera del lugar de la entrega serán por cuenta del comprador. En consecuencia, son a cargo del vendedor, salvo pacto en contrario, todos los gastos de empaque, embalaje o envase de las mercancías, así como los de transporte que se ocasionen hasta poner las mercancías a disposición del comprador en el lugar convenido. En las ventas contra documentos, el transporte a cargo del vendedor concluye hasta el lugar donde se encuentra el primer porteador.

Derecho de retención. Se trata de un privilegio especial que la ley concede al vendedor cuando las mercancías han sido puestas a disposición del comprador pero permanecen en poder del vendedor, aunque sea en calidad de depósito, y que consiste en retener las mercancías en garantía y con preferencia sobre ellas respecto de cualquier acreedor del comprador, para ser pagado de lo que se le adeude por cuenta del precio de las mismas. Este derecho supone que la deuda a cargo del comprador es de plazo vencido, pues no existe tal derecho en el caso de que se trate de venta en abonos o a plazo, en la cual el vendedor tenga la obligación de entregar las mercancías aun sin que estas le hayan sido pagadas.

Garantizar las calidades de la cosa. Hablar de la calidad de la cosa implica referirse tanto a la calidad propia o normal de la cosa como a las calidades específicas pactadas o prometidas por el vendedor al comprador. El vendedor debe cumplir en los términos y las condiciones previstos en el contrato. Si las partes pactaron una calidad determinada o la venta se hizo sobre muestras o

calidades determinadas y conocidas en el comercio, el vendedor debe cumplir con dicha calidad o muestra; en cambio, a falta de calidad determinada o de la muestra, el vendedor cumple entregando la cosa de mediana calidad (arts. 2258, CCF, y 373, CCo); la disputa debe resolverse conforme a normas oficiales existentes y dictámenes de peritos.

Tanto el CCF (art. 1949) como el CCo (art. 376) conceden al comprador que cumple con el pago del precio el derecho para exigir al vendedor que no cumple: *a)* la rescisión del contrato, más el pago de daños y perjuicios, lo que implica la devolución del precio pagado, más los daños y perjuicios ocasionados, con deducción del precio por el uso del bien, así como la recepción de la cosa entregada al comprador, salvo que el adquirente elija la cosa, la venta se haga por precio alzado y sin estimar especialmente sus partes o medidas (art. 2261, CCF), caso en el cual el vendedor debe entregar la cosa vendida en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato (art. 2288, CCF), salvo los casos previstos por la LFPC; *b)* cumplimiento forzado, más el pago de daños y perjuicios; *c)* nulidad del contrato por vicios en el consentimiento, o de forma.

Responder de los vicios o defectos ocultos. La responsabilidad por vicios ocultos de la cosa deriva de la violación al principio de *exactitud en la sustancia de la cosa debida*. En principio se requiere que los vicios sean ocultos y que hagan la cosa impropia para los usos convenidos o para los que naturalmente se destinan bienes de esa naturaleza o que disminuyan de tal modo este uso, que de haberlo conocido el adquirente no hubiere hecho la adquisición o hubiese pagado menos precio por la cosa. Dicha responsabilidad existe por el solo hecho objetivo de la presencia del vicio, independientemente de todo presupuesto de culpa del vendedor; esto es, el fundamento de la responsabilidad se reconduce a un hecho de incumplimiento, de no proporcionar al comprador la cosa libre de vicios.¹²

Asimismo, el vendedor es responsable por los vicios ocultos no declarados al comprador o no conocidos por este, si se prueba que el enajenante conocía dichos vicios y no los manifestó al adquirente. Dicha responsabilidad opera aun cuando los vicios ocultos hagan o no idónea la cosa para el uso al que es destinada, o disminuyan o no sensiblemente su valor (art. 2145, CCF); en este caso se sanciona el dolo o la mala fe del vendedor. Es decir, se trata entonces de tres especies de vicios de la cosa: *a)* vicios que la hagan inidónea para el uso a que está destinada, *b)* vicios que disminuyan de un modo apreciable su valor, y

c) cualquier otro vicio no conocido y no declarado al comprador conociéndolo el vendedor.

En el primer caso se trata de vicios en la cosa respecto de la cual el comprador espera legítimamente poder hacer determinado empleo, que se tiene presente y que es conocido también por el vendedor; en el segundo se trata de un vicio que aun cuando no hace inidónea la cosa, disminuye su valor, y de haberlo conocido el comprador habría pagado una cantidad inferior a la pactada; en el tercer caso se trata de cualquier vicio existente que conocía el vendedor y no lo declaró al comprador ni era fácilmente reconocible por este, o incluso que el vendedor declaró que la cosa estaba exenta de dichos vicios.

Exención de responsabilidad por vicios. El enajenante responde por los vicios o defectos ocultos de la cosa, excepto: a) cuando los defectos no son ocultos, sino manifiestos o están a la vista en el momento de la celebración del contrato; b) cuando los vicios son ocultos pero el adquirente es un perito que por razón de su oficio o profesión debe conocerlos fácilmente (art. 2143, CCF); c) cuando las partes expresamente convienen en un precio inferior al corriente o al que corresponde a la cosa, salvo el dolo o mala fe del vendedor; d) en el caso de ventas al consumidor, cuando la reclamación sea extemporánea, el bien haya sido usado en condiciones distintas de las encomendadas o propias de su naturaleza o destino, o cuando el bien ha sufrido un deterioro esencial, irreparable y grave por causas imputables al consumidor.

Acciones del comprador

Conforme al CCF (art. 2144) y al CCo (art. 376), el adquirente tiene los derechos siguientes:

Acción redhibitoria. En las modalidades siguientes: a) rescisión del contrato y pago de los gastos que hubiere hecho cuando el vendedor ignoraba los vicios ocultos, en cuyo caso el vendedor tiene derecho al cobro de una cantidad equivalente a la renta por el tiempo que se usó el bien; b) rescisión del contrato y pago de los gastos que hubiere hecho, más los daños y perjuicios si prueba que el enajenante actuó con dolo o mala fe, en cuyo caso el vendedor tiene derecho al cobro de una cantidad equivalente a la renta por el tiempo que se usó el bien; c) rescisión del contrato, demandando la restitución del precio y el abono de los

gastos del contrato, más los daños y perjuicios en el caso de que la cosa enajenada perezca o cambie de naturaleza como consecuencia de los vicios que tenía y eran conocidos por el enajenante. Conforme a la LFPC, cuando la cosa objeto del contrato tenga defectos o vicios ocultos que la hagan impropia para los usos a que de manera habitual se destinen o que disminuyan su calidad o la posibilidad de su uso, el consumidor tiene el derecho de optar por la rescisión del contrato (art. 82). A diferencia de lo que ocurre en materia civil (art. 2145) y mercantil (art. 376), en las que el perjudicado tiene derecho también a la indemnización de los daños y perjuicios solo cuando opta por la rescisión y a condición de que pruebe que el enajenante conocía los defectos ocultos de la cosa y no los manifestó al adquirente, es decir, que el enajenante actuó de mala fe, el art. 82 de la LFPC otorga el derecho a la indemnización, cualquiera que sea la acción que se ejercite y con independencia de la buena o mala fe del vendedor.

Acción *quantum minoris* o estimatoria. Consiste en demandar que se le rebaje una cantidad proporcionada del precio, a juicio de peritos. El comprador puede demandar la rescisión (resolución) del contrato (redhibitoria) o bien la reducción del precio (*actio quantum minoris* o *estimatoria*). La elección de una u otra acción es en principio irrevocable cuando se demanda judicialmente (principio de fijación de la litis): o se ejercita la acción de resolución o la de reducción; una vez hecha por él la elección del derecho que habrá de ejercitar, no puede usar otro sin el consentimiento del enajenante. No obstante, si el perjudicado optó por la acción de reducción, pero la cosa perezca por causa de los vicios, sin su culpa o negligencia, tendría derecho a pedir la resolución del contrato; por el contrario, si ha pedido la resolución del contrato pero la cosa perezca por caso fortuito, culpa o negligencia del comprador, este solo tendría derecho a la reducción del precio.¹³

Según Francesco Messineo,¹⁴ la tutela del comprador queda limitada por ley a la demanda de reducción del precio en los casos siguientes: a) el perecimiento de la cosa por caso fortuito; b) el perecimiento de la cosa por culpa del comprador; c) la transformación de la cosa. En tales casos desaparece la posibilidad de restitución de la cosa (o de la restitución al estado originario) al vendedor, que debería seguir a la resolución de la compraventa.

Caducidad y prescripción de la acción. El ejercicio de la acción está subordinado a los términos de decadencia y de prescripción. De acuerdo con el CCo (art. 383), cualquiera que sea la acción que vaya a ejercitarse, por causa de

vicios o defectos de la cosa o por falta de cantidad, la acción del comprador queda sujeta a términos de decadencia muy breves, contados a partir de la fecha de recepción de la mercancía: la denuncia de las faltas de calidad o cantidad al vendedor debe hacerse dentro de los cinco días y la denuncia de vicios ocultos dentro de los 30 días; en ambos casos debe reclamarse por escrito o, en su defecto, transcurrido el término se pierde toda acción y derecho a repetir por tales causas contra el vendedor. Véase la tesis siguiente:

COMPRAVENTA MERCANTIL, OPORTUNIDAD EN QUE EL COMPRADOR DEBE DEDUCIR LAS ACCIONES DE QUANTI MINORE Y REDHIBITORIA. Conforme al artículo 383 del Código de Comercio, “El comprador que dentro de los cinco días de recibir las mercancías no reclamare al vendedor, por escrito, las faltas de calidad o cantidad en ellas; o que dentro de treinta días contados desde que las recibió, no le reclamase por causa de vicios internos de las mismas, perderá toda acción y derecho a repetir por tales causas contra el vendedor.” ... La primera es la acción de *quanti minori*, para obtener una reducción del precio, y la segunda es la acción *redhibitoria*, por los vicios ocultos de la cosa; pero el derecho que puede ejercitar el mismo comprador está supeditado a la reclamación que debe formularse dentro de los cinco días de recibir las mercancías, en el primer caso, o dentro de treinta días, en el segundo; de manera que cuando no se formula reclamación alguna dentro de esos términos, la compraventa queda definitivamente consumada, con los derechos que corresponde a cada una de las partes. El citado precepto es aplicable tratándose de una compraventa mercantil, a la cual no se pueden hacer extensivas las soluciones del derecho civil.¹⁵

Dicho precepto 383 hace una distinción entre calidad¹⁶ y vicios internos, de manera que para la primera supone que se trata de defectos que se atribuyen a una mercancía y que son perceptibles a simple vista, ya sea de mala calidad o calidad distinta de la conocida o pactada, mientras que los vicios internos son los ocultos, los que no son perceptibles a simple vista,¹⁷ los que no se manifiestan aparentemente y no se pueden revelar con un simple y rápido reconocimiento; no deben confundirse con la falta de calidad en las mercancías, pues aunque en ambos casos las consecuencias jurídicas sean las mismas, en cuanto a que el comprador puede repetir contra el vendedor, siempre que formule la reclamación en los términos a que se refiere el art. 383 del CCo, la causa determinante de tales consecuencias es diversa. Para reclamar la falta de calidad la ley concede un término brevísimo de cinco días, y para los vicios ocultos el término también breve de 30 días, transcurridos los cuales, si no se ha reclamado por escrito, el vendedor pierde el derecho y la acción para hacerlo. Así se reconoce en la tesis

siguiente:

COMPRAVENTA MERCANTIL, CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE DEVOLUCIÓN DEL PRECIO, EN CASO DE VICIOS DE LA COSA COMPRADA. El artículo 383 del Código de Comercio, establece... Este precepto señala dos casos: el primero, se refiere a las faltas de calidad o cantidad en las mercancías, y entonces debe formularse reclamación por escrito, dentro de cinco días; y el segundo, se refiere a los vicios internos de las mercancías, y la reclamación debe hacerse dentro de treinta días. En ambos casos, la sanción establecida por la falta de reclamación es la pérdida del derecho del comprador, a repetir contra el vendedor; pero el segundo es más amplio que el primero, pues respecto de él sólo se exige reclamación, sin señalarse que debe ser precisamente por escrito, de manera que lo que importa es que el comprador formule dicha reclamación, cualquiera que sea la forma que emplee, y si en el juicio puede probar que la hizo dentro de los treinta días, tiene el derecho a repetir contra el vendedor.¹⁸

En todo caso, se exige que el comprador reclame por escrito a la vendedora tales vicios, dentro de 30 días contados a partir de la fecha de recibo de la mercancía,¹⁹ término lesivo para el comprador que no es comerciante, y aun breve en los casos de que dicho comprador lo sea, pues bajo el presupuesto de la buena fe en los contratos entre comerciantes y dados los avances tecnológicos, en la práctica los comerciantes descubren los vicios internos de la cosa o hacen las reclamaciones después de que han fenecido dichos términos. Por ello, dicho precepto debe ser modificado para conceder términos más amplios al comprador, sin desconocer que en la práctica las partes suelen ampliar dichos términos, en cuyo caso el comprador puede hacer valer sus derechos dentro del término pactado,²⁰ pero al mismo tiempo nos parece que negar cualquier acción o derecho como sería la rescisión del contrato por vicios ocultos o faltas de calidad o cantidad por el hecho de que el comprador no reclame dentro de los plazos señalados, implica reconocer un enriquecimiento ilegítimo del vendedor, máxime que hoy por hoy las compraventas mercantiles no se hacen exclusivamente entre comerciantes y muchos bienes objeto de la compraventa son tan sofisticados o con alta tecnología que es muy difícil encontrar la falta de calidad y vicios internos de la cosa dentro de los plazos de cinco y 30 días de haberla recibido y, por tanto, no puede prevalecer la consideración de que si no se hace reclamación ninguna por esas faltas dentro de los términos establecidos en el art. 383 del CCo, procede aplicar la sanción de prescripción que en contra del comprador consigna el propio precepto y confirma la jurisprudencia; esto es, presumir que la mercadería se recibió completa y, como consecuencia, que el

comprador no pueda repetir o demandar por tales causas al vendedor, ni excepcionarse para dejar de cumplir con la obligación que tiene de pagar lo que adeuda por no haber reclamado dentro de dichos plazos es inequitativo, por lo que resultaría más adecuado establecer un plazo razonable, como lo prevé la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías* a que nos referiremos en el capítulo siguiente.

Incluso, el CCF (art. 2149) establece un término más amplio para el ejercicio de la acción derivada de vicios ocultos, que si bien la sujeta a la observancia de los términos de prescripción, concede seis meses, contados desde la entrega de la cosa enajenada, para hacer la reclamación correspondiente; transcurridos los seis meses, la acción ya no es admisible, puesto que el derecho está prescrito y el sobrevenido conocimiento del vicio queda frustrado.

Cumplimiento forzado, más el pago de daños y perjuicios. Aunque no existe esta acción específicamente para el caso de vicios ocultos, los arts. 1949 del CCF y 376 del CCo conceden a la parte que cumple el contrato el derecho de exigir a la que no lo hace el cumplimiento forzado del contrato o la resolución del mismo, y en ambos casos el pago de daños y perjuicios.

Nulidad del contrato por vicios en el consentimiento. El CCF (arts. 1812, 1813 y 1816) previene la nulidad del contrato que se ha celebrado por vicios en el consentimiento, específicamente por dolo o mala fe de una de las partes. En tal caso, para que proceda la nulidad el comprador debe probar que el vendedor empleó cualquier sugestión o artificio para inducir a error o mantener en él al comprador (dolo), o que disimuló el error en que se encontraba el comprador, una vez conocido (mala fe). Esto es, el comprador tendrá que probar que el vendedor tenía conocimiento de los vicios o defectos ocultos de la cosa y que indujo, mantuvo o disimuló en error al comprador respecto dichos vicios.

Saneamiento para el caso de evicción. El vendedor tiene obligación de garantizar el uso y la disposición pacífica del bien al comprador y debe responder del saneamiento para el caso de evicción (*evincere est aliquid vincendo auferre*), es decir, la asunción de la responsabilidad por el vendedor frente al comprador para el caso de que este se vea privado total o parcialmente del bien en virtud de una sentencia firme emitida a favor de un tercero por un derecho adquirido por este anterior a la compraventa. No se trata de una obligación por incumplimiento, porque esta no deriva de la inejecución del

contrato, sino de la negociación misma; como señala Barbero,²¹ el germen patógeno es coetáneo a la negociación y al hecho de que el objeto de la negociación no pertenece al vendedor (o no le pertenece por lo menos en la medida en que lo ha negociado), es decir, no se trata de una cuestión meramente de incumplimiento del contrato, sino de no haber negociado de manera legítima.

El art. 2270 del CCF señala que la venta de cosa ajena es nula y el vendedor es responsable de los daños y perjuicios si procede con dolo o mala fe, por lo que debe tenerse en cuenta lo que se dispone en el título relativo al Registro Público de la Propiedad para los adquirentes de buena fe. A su vez, el art. 2271 señala que el contrato quedará revalidado si antes de que tenga lugar la evicción adquiere el vendedor, por cualquier título legítimo, la propiedad de la cosa vendida, lo que significa que la venta de cosa ajena es válida entre las partes. Asimismo, si dicho vendedor de cosa ajena no adquiere la propiedad, debe responder del saneamiento para el caso de evicción según lo previene el art. 2270 del mismo ordenamiento. Por tanto, sí es válida la venta, ya que de lo contrario no se establecería dicha obligación del vendedor, pues no existiría dicha parte denominada *vendedor*, y si la venta fuera nula únicamente habría obligación para las partes de devolverse las prestaciones recibidas de modo recíproco conforme lo estatuye el mismo código. Sin embargo, los arts. 2126 y 2127 imponen otras obligaciones, a cargo del vendedor de cosa ajena, a la de devolver las prestaciones recibidas.

En efecto, el art. 2120 del CCF previene que todo enajenante está obligado a responder de la evicción, aunque nada se haya expresado en el contrato. Sin embargo, pese a la obligación del vendedor de cosa ajena de responder del saneamiento, el comprador no puede por sí y ante sí considerar que la cosa es ajena, exigir el pago de las prestaciones señaladas por la ley a su favor, ni dejar sin efecto la venta. Debe esperar el comprador a que efectivamente se produzca la evicción, mediante sentencia firme que lo prive de todo o de parte de la cosa (art. 2119), y es hasta entonces cuando se hace exigible el saneamiento para el caso de evicción, obligación que deriva de un contrato al que se tiene como válido y no como nulo, ya que la misma no consiste solo en la devolución del precio, sino en el pago de otras prestaciones adicionales.

En todo caso, es hasta la sentencia firme cuando podría decirse que hay venta de cosa ajena, mediante su declaración de nulidad (art. 2119, CCF), pero en tal caso existe obligación del vendedor de responder del saneamiento, como una

obligación derivada de una compraventa y, por tanto, de un contrato válido, ya que si fuera nula tal venta la única consecuencia que traería la sentencia de evicción sería solo la devolución del precio y, si acaso, de sus intereses. Los efectos de la venta de cosa ajena serán diferentes según la buena o mala fe de una o ambas partes, pero dicha venta es válida entre las mismas, pues aun cuando la ley prevé la posibilidad de que el comprador asuma el riesgo de la evicción y se someta a sus consecuencias (exención de la devolución del precio al vendedor), ello se contrapone a las consecuencias de la nulidad.

El CCF señala categóricamente en su art. 2322 (dentro del capítulo de compraventa) que la venta de bienes raíces no producirá efectos contra tercero, sino después de registrada en los términos prescritos en ese código. Dicha exigencia y efectos del CCF se explican por la misma exposición de motivos, que previene: “Tratándose de bienes inmuebles inscritos en el registro y cuando la venta es al contado, se permitió que sean vendidos por simple endoso del certificado de propiedad, que el registrador tiene obligación de extender al vendedor, a cuyo nombre están inscritos los bienes, pero se adoptaron algunas precauciones para evitar que en esa forma facilísima de vender los inmuebles, diera origen a fraudes en contra de tercero o del fisco.”

Por todo lo anterior, si bien la venta de cosa ajena realizada es válida entre comprador y vendedor,²² con independencia de que no se haya otorgado en documento auténtico (escritura pública) ni se le hubiera dado publicidad por medio de su registro u otra forma prevista por la ley, la misma no surte efectos para terceros por existir norma expresa, sin perjuicio de que el comprador puede hacer efectivo el saneamiento, la exigencia del pago de los daños y perjuicios, reclamo de mejoras, devolución de precio, gastos, etc., a que se refiere el CCF, hasta que se haya dictado sentencia firme que lo prive de todo o parte del bien inmueble objeto de la compraventa por la declaración de nulidad de la misma o cuando haya sido llamado a juicio.

En efecto, no se desconoce la existencia de prolija jurisprudencia respecto de que los efectos del registro son meramente declarativos,²³ pero dicha inscripción en todo caso es en relación con la preferencia establecida para los créditos de terceros o respecto de los adquirentes de buena fe y nada tiene que ver con los efectos mismos de la venta de cosa ajena, porque para ellos el ya citado artículo califica de nula dicha venta; es decir, el acto jurídico que le da origen frente a terceros está afectado de nulidad por disposición de ley, pero es válido entre las

partes y por ello el vendedor debe responder del saneamiento para el caso de evicción. Es importante tomar en cuenta lo resuelto por un tribunal colegiado de la Ciudad de México en relación con el CCF, bajo la voz: “COMPRAVENTA, NULIDAD DE LA. CUANDO NO ES SOLICITADA POR ALGUNA DE LAS PARTES CONTRATANTES SINO POR UN TERCERO, NO PROCEDE LA RESTITUCIÓN RECÍPROCA DE LAS PRESTACIONES A QUE ALUDE EL ARTÍCULO 2239 DEL CÓDIGO CIVIL.”²⁴

La responsabilidad por evicción puede ser regulada por las partes (art. 2121, CCF), salvo la proveniente de dolo (art. 2122, CCF). En el caso de exoneración del vendedor para responder por el saneamiento para el caso de evicción, llegado que este sea, dicho vendedor solo está obligado a devolver el precio de la cosa, el recibido efectivamente o a elección del comprador el precio que la cosa tenga al tiempo de la evicción, según que el vendedor hubiera procedido de buena o mala fe (arts. 2113, 2116 y 2117, CCF). Es decir, la exoneración de responsabilidad no es radical: la responsabilidad por evicción importa la restitución del precio pagado, porque la exclusión solo opera en el sentido de moderar la responsabilidad, es decir, de exonerar al vendedor de los otros coeficientes del resarcimiento que previene la ley.²⁵ Únicamente en la venta convenida a riesgo y peligro del comprador, o sea la venta aleatoria, el vendedor está exento de toda y cualquier garantía. En materia mercantil no es frecuente el caso de evicción cuando se trata de bienes muebles, de materia prima o insumos para la producción, no solo porque la posesión de estos presume su propiedad, sino porque son géneros que no siempre es fácil individualizar para efectos de demostrar su propiedad y porque en otros casos las mercancías son inmediatamente transformadas.

Obligaciones del comprador

Pagar el precio. Pagar el precio constituye la obligación principal del comprador que debe cumplir en el plazo y los términos pactados por las partes; a falta de pacto, el comprador debe pagar el precio de contado, esto es, contra la entrega de las mercancías²⁶ o de los documentos representativos de estas (art. 380, CCo). El precio debe pagarse al vendedor o a la persona designada por este; en las compraventas contra documentos o de expedición, según se verá al analizar el crédito documentario, generalmente el precio se paga por medio de una institución bancaria (al vendedor o a otro banco designado por el vendedor),

y contra entrega de los documentos representativos de las mercancías más los pactados, o mediante transferencia.

En el caso de pago mediante crédito documentario, el vendedor debe obtener el pago del banco y no puede dirigirse al comprador sino después de la negativa opuesta por el banco. El CCF señala que el comprador debe pagar un precio cierto y en dinero, lo que no pugna con el precio fijado en Udis o en moneda extranjera, pero es importante que dicho precio sea razonable, que no sea simulado, ficticio ni irrisorio, como señala la tesis “CONTRATO DE COMPRAVENTA. OBLIGACIÓN DE PAGAR UN PRECIO CIERTO Y EN DINERO”.²⁷

Mora en el pago. En materia mercantil, la mora en el pago del precio obliga al comprador al pago de intereses al tipo legal (art. 380 *in fine*, CCo), el cual, según se ha asentado, debe ser de 9% anual (y no de 6%, como suponen diversas tesis aisladas, por supletoriedad del CCF), a partir de la fecha en que comienza a surtir efectos el incumplimiento, es decir, al día siguiente del plazo, en el caso de obligaciones con plazo, o del día en que se haya interpelado al deudor (art. 85, fracc. II, CCo), salvo que el vendedor acepte lisa y llanamente el pago fuera del término establecido, en cuyo caso desaparece la mora que pudiera haber habido. Véase la tesis: “COMPRAVENTA MERCANTIL. MORA COMO CAUSA DE RESCISIÓN DE LA. DEBE SER ANTERIOR Y NO POSTERIOR A LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA.”²⁸

Recibir la cosa. Es obligación del comprador recibir la cosa objeto del contrato en el lugar, plazo y demás condiciones previstas en el contrato; se trata de una obligación de liberar al vendedor de la carga de la custodia de la cosa, así como de asumir los riesgos de la misma y los gastos de su recibo o extracción fuera del lugar de la entrega; el comprador asume los riesgos de la cosa a partir del momento en que el vendedor hace entrega real, jurídica o virtual de la misma (art. 377, CCo). Mientras ello no ocurra, aun cuando ya no sea propietario el vendedor, este sufre los riesgos de la cosa. Siendo obligación del comprador la recepción de la cosa, la mora en recibirla faculta al vendedor para hacerla depositar por cuenta y riesgo del comprador (art. 387, CCo), y para recibir lo que en su caso hubiere erogado por el depósito, sin obligación de responder de la conservación de cosa, salvo por culpa grave o dolo (art. 2292, CCF).

Rescisión del contrato. Conforme al art. 376 del CCo, en las ventas 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; de suerte que en las ventas mercantiles a plazo o al fiado, a diferencia de las ventas civiles de este tipo, en las que el comprador solo puede quedar obligado al pago de una renta por el uso de la cosa y la indemnización fijada por peritos (art. 2311, CCF),²⁹ no quedan limitadas las obligaciones del comprador. Así lo establece la tesis “COMPRAVENTA, RESCISIÓN DE UN CONTRATO MERCANTIL DE. LA LEY CIVIL NO ES SUPLETORIA DEL CÓDIGO DE COMERCIO”.³⁰ Por otra parte, el CCo señala en su art. 385 que las ventas mercantiles no se rescindirán por causa de lesión, pero ya se dijo en otro apartado que dicho precepto es inútil porque en las ventas civiles la lesión tampoco es causa de rescisión, como sí es, en cambio, causa de nulidad en materias mercantil y civil.

El art. 385 del CCo no excluye la nulidad del contrato por lesión y, por tanto, surte la aplicación del art. 81 de ese ordenamiento, el cual señala que las causas que invalidan los contratos civiles también invalidan los mercantiles, pues la restricción del art. 385 citado es solo para la rescisión del contrato, no así para su nulidad. Que el CCo señale que la lesión no es causa de rescisión en los contratos mercantiles es un argumento más bien histórico y sin sentido; incluso en el evento de que suponga de manera errónea que la compraventa se hace entre peritos en materia comercial que no pueden verse engañados ni encontrarse en extrema miseria o notoria necesidad, dicho argumento no estaría vigente al tomar en consideración que las compraventas son mercantiles no solo por los sujetos (comerciantes), sino también por el objeto, y que en este caso las partes no necesariamente son peritos en comercio. Por lo demás, el CCF, en el art. 2228, indica que la lesión produce la nulidad relativa del contrato, e incluso el art. 2230 establece que se trata de un vicio del consentimiento cuya nulidad puede invocar el perjudicado o incapaz, de manera que siendo la lesión una causa de nulidad en materia civil, lo es también en las compraventas mercantiles.

Cumplimiento forzado. El CCo, en su art. 376, concede al vendedor que cumple con la entrega de la cosa el derecho a exigir del comprador el cumplimiento forzado del contrato más el pago de los daños y perjuicios. Solo la parte que ha satisfecho la obligación a su cargo puede demandar a la otra el cumplimiento o la rescisión. Dicha exigencia de estar al corriente en sus obligaciones por la parte que pretenda demandar a la otra por el cumplimiento del contrato es coincidente con la cláusula resolutoria tácita contenida en el art. 1949 del CCF, en el sentido de que “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.”³¹

Modalidades de la compraventa

Compraventa a la vista. Se trata de la compraventa a vistas o a la vista que se perfecciona hasta que se tiene a la vista la mercancía. En tanto esto no ocurre, no hay compraventa. El art. 2259 del CCF señala que si la venta se hizo solo a la vista y por acervo, aun cuando sea de cosas que se suelen contar, pesar o medir, se entenderá realizada luego que los contratantes se avengan en el precio, y el comprador no podrá pedir la rescisión del contrato alegando no haber encontrado en el acervo la cantidad, peso o medida que él calculaba, salvo que el vendedor presentare el acervo como de especie homogénea y ocultare en él especies de inferior clase y calidad de las que están a la vista (art. 2260, CCF); incluso también cuando aparenta una cantidad superior, como ocurría con los vendedores callejeros de nueces o fresas (en bolsas) en algunas partes de México.

Compraventa sobre muestras o calidades. Dada la celeridad del comercio, es práctica extendida entre los comerciantes celebrar operaciones de compraventa sobre géneros, bienes perfectamente conocidos, teniendo tan solo a la vista una muestra, la cual en ocasiones suele ser una porción de la mercadería misma que se entrega al comprador (muestra en sentido estricto); en otras, una porción de la mercadería exhibida en el establecimiento del vendedor, y en otras más solo mediante folletos impresos, fotografías o páginas web. El CCo reconoce en el art. 373 las compraventas sobre muestras y calidades: las primeras son aquellas en las cuales se identifica el bien que se enajena por la muestra de la misma, y la segunda, por su descripción, características o calidades conocidas en el comercio, en cuyo caso se tienen por perfeccionadas por el solo consentimiento de las partes.

Sin embargo, la circunstancia de que el contrato haya quedado perfeccionado no quiere decir que desde ese instante se hayan transmitido al comprador la propiedad de la cosa vendida y los riesgos de la misma, pues para que tales ventas en género produzcan sus efectos y transfieran el dominio de la cosa vendida se requiere que se realice la separación o individualización del objeto mediante las operaciones de pesar, numerar o medir, ejecutadas bilateralmente,

es decir, con intervención de las dos partes y seguidas de la entrega (*traditio*) al comprador, ya sea jurídica, real o virtual.

En caso de desavenencia entre los contratantes, la ley exige que sean dos comerciantes, peritos en comercio, nombrados uno por cada parte, y un tercero para el caso de discordia nombrado por estos, quienes resolverán sobre la conformidad o inconformidad de las mercancías con las muestras o calidades que sirvieron de base al contrato. Si el comprador sobre muestras no cumple con la última parte del art. 373 del CCo, esta omisión no significa que pierda el derecho de reclamar al vendedor respecto del tipo de la muestra que sirvió de base para la operación de compraventa, sino que esta negligencia solo se traduce para el comprador en que la carga de la prueba para demostrar la discrepancia entre la mercancía recibida y el tipo de muestra aceptada le será más rigurosa y estricta.³²

Compraventa con expedición o indirecta. Compraventa conforme a la cual las mercancías deben ser transportadas a otro lugar para verificar la entrega; así, los Incoterms de la letra “F” (FCA, FAS, FOB) son compraventas con expedición, ya que el vendedor cumple con la obligación de entrega de la mercancía poniéndola a disposición del medio de transporte escogido por el comprador; también los Incoterms de la letra “C” (CFR, CIF, CPT, CIP) son con expedición, pero en este caso el vendedor es quien debe contratar el transporte, sin correr con el riesgo de pérdida o daño de las mercancías o costes adicionales debidos a hechos acaecidos después de la carga y despacho de estas.

Compraventa contra documentos. Se trata de compraventas mercantiles en las cuales el vendedor cumple con su obligación de entrega de las mercancías al proporcionar documentos representativos de las mismas (conocimiento de embarque, certificado de depósito), así como los pactados o usuales en el comercio o tráfico de que se trate (por ejemplo, póliza de seguro, certificado de origen, certificado de calidad, certificado fitosanitario, etc.). Son muy utilizadas cuando el pago se realiza mediante crédito documentario; entre ellas destacan las llamadas *compraventas marítimas*, reguladas en México por la LNCM.

Clases de compraventas

Compraventa marítima. Esta es una compraventa con expedición en la que al

menos un tramo del transporte se realiza por vía marítima, como lo señala la vigente *Ley de Navegación y Comercio Marítimos* (LNCM). La LNCM de 21 de noviembre de 1963 (derogada por la ahora también derogada *Ley de Navegación* que se publicó el 4 de enero de 1994)³³ contenía en el título tercero, “De los contratos”, un capítulo III, “De las modalidades marítimas de la compraventa”, el cual se refería expresamente a las compraventas marítimas, y en el art. 210 las calificaba de *compraventas sobre documentos*, en las que el vendedor cumplía su obligación de entrega de la cosa, remitiendo al comprador, en la forma pactada o usual, los títulos representativos de ella y los demás documentos indicados en el contrato o establecidos por los usos y la obligación del comprador de pagar el precio contra la entrega de dichos documentos (art. 211).

La derogada LNCM de 21 de noviembre de 1963 se refería en forma expresa a las compraventas libre a bordo (LAB o FOB), al costado del buque (CB o FAS) y costo seguro flete (CIF, CSF o CAF), de manera similar a la regulación prevista de estas modalidades en los Incoterms.

La *Ley de Navegación* anterior a la vigente, aunque contenía un apartado especial para el comercio marítimo, fue omisa por alguna razón, incomprensible para nosotros, en regular estas compraventas. Solo se refería al transporte, al fletamento y a la hipoteca; sin embargo, esas ventas contra documentos y otras no mencionadas en la derogada ley existían y se practicaban en México, en los ámbitos nacional e internacional. Su fundamento lo era tanto la libre contratación, reconocida en la Constitución mexicana, el CCo y el CCF, como la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías* (CNUCCIM), ratificada por México, y sobre todo la costumbre y los usos comerciales domésticos e internacionales, a los que se hace mención enseguida y que se han plasmado en un conjunto de reglas internacionalmente destinadas a facilitar la interpretación de los términos comerciales comúnmente utilizados, denominados *Incoterms* o *términos de comercio internacional*, a que nos referiremos en el capítulo siguiente.

La actual LNCM regula los modos de adquirir la propiedad de embarcaciones (art. 80, contrato de construcción, dejación, buena presa, derecho de angaria, requisa y abandono a favor de la nación), los privilegios, la hipoteca marítima y los contratos de utilización de embarcaciones (art. 111, arrendamiento a casco desnudo, fletamento por tiempo, fletamento por viaje, transporte marítimo de mercancías, transporte marítimo de pasajeros, remolque transporte, y cualquier

otro contrato de naturaleza marítima en virtud del cual se utilice una embarcación o un determinado espacio de esta); aunque no regula las compraventas marítimas, sí las reconoce y hace suyos los Incoterms.

Nuestra LNCM considera modalidades marítimas del contrato de compraventa internacional aquellas en que al menos un tramo del transporte se realice por vía marítima, reconoce la aplicación de los tratados internacionales en los que México sea parte y previene en su art. 255 que toda compraventa marítima estará regida por la CNUCCIM, por la *Convención sobre la Prescripción en Materia de Compraventa Internacional de Mercaderías*, por la *Convención sobre Representación en la Compraventa Internacional de Mercancías*, y de modo supletorio por el CCo y el CFF. De la misma manera, señala que cuando las partes se refieran en los contratos de compraventa marítima a los Incoterms, se entenderá que el contrato celebrado corresponde a alguna de las modalidades marítimas según sea el caso, tal y como se conozcan en su edición vigente al momento de la celebración del contrato, salvo que parte del contenido obligacional del mismo se hubiere modificado mediante convenio por correspondencia de cualquier medio de transmisión de datos cruzada entre las partes, en cuyo caso se entenderá que la compraventa marítima fue modificada en los términos de la referida correspondencia (art. 256, LNCM).

Compraventa de acciones. El contrato de compraventa de acciones es aquel por el cual una de las partes se obliga a transferir a la otra la propiedad de una o varias acciones emitidas por una o varias sociedades anónimas, y por tanto, a transmitir el carácter de socio y todos los derechos inherentes y derivados de su titularidad, así como, en su caso, los títulos representativos de tales acciones.³⁴ El objeto del contrato lo constituyen las acciones emitidas por sociedades anónimas, ya sea de las que se cotizan en las bolsas de valores o no; en el primer caso se alude a operaciones o contratos de compraventa bursátiles. Los motivos por los cuales se celebran estos actos jurídicos pueden ser variados, lo que dependerá de si se trata de acciones fuera de o dentro de bolsa; las realizadas sobre acciones que se cotizan en las bolsas de valores se denominan *compraventas bursátiles*, y tanto unas como otras pueden estar sujetas a diversas restricciones.

Restricciones a la venta de acciones. La libre transmisión de acciones o su circulación fue un principio de las acciones en la ley mexicana hasta antes de la reforma del 13 de junio de 2014, pues se consideraba como única limitación al

mismo lo dispuesto por el art. 130 de la LGSM, que establece: “En el contrato social podrá pactarse que la transmisión de las acciones sólo se haga con la autorización del consejo de administración. El consejo podrá negar la autorización designando un comprador de las acciones al precio corriente en el mercado”; en el art. 91, fracc. VII, del mismo ordenamiento se permite establecer en los estatutos sociales restricciones, de cualquier naturaleza, a la transmisión de propiedad o derechos de las acciones, medida que ya era reclamada por la práctica mexicana, en la que se venían incluyendo restricciones como las de la previa aprobación de la asamblea general de accionistas, la concesión a los accionistas del derecho del tanto para adquirir las acciones objeto de enajenación de otro accionista; o en fin, por estatutos se impedía que los herederos o legatarios del accionista adquirieran el estatus de socio y en su lugar se les imponía un comprador o se amortizaban sus acciones, todo ello sin tomar en cuenta la exposición de motivos de la LGSM, que de manera categórica señalaba que la sujeción estatutaria a la aprobación previa del Consejo de Administración para la venta de acciones era prácticamente la única y excepcional limitante a la libre circulación de las acciones. Sin embargo, la libre negociabilidad de las acciones, salvo de las sociedades cotizadas, ha dejado de ser un principio de las sociedades anónimas cerradas y abiertas (no cotizadas) y se ha convertido en la excepción, lo que se explica porque la gran mayoría de las sociedades anónimas en México es cerrada o familiar; por tanto, es válida la celebración de cualquier contrato de compraventa de acciones, salvadas las limitaciones impuestas al amparo del art. 91, fracc. VII, de la LGSM; de las pactadas por los socios conforme a los contratos de sindicación de acciones, o las normas imperativas y prohibitivas de la LGSM y otras leyes.

En el evento de que existan cláusulas restrictivas, la violación de las mismas tiene resultados diversos según se trate de cláusula *de opción* (o tanteo) o *de consentimiento*. La doctrina sugiere que en el primer caso la enajenación no surte efectos cuando dicha cláusula no consta en los estatutos; la violación del pacto parasocial en principio no repercute en la sociedad, pero la enajenación es válida y el nuevo socio está legitimado para exigir su cumplimiento forzoso al enajenante, sin perjuicio del derecho de los demás accionistas para exigir del accionista el pago de daños y perjuicios. En el segundo caso, la violación de cláusulas de consentimiento, es decir, de las cláusulas estatutarias que restrinjan la libre circulación de acciones, la venta es válida entre vendedor y comprador, pero ineficaz ante la sociedad, por lo que el adquirente no puede hacer uso de los

derechos de accionista; estamos frente a una parálisis del derecho al voto por la falta de inscripción de la operación en el libro de accionistas, lo que subordina al adquirente a que sus derechos los ejerce su enajenante.

A decir de Alberto Asquini, la violación de tales cláusulas implica la falta de *a)* una *conditio juris* para la eficacia de la transmisión, o *b)* la falta de un elemento constitutivo de la transmisión. Para Messineo, ante la violación de la cláusula de consentimiento, se da la propiedad relativa de las acciones por cuanto que el adquirente tiene atribuida la titularidad de un derecho que no es real, pues no puede hacerlo valer frente a terceros ni frente a la sociedad. En cambio, si se trata de la venta de una parte de la acción de la que varias personas son copropietarias (art. 122, LGSM), aunque no exista restricción a la libre transmisión, por disposición del art. 974 del CCF la venta que se haga sin conceder el derecho del tanto al copropietario no surte efecto legal alguno.

Formalidades de la compraventa de acciones. Además de los elementos de existencia y validez de la compraventa de bienes muebles, como lo son las acciones, por ser estas precisamente valores, se exigen otros requisitos para su validez y eficacia. Conforme a los arts. 111, 125, 126, 128 y 129 de la LGSM, así como el 24 de la LGTOC, además del acuerdo entre las partes sobre las acciones objeto de la compraventa, es necesario que se obtenga la autorización del consejo, de la asamblea o de los socios en todos los casos en que los estatutos sociales o los pactos parasociales así lo exijan; asimismo, si se han expedido los títulos de las acciones, estos deberán endosarse a nombre del comprador y entregarse, pero sobre todo debe inscribirse al adquirente como nuevo accionista en el Libro de Registro de Acciones; la falta de dicha inscripción significa la posibilidad de que la sociedad no reconozca como accionista al comprador. Asimismo, si la transmisión se hace por medio diverso del endoso, debe anotarse en el título de la acción y cumplirse con las formalidades del acto negocio jurídico de que se trate (art. 131, LGSM).

Sin embargo, cuando el objeto de la compraventa son acciones cotizadas en la bolsa de valores, aunque dichas acciones han sido consideradas títulos de crédito incompletos, que incorporan los derechos y la calidad de socio y que los arts. 111, 124 y 128 de la LGSM y 17, 23 y 24 de la LGTOC exigen, para acreditar y transmitir el carácter de accionista, la exhibición de los títulos accionarios en donde conste el tenedor como titular de los mismos (ya sea como el tenedor original o endosatario), las transmisiones de dichas acciones cotizadas no se

hacen de la forma prevista por la LGTC ni la LGSM, sino virtualmente con asientos en cuenta, por medio de la llamada *transferencia sin movimiento*, mediante anotaciones contables sin modificar la posesión directa de los títulos, como ya lo admitía la anterior LMV en sus arts. 57, 58, 60, 67, 74, 76 y 78, y lo hace la actual LMV en sus arts. 280, fracc. III, 283 y 296.

Compraventa de control accionario de sociedades no cotizadas

Se trata de la venta de un paquete accionario que asegura el control de las decisiones de la sociedad, de la designación de los administradores y de las operaciones sociales, por lo que no es solamente la venta de un número mayoritario de acciones, sino de las que permitan el control de la sociedad, de modo que está en juego “un plus valor que tiene que ver con el control social que otorga ese paquete”;³⁵ así, resulta de suma importancia el tratamiento que pueda darse a una compraventa de acciones respecto de una compraventa de acciones de control, por un lado, porque es distinta la causa o el fin perseguido por el comprador de acciones que el del comprador de un paquete accionario (de control); por el otro, porque si bien cuando se enajena un paquete accionario se supone o presume que el vendedor tiene pleno conocimiento de los activos y pasivos de la sociedad emisora, no menos cierto es que resulta difícil intentar la resolución del contrato o la exigencia de acciones estimatoria o de indemnización de daños y perjuicios cuando los balances o el monto de dichos activos o pasivos son sustancialmente distintos de lo declarado por el accionista enajenante, ya que este lo que vende son acciones y no la sociedad ni sus activos o su patrimonio, por mucho que se pretenda sostener que lo que realmente buscaba el comprador era la empresa o los bienes de la sociedad, dado que todavía no existe un reconocimiento legal de esta circunstancia que obligue al vendedor del control por dichas discrepancias, pues la emisora es un ente jurídico distinto del accionista y ajeno a la compraventa.

Por ello, en la práctica se deben pactar expresa y claramente diversas cláusulas que garanticen al comprador la responsabilidad e indemnización por parte del vendedor, quien tiene un deber de cuidado en la sociedad y, por tanto, un conocimiento pleno (o tiene la obligación o el derecho de tenerlo) de la situación financiera, contable, jurídica, etc., del ente social; en la práctica, han buscado remedios para resolver el conflicto que puede generarse con la venta del paquete

de control cuando resulta la diferencia de activos o pasivos de la emisora que no fueron declarados o que fueron ocultados por el vendedor, pues como ha sostenido Ascarelli,³⁶ no se podría alegar dolo del vendedor ni error sustancial, porque el objeto de la compraventa no fueron ni el patrimonio, ni los activos, ni el capital de la sociedad, sino solo las acciones.

Entre ellos encontramos: *a)* la cláusula de cambios o efectos adversos relevantes (*Material Adverse Changes* o *Effects Clauses*, MAC), a la que nos referimos en el capítulo 3, “Formación del contrato mercantil”; *b)* la cláusula de exclusión de garantía de consistencia patrimonial, que exonera de forma expresa al vendedor de los pasivos, obligaciones, contingencias o disminuciones del activo que resulten, aparezcan o se exijan después de celebrado el contrato; *c)* la cláusula del carácter esencial del balance, conforme a la cual el comprador tiene derecho a resolver el contrato o exigir la disminución del precio, en caso de que el balance no sea el correcto o haya ocultado pasivos sociales; *d)* la cláusula de cumplimiento de lo efectivamente convenido, que implica la asunción por parte del vendedor de la obligación de pagar todos los pasivos anteriores a la fecha del contrato, conocidos, no los que sean reclamados después de la fecha de celebración o de cierre del contrato, incluyendo los pasivos ocultos (los no auditados ni conocidos), los pasivos dolosa o culposamente ocultos y las contingencias.

Compraventas bursátiles

La LMV se refiere a las ventas de valores con el público en general, ya sea del mercado primario o del secundario. En aquel los fondos obtenidos por su enajenación a terceros (suscripción) llegan a los emisores de valores primarios (a la propia sociedad) mediante las colocaciones o ventas de títulos que dichas sociedades realizan. El segundo es el mercado de reventa, tanto de títulos primarios como de secundarios, en el que los fondos ya no ingresan a la sociedad sino a los accionistas, titulares de las acciones. La compraventa de acciones es un contrato típicamente mercantil por el objeto: cosas mercantiles (conforme lo determina también el art. 1º de la LGTOC). Se trata de un negocio jurídico por virtud del cual el accionista, legítimo titular de las acciones, por medio de un intermediario bursátil (casa de bolsa) se obliga a transmitir la titularidad de acciones que se cotizan en bolsas de valores al comprador, en el mercado de

valores, por conducto de otro intermediario bursátil, quien, a su vez, se obliga a pagar por ella un precio cierto y en dinero autorizado conforme a las reglas de la bolsa. Estas compraventas son denominadas por el Reglamento Interior de la Bolsa Mexicana de Valores³⁷ como *operaciones* de compraventa, cuyo objeto son valores listados o, en su caso, cupones, concertadas en el Sistema Electrónico de Negociación.

Oferta pública de adquisición (OPA). Conforme al art. 95 de la LMV, las ofertas públicas de adquisición de acciones (OPA) pueden ser voluntarias o forzosas:

- a) *Voluntarias*, con un plazo mínimo de 20 días hábiles, la asignación de la oferta será a prorrata, sin importar el momento de la aceptación dentro del plazo de la oferta, y esta y sus características podrán modificarse en cualquier momento anterior a su conclusión, siempre que impliquen un trato más favorable para los destinatarios de la misma o así se establezca en el folleto correspondiente; el oferente y, en su caso, quienes formen parte del grupo de personas o empresarial al que pertenezca, no podrán, directa o indirectamente, celebrar operaciones con los valores objeto de la oferta, fuera de esta, desde el momento en que hayan acordado o decidido llevarla a cabo y hasta su conclusión, y
- b) *Forzosas*,³⁸ las ofertas realizadas por la persona o grupo de personas que pretendan adquirir o alcanzar por cualquier medio, directa o indirectamente, la titularidad de 30% o más de las acciones ordinarias de una sociedad anónima, inscritas en el Registro, dentro o fuera de alguna bolsa de valores, mediante una o varias operaciones de cualquier naturaleza, simultáneas o sucesivas, o por un porcentaje menor cuando así se justifique, tomando en consideración los derechos de todos los accionistas y en especial el de los minoritarios, y siempre que la solicitud de autorización se acompañe del acta en que conste la aprobación del consejo de administración de la sociedad, previa opinión favorable del comité que desempeñe funciones en materia de prácticas societarias; dicha oferta se debe hacer extensiva a las distintas clases de acciones de la sociedad, incluso aquellas de voto limitado, restringido o sin derecho a voto. La contraprestación ofrecida deberá ser la misma, con independencia de la clase o tipo de acción; la oferta debe realizarse por el porcentaje del capital social de la sociedad equivalente a la proporción de acciones ordinarias que se pretenda adquirir en relación con el total de estas, o por 10% ciento de dicho capital, lo que

resulte mayor, siempre que el oferente limite su tenencia final con motivo de la oferta a un porcentaje que no implique obtener el control de la sociedad, o por 100% del capital social cuando el oferente pretenda obtener el control de la sociedad. Asimismo, la oferta señalará el número máximo de acciones a las que se extiende y, en su caso, el número mínimo a cuya adquisición se condicione. La LMV previene que la sociedad anónima y las personas morales que esta controle, así como los miembros del consejo de administración y directivos relevantes, deben abstenerse de realizar actos u operaciones en perjuicio de la sociedad que tengan por objeto obstaculizar el desarrollo de la oferta, desde el momento en que sea de su conocimiento y hasta la conclusión del periodo de la misma.

Adquisición de control en bolsa

La transmisión y adquisición de acciones, tanto plena como parcial, obedece a los más variados propósitos, desde una simple inversión hasta la obtención del control de la sociedad. Uno y otro se obtienen de manera más eficaz por medio de compras o adquisiciones en la bolsa de valores, en donde es factible obtener el control de sociedades mediante una oferta pública de adquisición (OPA), una o sucesivas propuestas de compra que den como resultado la tenencia o la titularidad de un porcentaje considerable de las acciones de la sociedad objetivo, a través de compras silenciosas de largo tiempo (*Remassage*) o de incursiones amistosas u hostiles que realiza una persona o un grupo de personas (*Raiders*) para adquirir el control de una sociedad blanco del ataque (*Target*) mediante la adquisición de algunas o todas sus acciones con derecho de voto que se encuentran en bolsa (*take over offer, tender offer*); sin embargo, la adquisición en bolsa no es tan sorpresiva porque existen regulaciones en los estados que exigen a quienes realizan OPA expresar las causas de su adquisición, e incluso alcanzado cierto porcentaje quedan obligados a realizar una oferta por la totalidad de las acciones.

El interés del oferente por adquirir las acciones se caracteriza por el intento de obtener la cantidad suficiente que le permita lograr el control de la sociedad, decidir en el consejo y en la asamblea, tener la titularidad de las acciones suficientes para reformar los estatutos, o cuando menos asegurarse un paquete de minoría. Desde luego que tales enajenaciones en bolsa solo proceden respecto de acciones que se inscriben en el Registro Nacional de Intermediarios y Valores,

previo cumplimiento de diversos requisitos, y dichas operaciones deben realizarse por intermediarios bursátiles; en cuanto a las sociedades que no cotizan sus acciones en bolsa, suele acudir a figuras como la compraventa o la sindicación de acciones, fideicomisos, mandatos de voto, usufructo, prenda o reporto, para obtener el control del voto y determinar la administración de la sociedad.

Las transmisiones de acciones de sociedades cerradas e incluso abiertas no cotizadas suelen realizarse con terceros previo consentimiento, autorización o promoción del grupo de control de la sociedad, en tanto que la transmisión que no representa ningún cambio en el mismo se realiza por lo general entre los propios accionistas con autorización de los accionistas o la asamblea. La primera envuelve una adquisición de activos o de empresa, es decir, un cambio sustancial en quienes detentan el control y las políticas de la sociedad, al igual que las tomas de control³⁹ en la bolsa de valores, solo que estas pueden ser amistosas, hostiles,⁴⁰ llamadas también *abrazo de oso* por la presión que ejerce el posible oferente sobre la sociedad al comunicarle su intención de compra de acciones, entre otras, en tanto que en las sociedades no cotizadas son previamente consensadas con el grupo mayoritario o de decisión, incluso con mayor rigor cuando se trata de un grado último de control: un solo accionista como titular mayoritario que no rinde cuentas a nadie, el propio administrador o quien designa a los administradores y, por tanto, autoriza o reprime la enajenación de acciones o promueve la venta de la empresa de la sociedad y, con ello, la venta total de las acciones. Incluso con las reformas a la LGSM de 2014 es factible prever en los estatutos varias cláusulas que establezcan la obligación de venta de las acciones.

Responsabilidad del vendedor (accionista mayoritario)

Una de las controversias que se han producido en la doctrina y la jurisprudencia extranjeras⁴¹ es la relativa a la responsabilidad del vendedor de un paquete de acciones, entendido este como el necesario para adquirir o alcanzar el control de la sociedad frente al comprador por las deudas sociales anteriores a la fecha de la celebración del contrato cuando no ha sido pactada en forma expresa la *garantía de consistencia patrimonial*. Se trata de definir cuál es la responsabilidad que, sin haberse pactado en el contrato, debe asumir el accionista o grupo de

accionistas que venden un conjunto de acciones de una misma emisora, suficiente para obtener el control de la sociedad y, por tanto, el poder de designación de los administradores, de decisión en las asambleas generales y en el consejo, incluyendo la aprobación de los informes, de los balances, la distribución de utilidades y la reforma de los estatutos sociales.⁴²

Desde luego, esto supone que no planteamos la responsabilidad solidaria del accionista en todos los casos; tampoco incluimos al accionista que enajena un número de acciones tal que no representan *per se* ningún control ni derecho de minoría o clase especial, sino la del vendedor o grupo de vendedores que son tenedores del número suficiente de acciones para ejercer el control de la sociedad, y *de facto* y de derecho lo ejercen o tienen la facultad de hacerlo, pues en este caso dicho accionista tiene pleno conocimiento o debe tenerlo sobre la situación y el patrimonio de la sociedad emisora de las acciones objeto de la venta; es decir, supone un deber de cuidado, un control y un deber de conocimiento casi igual que el del patrimonio propio respecto del de la sociedad y, por tanto, un deber de cuidado y un conocimiento acerca de la situación de los activos y pasivos de la sociedad; de esta manera, aunque no se pacte la responsabilidad del vendedor, en el caso de que surjan pasivos, no se hayan revelado o se hayan ocultado en la venta de las acciones, el accionista de control debe responder de ese evento. Sobre el tema se han expuesto varias teorías, entre ellas una restrictiva o formalista y una amplia o realista:

- a) *Tesis restrictiva*. Sostiene una separación absoluta entre el accionista aun de control y la sociedad, y, por tanto, entre el patrimonio social y el del accionista, de manera que el vendedor solo responde de la legitimidad y existencia del título, pero no garantiza la consistencia patrimonial de la sociedad, salvo casos de fraude, dolo o error en las cualidades intrínsecas de la cosa adquirida. En este tenor, Isaac Halperin sostiene que “el vendedor no es responsable ni garantiza la consistencia del patrimonio social” en caso de venta de un paquete de acciones; “en cuanto al precio... reconoce un valor superior, valor de control, pero no puede responsabilizar por la consistencia concreta del patrimonio, pero sí por dolo en la determinación del pasivo”;⁴³ sin embargo, el mismo autor había reconocido la posibilidad de responsabilizar al vendedor en casos en que la partes pactaren de manera expresa esta garantía o “resulte de los elementos que sirvieron de base a la negociación (por ejemplo, resulta expresamente según balance social, que

resulta inexacto)".⁴⁴

En este sentido, Eduardo Roca señala que “la venta de un paquete accionario no comporta en principio compromiso alguno sobre la composición del patrimonio de la sociedad emisora o sobre la conducta o decisiones que, antes o después de la transferencia, resuelvan los órganos de gobierno”, aunque también deja a salvo la responsabilidad del vendedor en caso de error o fraude;⁴⁵ en el mismo sentido escriben Enrique Zaldívar⁴⁶ y Martín Esteban Paolantonio,⁴⁷ entre otros autores. Conforme a esta posición, el accionista transmite la cualidad de socio y, por tanto, los derechos correspondientes al mismo, como el derecho de voto, derecho al dividendo, a designar integrantes del órgano de administración y a utilidades, entre otros, con total abstracción del activo de la sociedad, por lo que no responde de las diferencias del activo o del pasivo de la sociedad que resulten o aparezcan después de la venta, sino solo de la existencia y legitimidad del derecho transmitido; así, solo puede hacerse valer la mala fe del vendedor o el engaño al ocultar información indispensable para la formación de la voluntad negocial.

Para Ricardo Lorenzetti,⁴⁸ proporcionar la información permanente y actualizada constituye un deber de buena fe del vendedor, del poseedor de la información vinculada con la compraventa o con la cosa involucrada en la prestación cuyo contenido es poner en conocimiento de la otra parte una cantidad de datos suficientes y verdaderos para evitar los daños que podrían generarse en la otra parte si dicha información no se suministra; es decir, que la información debe estar relacionada con la complejidad del negocio y la capacidad del receptor (extensión y exhaustividad), por lo que la existencia de pasivos dolosa o culposamente ocultados (conocidos y no informados), o falseados o alterados (flujo de ingresos, volumen de ventas, método de valuación de los activos y pasivos, total de pasivos, demandas, etc.), faculta al comprador a demandar la nulidad del contrato, aun sin pacto expreso de garantía de consistencia patrimonial, por error o por dolo. También se ha sostenido la nulidad por falta de personalidad, por considerar que la venta de un paquete de acciones implica la venta de empresa.

- b) *Tesis realista*. Conforme a esta, la garantía de la consistencia patrimonial de la sociedad es un elemento o una cláusula natural del contrato que, salvo

exclusión expresa, forma parte de las obligaciones a cargo del vendedor, por lo que en el evento de que aparezcan o surjan otros pasivos o menos activos de los señalados en el contrato de compraventa de acciones, el adquirente tiene la acción redhibitoria (estimatoria o *quantum minoris* por vicios redhibitorios) o la rescisoria,⁴⁹ dado que el valor del paquete accionario tiene una relación directa con la valoración económica de los bienes, créditos, derechos, muebles e inmuebles de la sociedad. Al respecto, Ernesto Martorell⁵⁰ sostiene que “si lo que se pretende es adoptar posturas justas y moralizantes... deberá tenerse al vendedor o cesionario de acciones por responsable y garante de la consistencia del patrimonio social en la compraventa de paquetes accionarios, obligándose a responder por evicción, falta de calidad esencial de la cosa y cuestiones análogas sin someterlo a la “probatio diabólica” para que acredite que todo ello ha sido ex ante objeto de expresa previsión contractual, o que el precio pactado no está en correspondencia con el valor del patrimonio de la compañía de que se trate”.

Es decir que, en tal caso, de la verdadera voluntad negocial resultan garantías derivadas de la manifestación tácita de las partes para responder de la posterior aparición de pasivos ocultos, desconocidos al tiempo de la contratación, y el comprador está legitimado para demandar directamente por incumplimiento contractual; sobre el particular, véase a Efraín Richard.⁵¹

Pactos parasociales sobre la venta de acciones

Con la reforma de la LGSM de 13 de junio de 2014, los accionistas pueden establecer en los estatutos sociales o mediante pactos parasociales la celebración de pactos relativos a la compraventa sobre acciones, tales como:

Derecho de adhesión o acompañamiento. En favor de socios minoritarios, cuando el adquirente recibe una oferta de compra para que se obligue al oferente también a adquirir una proporción o la totalidad de las acciones del otro u otros accionistas, en iguales condiciones (*tag along*).

Derecho de arrastre. Por él uno o varios accionistas tienen derecho para exigir a otro socio la enajenación de la totalidad o parte de su tenencia accionaria, cuando aquellos acepten una oferta de adquisición en iguales condiciones (*drag*

along).

Derecho del tanto. Se concede a uno o varios accionistas para enajenar o adquirir de otro accionista, quien deberá estar obligado a enajenar o adquirir, según corresponda, la totalidad o parte de la tenencia accionaria objeto de la operación, a un precio determinado o determinable (*first option* o derecho del tanto).

Compraventas en tránsito o encadenadas

Son compraventas de productos básicos, en oposición a la venta de mercancía manufacturada, que se realiza en tránsito, en ruta o “en cadena”, es decir, durante el viaje que se realiza con las mercancías para ser entregadas materialmente al comprador, quien a su vez las vende a un segundo o tercero o sucesivo comprador, sin que por tanto pueda cumplir con la obligación de embarcar dichas mercancías porque ya han sido embarcadas previamente por el primer vendedor de la cadena para el primer comprador. Por tanto, el vendedor del medio de la cadena cumple con sus obligaciones respecto de su comprador “procurando” la mercancía que ha sido embarcada en lugar de embarcar la mercancía; a tal efecto, los Incoterms 2010 incluyen la obligación de “procurar la mercancía embarcada” como una alternativa a la obligación de embarcar la mercancía en los casos que procedan, como podría ser en una compraventa CIF o CIP, entre otras.

Compraventa en la *Ley Federal de Protección al Consumidor*

La LFPC es un ordenamiento de orden público e interés social que tiene por objeto, entre otros, proteger los derechos de los consumidores y procurar la equidad y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores. Sus disposiciones son irrenunciables y contra su observancia no se pueden alegar costumbres, usos, prácticas o estipulaciones en contrario (art. 1º). Conforme a lo dispuesto por el art. 2º, fraccs. I y II de la LFPC, es proveedor quien habitual o periódicamente ofrece, distribuye o vende bienes muebles o inmuebles, y consumidor quien los adquiere como destinatario final. Incluso los actos relacionados con inmuebles están sujetos a dicho ordenamiento cuando los proveedores son fraccionadores, constructores, promotores y demás personas

que intervengan en la asesoría y venta al público de viviendas destinadas a casa habitación o cuando otorguen al consumidor el derecho de usar inmuebles mediante el sistema de tiempo compartido (art. 73).

Promociones y ofertas

Promociones. El art. 46 de la LFPC considera promociones las prácticas comerciales consistentes en el ofrecimiento al público de bienes o servicios: a) “Con el incentivo de proporcionar adicionalmente otro bien o servicio iguales o diversos, en forma gratuita, a precio reducido o a un solo precio.” En la práctica se manifiesta bajo diversas formas; por ejemplo: “En la compra de dos pantalones, llévase el tercero a la mitad de precio.” b) “Con un contenido adicional en la presentación usual de un producto, en forma gratuita o a precio reducido”; por ejemplo: “Gratis 10% adicional del producto.” c) “Con figuras o leyendas impresas en las tapas, etiquetas, o envases de los productos o incluidas dentro de aquéllos, distintas a las que obligatoriamente deben usarse”; por ejemplo: “Llévese gratis una calcomanía del Mundial.” d) “Bienes o servicios con el incentivo de participar en sorteos, concursos y otros eventos similares”; por ejemplo: “Por cada \$50.00 de compra, llévase gratis un boleto para participar en el concurso de un viaje al Mundial.” En este caso, sin perjuicio de cumplir los términos de la *Ley Federal de Juegos y Sorteos*, todos los bienes objeto de la promoción deben contener la contraseña que dé derecho a participar en el sorteo, o que se informe en forma clara y ostensible en qué condiciones se puede obtener la contraseña; que no se haga cargo alguno por ella a los consumidores; que se informe a estos respecto del día, lugar y hora del sorteo y el medio a través del cual se hará del conocimiento público el resultado del mismo (art. 12, *Reglamento sobre Promociones y Ofertas*, RPO).

De conformidad con la Norma Oficial Mexicana (NOM-028-SCFI-2007), existen promociones coleccionables y promociones por medio de sorteos y concursos.⁵² Las primeras son las prácticas comerciales en las que, mediante la adquisición de un bien o servicio, se ofrece al consumidor el incentivo de integrar colecciones o series de etiquetas, envolturas, empaques, cupones, tapas, estampas, juguetes o cualesquiera otra; o en las que el derecho a obtener el incentivo se condiciona a la integración de determinadas colecciones o series de etiquetas, envolturas, empaques, cupones, tapas, estampas o cualquiera otra

similar; las promociones por medio de sorteos y concursos son las prácticas comerciales en las que, mediante la adquisición de un bien o servicio, se ofrece el incentivo de participar en eventos para obtener un premio determinado. El derecho de participar en estos eventos se otorga por medio de un boleto, estampa, tapa, etiqueta, envoltura, empaque u otro similar.

Dicha norma oficial establece los requisitos e información que se debe proporcionar al consumidor, pero suprimió algunos requisitos y exigencias de la anterior norma oficial, que exigía sujetarse, por ejemplo, a que cuando el consumidor cumpla con todos los requisitos y el proveedor no pueda entregar el incentivo en la forma y el tiempo previstos en su publicidad, el proveedor debe expedir al consumidor un comprobante o documento que lo acredite como merecedor del incentivo, señalando la fecha para la entrega en un plazo que no debe exceder de 30 días naturales; y que las bebidas alcohólicas, el tabaco y los medicamentos no debían ofrecerse en las promociones.

Conforme a la LFPC, los proveedores no requieren autorización ni aviso para llevar a cabo promociones, excepto cuando así lo dispongan las normas oficiales mexicanas, en los casos en que se lesionen o puedan lesionarse los intereses de los consumidores. La NOM antes mencionada exige permiso de la Secretaría de Gobernación, así como que el proveedor debe informar al consumidor respecto del valor de los incentivos principales y los resultados finales de las promociones realizadas a través de los medios de difusión que regularmente utilice, y no puede modificar la promoción en detrimento del consumidor; en el caso de que los incentivos ofrecidos no sean bienes nuevos, el proveedor debe informar al consumidor que son usados, o reconstruidos, defectuosos o que poseen alguna otra característica que el consumidor deba conocer. En los anuncios respectivos deberán indicarse las condiciones, así como el plazo de duración o el volumen de los bienes o servicios ofrecidos; dicho volumen deberá acreditarse a solicitud de la autoridad. Si no se fija plazo ni volumen, se presume que son indefinidos hasta que se haga del conocimiento público la revocación de la promoción o de la oferta, de modo suficiente y por los mismos medios de difusión.

Ofertas. El mismo art. 46 de la LFPC define las ofertas, “baratas”, “descuentos”, “remates” o cualquier otra expresión similar, como el ofrecimiento al público de productos o servicios de la misma calidad a precios rebajados o inferiores a los normales del establecimiento; por ejemplo: “Todos los pantalones con un descuento de 30%.” Cuando se mencione un porcentaje de descuento y no se

especifique su aplicación, se entenderá que será aplicado al precio que resulte menos del marcado en la etiqueta, del señalado en la publicidad o del anunciado en el establecimiento, salvo que en la información comercial se indique que ya está aplicado el descuento (art. 20, fracc. III, RPO).

Normas para las promociones y ofertas. El art. 58 de la LFPC prohíbe la discriminación por razones de género, nacionalidad, étnicas, preferencia sexual, religión o cualquier otra particularidad. Los proveedores de bienes y servicios que ofrezcan estos al público en general no podrán establecer preferencias o discriminación alguna respecto de los solicitantes del servicio, como selección de clientela, condicionamiento del consumo, reserva del derecho de admisión, exclusión a personas con discapacidad y prácticas similares, salvo por causas que afecten la seguridad o tranquilidad del establecimiento, de sus clientes o de las personas discapacitadas, o se funden en disposiciones expresas de otros ordenamientos legales. Dichos proveedores en ningún caso podrán aplicar o cobrar tarifas superiores a las autorizadas o registradas para la clientela en general, ni ofrecer o aplicar descuentos en forma parcial o discriminatoria. Tampoco podrán aplicar o cobrar cuotas extraordinarias o compensatorias a las personas con discapacidad por sus implementos médicos, ortopédicos, tecnológicos, educativos o deportivos necesarios para su uso personal, incluyéndose el perro guía en el caso de invidentes.

El art. 47 de la LFPC exime del requisito de autorización para llevar a cabo promociones, excepto cuando así lo dispongan las normas oficiales mexicanas, en los casos en que se lesionen o se puedan lesionar los intereses de los consumidores. En todo caso, se señala que no podrán imponerse restricciones a la actividad comercial en adición a las señaladas en la ley, ni favorecer de forma específica las promociones u ofertas de proveedores determinados.

Las reglas y condiciones a que deben sujetarse las promociones y ofertas son, entre otras: *a)* indicar en los anuncios las condiciones, plazo de duración o volumen de los bienes o servicios ofrecidos; en su defecto, se presume que son indefinidos hasta que se haga del conocimiento público la revocación de la oferta, de modo suficiente y por los mismos medios de difusión de la oferta; *b)* todo consumidor que reúna los requisitos respectivos tendrá derecho a la adquisición, durante el plazo previamente determinado o en tanto exista la disponibilidad, de los bienes o servicios ofrecidos; *c)* no se podrán realizar promociones en las que se anuncie un valor monetario para el bien o servicio

sorteado notoriamente superior al disponible de manera normal en el mercado; d) si el proveedor no cumple su ofrecimiento, el consumidor tendrá derecho de optar por exigir el cumplimiento forzado, aceptar otro bien o servicio equivalente o la rescisión del contrato, y, en todo caso, tendrá derecho al pago de los daños y perjuicios, que no podrán ser inferiores a la diferencia económica entre el precio al que ofrezca el bien o servicio objeto de la promoción u oferta y su precio normal; e) los incentivos ofrecidos deberán entregarse en el momento de la compra, salvo cuando se efectúe por medio de sorteos, concursos, integración de colecciones y eventos similares, o cuando el incentivo consista en un servicio que no pueda llevarse a cabo de inmediato, en cuyo caso se entregará al consumidor el comprobante u orden correspondiente (art. 8º, RPO);⁵³ y f) quedan prohibidas las promociones comerciales cuando las mismas o sus incentivos se refieran a tabacos o bebidas alcohólicas, salvo que se trate de vinos de mesa, cervezas o bebidas con menos de 12 grados de alcohol en volumen; así como respecto de bienes cuya promoción u objeto de incentivo tengan alguna deficiencia, sean usados o reconstruidos y no se informe de ello a los consumidores (art. 6º, RPO).

Compraventa a domicilio, mediata o indirecta

Uno de los aspectos en donde se refleja el propósito protector de la LFPC es en el relativo a las ventas a domicilio, cuyo perfeccionamiento, efectos y consecuencias no tienen precedente en el CCo ni en el CCF, puesto que en estos ordenamientos las ventas se perfeccionan desde el momento en que las partes se ponen de acuerdo en el objeto y precio del contrato (arts. 371, CCo, y 2248, CCF), y ante el incumplimiento de una de ellas, la parte que cumple tiene el derecho de optar por el cumplimiento forzado o la rescisión del contrato, y en ambos casos el pago de daños y perjuicios (arts. 376, CCo, y 1949, CCF). La LFPC denomina *venta a domicilio*, mediata o indirecta, a la que se proponga o lleve a cabo fuera del local o establecimiento del proveedor, incluidos el arrendamiento de bienes muebles y la prestación de servicios, excepto las ventas de bienes perecederos recibidos por el consumidor y pagados de contado, mismas que se perfeccionan a los cinco días hábiles contados a partir de la entrega del bien o de la firma del contrato, lo último que suceda, dentro de cuyo plazo el consumidor tiene derecho de revocar su consentimiento mediante aviso o entrega del bien en forma personal, por correo registrado o por otro medio fehaciente. Hecha así la

revocación, la venta queda sin efectos ni responsabilidad alguna para el consumidor, salvo el pago de los costos de flete y seguro.

La LFPC exige su otorgamiento por escrito, en el cual se incluyan tanto los datos de identificación del proveedor, la operación de que se trate y los servicios, como las garantías y requisitos de ley (art. 52, LFPC), e impone al proveedor las obligaciones de: *a) cerciorarse de que la entrega del bien o servicio efectivamente se hace en el domicilio del consumidor, o que este está plenamente identificado; b) permitir al consumidor hacer reclamaciones y devoluciones por medios similares a los utilizados por la venta; c) cubrir los costos de transporte y envío de mercancías en caso de haber devoluciones o reparaciones amparadas por la garantía, salvo pacto en contrario; d) informar previamente al consumidor del precio, fecha aproximada de entrega, costos de seguro y flete, y, en su caso, la marca del bien o servicio.* Finalmente, el art. 71 de la misma ley, relativo a las operaciones a plazos con pagos periódicos, concede al consumidor el derecho de optar por la rescisión del contrato o el pago del adeudo vencido, aun cuando por su incumplimiento el proveedor le exija el cumplimiento forzado o la rescisión, siempre que el consumidor hubiere pagado más de la tercera parte del precio o del número total de los pagos convenidos.

Derechos especiales del consumidor. La LFPC establece en forma preferente los derechos de los consumidores, sin perjuicio de los derivados de otras leyes, como el CCo y el CCF, y los que deriven de los principios generales de derecho, la analogía, las costumbres y la equidad (art. 1º, último párrafo, LFPC), y previene que en los casos de falta de calidad, cantidad o vicios ocultos de la cosa objeto del contrato, el comprador tiene derecho a reclamar al vendedor las siguientes prestaciones específicas, de acuerdo con la naturaleza del incumplimiento, sin perjuicio de que en su caso pueda optar por la acción de cumplimiento forzado o la de rescisión del contrato (art. 92, LFPC):

- a) Por falta de calidad, cantidad, contenido neto, marca o especificaciones y demás elementos sustanciales según los cuales se haya ofrecido: i) reposición del producto, lo que implica el reemplazo de la cosa vendida por otra, o ii) devolución de la cantidad pagada, es decir, la rescisión del contrato, con la cual, aunque nada dice la LFPC, las partes deben restituirse las prestaciones que hubieren recibido; y en todo caso, iii) bonificación o compensación, no menor de 20% del precio pactado, esto es, la disminución del precio pagado y la devolución de la suma correspondiente o su*

compensación con el precio insoluto; iv) pago de daños y perjuicios, ya que para su determinación la autoridad judicial considerará el pago de la bonificación que en su caso hubiese hecho el proveedor. El mismo derecho tiene el consumidor cuando el bien reparado no queda en estado adecuado para su uso o destino, dentro del plazo de garantía. El plazo para ejercitar dicha acción es de dos meses siguientes a la fecha en que se recibió el bien.

No obstante, la LFPC concede al proveedor el derecho de negarse a satisfacer la reclamación solo en los casos siguientes (art. 93): i) cuando la reclamación sea extemporánea; ii) cuando el bien haya sido usado en condiciones distintas de las encomendadas o propias de su naturaleza o destino; iii) cuando el bien haya sufrido un deterioro esencial, irreparable y grave por causas imputables al consumidor.

- b) *Por vicios ocultos.* Conforme al CCF (art. 2149), el ejercicio de la acción derivada de vicios ocultos prescribe a los seis meses contados desde la entrega de la cosa enajenada.

Tratándose de ventas al consumidor, el plazo de prescripción de los derechos y obligaciones es de un año (art. 14, LFPC), por lo que las reclamaciones se pueden presentar dentro de dicho término tratándose de la enajenación de bienes o prestación de servicios: a partir de que se expida el comprobante que ampare el precio o la contraprestación pactada; a partir de que se pague el bien o sea exigible el servicio, total o parcialmente; o a partir de la última fecha en que el consumidor acredite haber requerido directamente al proveedor el cumplimiento de alguna de sus obligaciones pactadas. Tratándose del otorgamiento del uso o goce temporal de bienes: a partir de que se expida el recibo a favor del que disfruta del uso o goce temporal; a partir de que se cumpla efectivamente la contraprestación pactada en favor del que otorga el uso o goce temporal; a partir de que se expida el recibo a favor del que disfruta del uso o goce temporal; o a partir de que se cumpla efectivamente la contraprestación pactada en favor del que otorga el uso o goce temporal (art. 105, LFPC).

Autoevaluación

1. ¿Cómo se determina la calificación de mercantil en una compraventa?
2. ¿Cuáles son las obligaciones del vendedor en una compraventa mercantil?
3. ¿En qué momento se transfieren los riesgos al comprador en una venta mercantil?
4. En caso de incumplimiento del vendedor, ¿qué acciones tiene el comprador?
5. ¿En qué plazos debe el comprador reclamar vicios ocultos de la cosa vendida?
6. Conforme a la *Ley Federal de Protección al Consumidor*, ¿cuáles son las diferencias entre las promociones y las ofertas?
7. ¿Qué es una compraventa contra documentos?
8. ¿En qué consiste la garantía de la consistencia patrimonial?
9. ¿En qué plazo debe reclamar el comprador faltas de calidad y cantidad?
10. Explique el plazo dentro del cual se debe cumplir con la obligación de pago, a falta de acto en una compraventa.

- ¹ Véase la tesis de la extinta Quinta Sala: “COMPRAVENTA MERCANTIL, CARACTERES DE LA.” Quinta Época, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo CXIII, Página 523. Revisión fiscal 268/51. Secretaría de Hacienda y Crédito Público. 15 de agosto de 1952.
- ² Véase Jorge Barrera Graf, *Instituciones de derecho mercantil*, Porrúa, México, 2000, pp. 15 y siguientes.
- ³ Cfr. Domenico Barbero, *Sistema del derecho privado*, t. IV, “Contratos”, trad. Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967, p. 7.

- 4 Véase la extinta Tercera Sala de la SCJN en la tesis: “COMPRAVENTA MERCANTIL, CONSENTIMIENTO TÁCITO EN EL CONTRATO DE”. Quinta Época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo CIV, Página 863. Amparo civil directo 7628/44. 24 de abril de 1950.
- 5 Cfr. la tesis “COMPRAVENTA MERCANTIL”, que señala que al no ser exigible formalidad en los contratos de compraventa mercantil, no es indispensable la presentación de un título escrito, sino que bastan los medios de prueba ordinarios para demostrar su existencia. Quinta Época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo LXXXVIII, Página 2447, Amparo civil directo 2467/44. 17 de junio de 1946.
- 6 Véanse las tesis siguientes: “COMPRAVENTA MERCANTIL. LA FORMA DEL CONTRATO NO ES ELEMENTO CONSTITUTIVO PARA SU VALIDEZ, SI SE RECONOCIÓ SU EXISTENCIA EN UNA CARTA ENVIADA POR FAX”. Novena Época, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo V, Enero de 1997, Tesis: I. 3o. C. 124 C. Página 442. Amparo directo 7230/96. 28 de noviembre de 1996. “CONTRARRECIBOS. POR SÍ MISMOS SON INSUFICIENTES PARA DEMOSTRAR LA EXISTENCIA DE UNA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL DE CARÁCTER MERCANTIL... resultan insuficientes como documentos fundatorios, los contrarrecibos en que aparezcan entregados documentos para su revisión, pues siendo privados, al tenor de lo dispuesto por el artículo 1296 del Código de Comercio, harán prueba plena, y contra su autor, cuando fueren reconocidos legalmente, pero evidentemente sólo demostrarían lo asentado en su propio texto, por lo cual únicamente acreditarían el hecho de la entrega de los documentos para su revisión, pero no la existencia de un contrato en sí, ni el adeudo, resultando aptos por esa razón, sólo para ejercitar la acción de devolución de los documentos en ellos mencionados.” Octava Época, Primer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo XV-II, Febrero de 1995, Tomo VI. 1o. 188 C. Página 273. Amparo directo 110/89. 6 de julio de 1989.
- 7 Cfr. Domenico Barbero, *op. cit.*, p.18.
- 8 Cfr. la tesis “COMPRAVENTA MERCANTIL, ENTREGA REAL Y VIRTUAL DE LA COSA OBJETO DEL CONTRATO DE. La entrega virtual está supeditada a la entrega real de la cosa ... y si dentro de cinco días posteriores no hay reclamación, entonces ya se considera consumada la entrega real.” Quinta Época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo CVII, Página 743. Amparo civil directo 1097/46. 31 de enero de 1951. Véase: Apéndice al *Semanario Judicial de la Federación* 1917-1985, Cuarta Parte, Tercera Sala, Página 259, décima tesis relacionada con la jurisprudencia 94, de rubro “COMPRAVENTA, ENTREGA DEL BIEN OBJETO DE LA”.
- 9 Al igual que en las sociedades mercantiles, las pérdidas, daños o deterioros que sufran los bienes aportados por los socios son a cargo de la sociedad a partir de la fecha en que le hayan sido entregados (art. 11, LGSM).
- 10 Cfr. Francesco Messineo, *Manual de derecho civil y comercial*, t. III, trad. Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955, p. 17.
- 11 Domenico Barbero, *op. cit.*, p. 21.
- 12 Véase Francesco Messineo, *op. cit.*, p. 106.
- 13 Cfr. el Código Civil italiano, art. 1492.

- 14 Francesco Messineo, *op. cit.*, t. V, p. 108.
- 15 Tercera Sala, Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo XCVII, Página 260. Amparo civil directo 4095/47. 9 de julio de 1948.
- 16 *Cfr.* la tesis: “COMPRAVENTA MERCANTIL. Si el comprador se niega a recibir una mercancía, porque en su concepto no es de la misma calidad que la convenida, el vendedor queda obligado a demostrar la conformidad de la mercancía remitida con la calidad estipulada, de acuerdo con el artículo 373 del Código de Comercio; sin que sea suficiente la remisión de los documentos de embarque para que se considere cumplida esa obligación, sino que debe demostrar judicialmente que la mercancía remitida es de la clase estipulada, a fin de obligar al comprador a satisfacer su pago. Por otra parte, si el vendedor estima que el comprador no tiene justa causa para rehusar la recepción de la mercancía vendida, debe consignarla judicialmente, para llenar su obligación de entregarla y poder exigir el cumplimiento del contrato, y si no lo hace así, debe concluirse que carece de acción para demandar su precio, de acuerdo con el artículo 376 del código citado.” Quinta Época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo LXXXVII, Página 223. Amparo civil directo 76/35. 14 de enero de 1946.
- 17 *Cfr.* la tesis: “COMPRAVENTA EN MATERIA MERCANTIL, RECLAMACIÓN DE PERJUICIO EN LA. De acuerdo con el artículo 386 del Código de Comercio, si el comprador no recibe la mercancía en la cantidad y con la calidad estipuladas, debe reclamar al vendedor, por escrito, dentro del término de cinco días, y si se trata de un vicio oculto, entonces la reclamación tiene que hacerse dentro de los treinta, y si no se hace pierde todo derecho. Ahora bien, es indudable que si los defectos que se atribuyen a una mercancía son perceptibles a simple vista, no se trata de un vicio oculto, sino de mala calidad y por tanto, la reclamación debe hacerse por escrito, dentro del término de cinco días y no en el mes, so pena de perder el derecho de reclamar en la forma dicha.” Quinta Época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo LXXX, Página 244. Amparo civil directo 4554/43. 10 de mayo de 1944.
- 18 Quinta Época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo LXXIII, Página 699. Amparo civil directo 3507/39. 23 de septiembre de 1942.
- 19 *Cfr.* la tesis: “COMPRAVENTA, VICIOS OCULTOS DE LA COSA EN LA, MERCANTIL. CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES. El nacimiento de las acciones derivadas de un contrato de compraventa mercantil, por vicios ocultos de la cosa, está sujeto a que la parte compradora comunique a la vendedora la existencia de tales vicios, dentro del plazo de treinta días contados a partir de la fecha de recibo de la mercancía; por lo tanto, si el comprador ha dado el aviso antes indicado, en términos de lo dispuesto por el artículo 383 del Código de Comercio, su acción no ha caducado, y para la pérdida del derecho a su ejercicio, o sea la prescripción negativa, debe estarse a las reglas generales de la prescripción mercantil, y no a las de caducidad previstas en el dispositivo legal invocado.” Séptima Época, Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo 97-102, Sexta Parte, Página 66. Amparo directo 44/77. 2 de junio de 1977. *Nota:* En el Informe de 1977, la tesis aparece bajo el rubro “ACCIONES DERIVADAS DE UN CONTRATO MERCANTIL.”
- 20 Véase la tesis: “COMPRAVENTA MERCANTIL, RESCISIÓN DE, POR NO REUNIR EL BIEN OBJETO DE LA MISMA LA CALIDAD ESTIPULADA. ES IMPROCEDENTE SI NO SE EJERCE EL DERECHO DENTRO DEL TÉRMINO LEGAL CONVENIDO POR LAS PARTES... si las partes contratantes amplían los términos señalados en el artículo en comento a tres meses, comprometiéndose el vendedor a aceptar la devolución del bien materia del contrato y a sustituirlo por uno nuevo, si a juicio

del comprador no posee la calidad especificada, pero el comprador no lo devuelve dentro de dicho término sino hasta un año después, debe considerarse que la acción de rescisión del contrato es improcedente, pues de acuerdo con el precepto legal anteriormente referido, el comprador ya perdió toda acción y derecho a repetir contra el vendedor y sin que obste para ello el hecho de que el vendedor haya recibido el objeto del contrato dado en devolución, pues ello no puede implicar consentimiento de su parte con dicha causal de rescisión, ya que fenecido el derecho de la parte compradora para devolver el producto, el mismo no puede revivir o renacer por ninguna causa, ni mucho menos facultar al comprador para ejercitar la acción correspondiente.” Séptima Época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo 205-216, Cuarta Parte, Página 47. Amparo directo 1506/85. En el Informe de 1986, la tesis aparece bajo el rubro “RESCISIÓN DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA MERCANTIL POR NO REUNIR EL BIEN OBJETO DE LA MISMA LA CALIDAD ESTIPULADA. ES IMPROCEDENTE SI NO SE EJERCE EL DERECHO DENTRO DEL TÉRMINO LEGAL CONVENIDO POR LAS PARTES.”

21 Domenico Barbero, *op. cit.*, p. 21.

22 Cfr. la tesis: “COMPRAVENTA DEL BIEN AJENO, EXISTENCIA Y VALIDEZ DE LA. En razón de que en la legislación mexicana no existe la nulidad de pleno derecho, es jurídicamente posible la compraventa de un bien ajeno y la vigencia de la operación, toda vez que de conformidad con la fracción V del artículo 2138 del Código Civil para el Estado de Puebla, si el vendedor adquiere por cualquier título legítimo la propiedad del bien vendido, antes de sufrir evicción el comprador, la venta producirá todos sus efectos, perfeccionándose de conformidad con el artículo 2122 de la misma ley, por tanto, es obligatoria para las partes desde el momento en que convinieron respecto del bien y del precio correspondiente. Luego si el comprador intenta la acción personal de otorgamiento de contrato de compraventa, únicamente le corresponde probar que el acto jurídico se llevó a cabo en la forma que dijo acordaron las partes, independientemente de que él hubiera tenido conocimiento que el inmueble en cuestión aún no estaba escriturado en favor del vendedor.” Octava Época, Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, Amparo directo 208/92. 29 de mayo de 1992. *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo XII, Agosto, Página 379.

23 Cfr. la tesis: “REGISTRO PÚBLICO, PUBLICIDAD A TRAVÉS DE OTROS MEDIOS DIVERSOS A LA INSCRIPCIÓN EN EL. Es criterio jurisprudencial, que los efectos de la inscripción en el registro público no son constitutivos del derecho de propiedad, sino que sirven únicamente para darle publicidad al acto inscrito; sin embargo, ello puede lograrse a través de otros medios; y si en el caso justiciable tal conocimiento se colige de lo manifestado por el demandado en el juicio natural y la exhibición de la escritura de compraventa del inmueble embargado, se pone de manifiesto que el requisito de publicidad se surtió...” Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo en revisión 540/90. 25 de octubre de 1990. Octava Época, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo VI, Segunda Parte, Página 254. Véase: Jurisprudencia 225, fojas 727, Cuarta Parte, Apéndice al *Semanario Judicial de la Federación* 1917-1985, Tercera Sala.

24 Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Novena Época, Amparo directo 1553/96, 22 de marzo de 1996. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo III, Mayo de 1996, Tesis: I.3o.C.92 C, Página 606.

25 Véase Francesco Messineo, *op. cit.*, p. 103.

26 Cfr. la tesis siguiente: “COMPRAVENTA MERCANTIL, PAGO DE CONTADO EN LA. CONCEPTO. De acuerdo con el artículo 380 del Código de Comercio, cuando las partes no convienen sobre la forma y términos para hacer el pago, el comprador lo debe hacer al contado, entendiéndose por pago de

contado aquel que se hace contra la entrega de la cosa.” Séptima Época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo 199-204, Cuarta Parte, Página 14. Amparo directo 8817/82, Quinta Época, Tomo CI, Página 1505. Amparo civil directo 6972/44/2a. 12 de agosto de 1949. *Nota:* En el Informe de 1985, la tesis aparece bajo el rubro “PAGO DE CONTADO, QUÉ DEBE ENTENDERSE POR, EN UNA COMPRAVENTA MERCANTIL.”

- ²⁷ Cfr. Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 3, Febrero de 2014, Página 638. Tesis 1a. XXI/2014 (10a.), Amparo directo en revisión 2281/2012, 20 de marzo de 2013. Esta tesis se publicó el 7 de febrero de 2014 en el *Semanario Judicial de la Federación*.
- ²⁸ Cfr. Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Volumen 199-204, Parte Cuarta, Página 13. También véase la tesis: “COMPRAVENTA MERCANTIL, MORA EN LA. DESAPARECE POR LA ACEPTACIÓN DEL PAGO... Sin embargo, si el vendedor acepta el pago fuera del término establecido, debe considerarse que tácitamente expresó su voluntad en el sentido de admitir que el deudor cumpliera con su obligación de pago fuera del término estipulado, es decir, que tácitamente optó por el cumplimiento, renunciando, consecuentemente, a la acción de rescisión del contrato y haciendo desaparecer la mora que, en su caso, pudiera haber habido.” Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Tomo I, Primera parte, Tesis, Página 283.
- ²⁹ Cfr. Amparo civil directo 15390/32, 11 de septiembre de 1934. “CONTRATOS MERCANTILES, RESCISIÓN DE LOS.” Quinta Época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo XLII, Página 484.
- ³⁰ Séptima Época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo 181-186, Cuarta Parte, Página 121. Amparo directo 7056/81, 14 de mayo de 1984. *Nota:* En el Informe de 1984, la tesis aparece bajo el rubro “RESCISIÓN DE UN CONTRATO MERCANTIL DE COMPRAVENTA. LA LEY CIVIL NO ES SUPLETORIA DEL CÓDIGO DE COMERCIO”.
- ³¹ “COMPRAVENTA EN MATERIA MERCANTIL. PARA EXIGIR SU CUMPLIMIENTO ES NECESARIO PRIMERO SATISFACER LA OBLIGACIÓN PROPIA... y de su simple lectura, sin necesidad de mayores interpretaciones aparece que sólo la parte que ha satisfecho la obligación a su cargo puede demandar a la otra la rescisión o el cumplimiento. Luego, si la amparista no pagó el precio del vehículo que compró, es indudable que no podría reclamar el cumplimiento del contrato. La exigencia de estar al corriente en sus obligaciones por la parte que pretenda demandar a la otra por el cumplimiento del contrato, concuerda con la disposición contenida en el párrafo inicial, del artículo 1868 del Código Civil de la entidad, en el sentido de que ‘La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno (o sea, no los dos) no cumpliera lo que le incumbe’.” Octava Época, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo VI, Segunda Parte-1, Julio a Diciembre de 1990, Página 102. Amparo directo 519/90. 30 de agosto de 1990.
- ³² Cfr. la tesis: “COMPRAVENTA MERCANTIL SOBRE MUESTRAS.” Quinta Época, Sala Auxiliar, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo CXIII, Página 698. Amparo civil directo 8717/48, 3 de septiembre de 1952.
- ³³ Salvo el capítulo relativo al seguro marítimo.
- ³⁴ Pilar M. Rodríguez Aquarone, *La compraventa de acciones y sus garantías*, Abaco, Buenos Aires, 2001, p. 32.

- 35 Raúl Aníbal Etcheverry, *Derecho comercial y económico. Contratos. Parte especial*, 3, Astrea, Buenos Aires, 2000, pp. 309 y 400.
- 36 Tullio Ascarelli, *Studi in tema di società*, Giuffré, Milán, 1952, p. 64.
- 37 http://www.bmv.com.mx/wb3/wb/BMV/BMV_reglamento_vigente. Consulta hecha el 16 de febrero de 2015.
- 38 El art. 102 de la LMV prevé supuestos para exceptuar de la obligación de realizar una oferta pública forzosa de adquisición, por ejemplo, en los casos que por una reducción del capital social el oferente resulte en 30% o más del total de acciones ordinarias; en los casos de adjudicación judicial o por herencia, etcétera.
- 39 El control puede ser del grupo mayoritario o del minoritario cuando es la minoría quien ejerce influencia en el sistema de representación, tiene acceso y está conforme con la administración.
- 40 Incursión hostil que realiza una persona o grupo de personas (invasores, *raiders*) para adquirir el control de una sociedad blanco del ataque (*target*) mediante la adquisición de algunas o todas sus acciones con derecho de voto que se encuentran en bolsa.
- 41 Véase Marcelo Pablo Savransky, “La responsabilidad del vendedor por pasivos ocultos en el contrato de compraventa de acciones sin garantía expresa de consistencia patrimonial”, en *Revista Argentina de Derecho Empresario*, núm. 7, 1 de abril de 2007, ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=42019&print=2. Consulta hecha el 15 de febrero de 2015.
- 42 Eduardo Roca, “Transferencia de paquetes de acciones”, en *El Derecho*, t. 9, Buenos Aires, 2000, pp. 968 y siguientes.
- 43 Isaac Halperin, *Curso de derecho comercial*, vol. II, Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 276.
- 44 Eduardo Roca, *op. cit.*, p. 973.
- 45 Eduardo Roca, *op. cit.*, p. 974; en igual sentido, “Paquetes o líos”, ED, 162-259, y “Paquetes no líos”, ED, 188-531.
- 46 Enrique Zaldívar, Rafael M. Manovil, Guillermo Ragazzi y Alfredo Rovira, *Cuadernos de derecho societario*, vol. III, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 232.
- 47 Martín Esteban Paolantonio, “Transferencia de acciones y patrimonio social; las garantías de consistencia”, en *Negocios sobre partes, cuotas, acciones y otros títulos societarios*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995, p. 87.
- 48 Ricardo L. Lorenzetti, “El deber de información y su influencia en las relaciones jurídicas”, *La Ley*, 1990-B, p. 996.
- 49 Cfr. Ernesto E. Martorell, “Paquetes accionarios de mega-empresas: problemática derivada de su transferencia”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Buenos Aires, año 83, núm. 28, 1999, pp. 1-4; y Eduardo Favier Dubois, ponencia reproducida en *Negocios sobre partes, cuotas, acciones u otros títulos societarios*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995, p. 73.

- ⁵⁰ Ernesto E. Martorell, “Paquetes accionarios de mega-empresas”, *op. cit.*, p. 4.
- ⁵¹ Efraín Hugo Richard, “Garantía por contingencias en el patrimonio social otorgada por el accionista que transfiere su participación. Transferibilidad de esa garantía”, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, núm. 34, Depalma, Buenos Aires, 2001, pp. 307 y siguientes.
- ⁵² NOM-028-SCFI-2007, Prácticas comerciales. “Elementos de información en las promociones coleccionables y/o por medio de sorteos y concursos”, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 19 de mayo de 2000; en vigencia desde el 18 de julio de ese año, que deroga la NOM-028-SCFI-1993, publicada en el DOF del 7 de diciembre de 2007.
- ⁵³ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de septiembre de 1990.

Capítulo

5

Suministro y suscripción

Propósitos

Al concluir este capítulo, el lector analizará y determinará los criterios para clasificar la mercantilidad del suministro, sus elementos, semejanzas y diferencias con la compraventa y demás particularidades que la ley y la doctrina exigen para el contrato de suministro, así como su naturaleza jurídica.

Concepto

El contrato de suministro es un negocio jurídico que surge como un instrumento idóneo para quienes requieren de manera constante bienes para su uso o consumo personal o el de su empresa, como ocurre con el gas, la energía eléctrica, la telefonía o internet; para el mantenimiento de maquinaria y equipo, o implementos necesarios para el funcionamiento de estos para la producción (por ejemplo, aceites y grasas lubricantes), que sin utilizarse directamente en la producción o transformación se requieren para hacer posibles estas y para el desarrollo de las actividades de producción, comercialización, procesamiento o transformación, así como para la integración de productos, partes, componentes, refacciones, etc., a maquinaria, equipo, aparatos o productos que el fabricante vende o el prestador de servicios incorpora sin transformarlos; para los productores de bienes, con la seguridad de que enajenarán durante un tiempo determinado sus productos y, por tanto, la conveniencia de adquirir maquinaria, equipo, insumos y servicios de personal para su producción; es decir, concebir y fabricar productos en el marco de una relación estable y duradera, dado que la adquisición de dichos bienes se garantiza aun cuando no pueda determinarse la cantidad, o aun haciéndolo, no sea conveniente adquirirlos como un todo en una sola operación en la que se deba pagar su precio desde inicio, o reservar espacios

para su almacenamiento o asegurar su consumo inmediato para evitar caducidad, pérdida o deterioro, pero que se precisa tener la seguridad de su ministración, sin necesidad de celebrar tantos contratos de compraventa como bienes se requieran.

Por todo ello, el suministro es un contrato de uso frecuente en la industria, tanto pesada como liviana, nacional e internacional, cuya función es asegurar un volumen fluido o una cantidad mínima de insumos o de bienes al productor¹ o al consumidor. El suministro permite a una de las partes recibir prestaciones periódicas o cantidades de cosas, a cambio de un precio que se determina en función de la cantidad de bienes y de otros factores como el costo de los insumos, la inflación o tarifas determinadas. Existe contrato de suministro cuando una persona, denominada *suministrante* o *suministrador*, se obliga a suministrar a otra, llamada *suministratario*, en forma periódica o continuada, ciertos bienes o servicios mediante el pago de un precio determinable en dinero, o en dinero y otros bienes, en función de las entregas, en cuanto a su fecha (precios sujetos a tarifa), cantidad (a mayor cantidad menor precio), calidad (el precio en función de la calidad) y naturaleza (el tipo de bienes o servicios a suministrar) y de otros conceptos.

A decir de Francesco Messineo, es un contrato por el cual una de las partes se obliga, mediante un precio, a ejecutar a favor de la otra prestaciones periódicas o continuadas de cosas,² por lo cual se incluye dentro de los contratos de ejecución periódica o continuada, ya que implica prestaciones que tienen lugar en fechas determinadas (periodicidad) o ininterrumpidas (continuidad). Ese contrato fue recogido apenas en el CCI de 1942, y aunque no está regulado en el CCo mexicano, algunos códigos de comercio extranjeros sí lo reconocen, como los de Guatemala (arts. 707 y ss.), Honduras (arts. 793 y ss.) y Perú (arts. 1604 y siguientes).

Mercantilidad del contrato

Aunque nuestro CCo no regula este contrato, en su art. 75, fracc. v, lo califica de acto de comercio cuando es realizado por las empresas de abastecimiento y suministros, así como a los actos análogos, por lo que cuando se realiza entre comerciantes, por uno de ellos o sobre cosas mercantiles, el contrato es de naturaleza mercantil; pero también existen suministros que aunque tengan tales características por la naturaleza de los bienes y sus destinatarios están regidos

por leyes de orden público, leyes administrativas como las del consumidor, o la de la industria de la energía eléctrica, la del petróleo y la del gas que se refieren a los contratos de suministro. Incluso la primera de ellas señala en su art. 5º que en lo no previsto por esta ley, se consideran mercantiles los actos de la industria eléctrica, por lo que se regirán por el CCo y, de modo supletorio, por las disposiciones del CCF; pero los contratos de suministros de dichos ordenamientos sí contienen normas especiales, y por ello la SCJN ha venido sosteniendo que se trata de contratos administrativos, habida cuenta de que no existe un plano de igualdad ni una relación de coordinación. Sin embargo, esos aspectos no son definitivos para erradicar al acto del derecho mercantil, ni para calificarlos de administrativos, porque si así fuera, los contratos con los consumidores tendrían también tal carácter.

COMISIÓN FEDERAL DE ELECTRICIDAD. LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA NO DEBEN CONSIDERARSE COMO CELEBRADOS ENTRE PARTICULARES, SINO COMO VERDADEROS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. Conforme a los artículos 30 de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica abrogada y 43 de su Reglamento, así como de la disposición general cuarta del Manual de disposiciones relativas al suministro y venta de energía eléctrica destinada al servicio público, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de marzo de 2013, en la suscripción del contrato de suministro de energía eléctrica no existe un plano de igualdad y, por tanto, no se genera una relación de coordinación. Lo anterior es así, si se toma en consideración que los formatos de contratos señalados son aprobados por la Secretaría de Economía, con visto bueno de la de Energía, dependencias de la Administración Pública Federal centralizada que disponen y ordenan su contenido, sin que puedan modificarse ni alterarse; que las obligaciones derivadas de la contratación, como lo relativo a... constituyen condiciones del contrato que derivan, no de la voluntad de la Comisión Federal de Electricidad, ni del usuario, sino de la Ley mencionada y de su Reglamento. En ese tenor, si en la suscripción del contrato de suministro de energía eléctrica el usuario se somete a las condiciones dictadas por la Secretaría de Economía, con visto bueno de la de Energía, y que derivan de la ley, sin posibilidad de negociación, se concluye que dichos contratos deben considerarse como verdaderos contratos administrativos.³

En cambio, en otra tesis un tribunal colegiado había reconocido la existencia del plano de igualdad entre las partes en el contrato de suministro de energía eléctrica a pesar de una limitante al principio de libertad contractual, que dijo está justificada, porque, de manera indirecta, se relaciona con el financiamiento y ampliación de un servicio público prestado por el propio Estado que tiene que

velar por el beneficio de la colectividad en su conjunto, lo cual –sostiene– no altera la relación contractual de coordinación entablada entre la Comisión Federal de Electricidad y el usuario del servicio público de energía eléctrica.

Esto, porque el que exista una limitante justificada al principio de libertad contractual no produce la modificación o alteración de la relación contractual establecida entre las partes, porque esta última dependerá de la adquisición de obligaciones y derechos recíprocos. Es decir, aunque las partes (Comisión Federal de Electricidad y usuario) no puedan convenir libremente el precio del suministro de energía eléctrica, ambas adquieren obligaciones y derechos recíprocos, porque el suministrador no puede dejar de prestar el servicio en forma injustificada o, inclusive, arbitraria y, por otro lado, el usuario queda obligado a pagar el precio, de manera tal que ante el incumplimiento de cualquiera de las cargas adquiridas o los derechos generados a partir de ese contrato, se verán obligados a acudir ante los tribunales ordinarios para dilucidar la controversia relacionada con la satisfacción o no de dichas obligaciones o la resolución de esos derechos.⁴

El CCo no contiene normas que regulen este contrato, aunque han existido proyectos como el del 30 de abril de 2012, publicado en la *Gaceta Parlamentaria*, número 3501-1, respecto de un decreto por el cual se reformarían diversas disposiciones del CCo, con la intención de reconocer como actos de comercio las “operaciones de suministro y de distribución y los contratos de franquicia”, en el art. 75, así como para regular dichos contratos,⁵ sin que a la fecha hayan tenido éxito. No obstante, la mercantilidad del contrato se encuentra como en el propio CCo, al referirse al suministro como acto de comercio, en el que se exige la intervención de una empresa, de una organización de los diversos factores de la producción que tenga por finalidad el cambio o la producción de bienes o servicios y su oferta a la clientela, si bien en la fracc. xxv dicho precepto reconoce como actos de comercio los análogos a los mencionados en el citado precepto.

Por ello, dada la suerte del acto mixto en México y la práctica del contrato por empresarios como suministrantes, así como la calificación de mercantil al contrato por el CCo, resulta remota la posibilidad de que haya contratos de suministro civiles, sobre todo en los casos en los que, como expresa Díaz Bravo, ambas partes, suministrante y suministratario, son empresarios, o cuando menos el suministrador, que es quien elabora, adquiere, transforma, extrae o comercializa los bienes que de manera periódica o continuada proveerá al

adquirente; así, el suministro de energía eléctrica es un contrato de carácter mercantil, independientemente de que se trate de un servicio público. El proyecto de reforma antes comentado califica en forma errónea de mercantil al suministro (art. 395) por el mero carácter oneroso, al expresar que es mercantil cuando el suministrador esté obligado a cumplir a favor de otra parte, denominada *suministrada* o *consumidor*, prestaciones periódicas o continuas de productos o servicios a cambio de una contraprestación; pero más bien lo es por ser empresario el suministrador.

Clases de suministro

Este contrato puede presentarse en diversas clases: como un contrato simple de suministro, como un contrato compensatorio o, como dice Lorenzetti,⁶ de acuerdo con las finalidades perseguidas por las partes y su semejanza con las contempladas en el ordenamiento, como: *a)* suministros configurados como compraventa en colaboración de larga duración; *b)* suministros conformados como cesión de uso en colaboración de larga duración (admitiéndose dos subclases de entrega de cosas: b.1, de valor con un alto costo de transferencia de la propiedad, y b.2, de valor o de escaso valor, pero con mucho volumen que el suministrado no puede adquirir [modalidad de consignación]); *c)* suministros como servicios en colaboración de larga duración; *d)* constitución en técnica dentro de un proceso de comercialización; y *e)* suministros especiales para componentes diseñados y fabricados. Asimismo, la *Ley de la Industria Eléctrica* se refiere al objeto del suministro eléctrico como el conjunto de productos y servicios requeridos para satisfacer la demanda y el consumo de energía eléctrica de los usuarios finales, y lo clasifica en: *a)* *suministro básico*, el suministro eléctrico bajo regulación tarifaria que se celebra con cualquier persona que lo solicite y que no sea usuario calificado; *b)* *suministro calificado*, el cual se celebra en un régimen de competencia con usuarios calificados; y *c)* *suministro de último recurso*, el suministro eléctrico bajo precios máximos con los usuarios calificados, por tiempo limitado, con la finalidad de mantener la continuidad del servicio cuando un suministrador de servicios calificados deje de prestar el suministro eléctrico.

A su vez, la *Ley de la Industria Eléctrica* mexicana reconoce que existen los siguientes suministros eléctricos: *a)* *suministro básico*: el suministro que se

provee bajo regulación tarifaria a cualquier persona que lo solicite y que no sea usuario calificado; *b*) suministro calificado, el suministro que se provee en un régimen de competencia a los usuarios cualificados; *c*) suministro de último recurso, el suministro que se provee bajo precios máximos a los usuarios calificados, por tiempo limitado, con la finalidad de mantener la continuidad del servicio cuando un suministrador de servicios calificados deje de prestar el suministro eléctrico; y *d*) contrato legado para el suministro básico: contrato de cobertura eléctrica que los suministradores de servicios básicos tendrán la opción de celebrar, con precios basados en los costos y contratos respectivos, que abarcan la energía eléctrica y productos asociados de las centrales eléctricas legadas y las centrales externas legadas.

En la práctica es frecuente el contrato de suministro de piezas para la fabricación de bienes industriales, por el cual el suministrante se compromete a vender las piezas de fabricación pactadas en el contrato conforme al programa de pedidos solicitados por el suministratario en las cantidades, calidades y demás especificaciones. La CCI ha elaborado un contrato modelo de suministro, redactado en idiomas inglés, francés y español y dispuesto para los comerciantes en el nivel internacional; además, existe también el contrato de suministro OEM (*Original Equipment Manufacturer*), por el cual se proveen productos o implementos que el suministratario se compromete incorporar al proceso de fabricación de sus productos que comercializa;⁷ por último, existen las Condiciones SC 96, 1996, que son condiciones generales elaboradas para los contratos de suministro de productos de fundición, forja y otros, utilizadas en los modelos de contratos de este tipo, puestas a disposición de los contratantes para que las utilicen.

Elementos personales

Son dos los elementos personales del contrato: el *suministrante* o proveedor o suministrador y el *suministratario* o, como le llama el proyecto de reforma, *consumidor*, quienes quedan vinculados por el contrato.

Elementos reales

La cosa. En el suministro, el objeto del contrato se constituye por cosas, en el

sentido corriente del término (combustibles, materiales de construcción, minerales, aditamentos, implementos, vituallas, mercancías de consumo general, etc.), pero también energías y fluidos, las que son cosas en sentido jurídico, pero siempre muebles (piezas, refacciones, implementos, etc.), lo que lo diferencia de la compraventa, en la cual también pueden ser objeto del contrato los bienes inmuebles y los derechos.

La cosa objeto del contrato debe ser determinada en cuanto a su especie y calidad, pero no en cuanto a su cantidad, porque esta es por lo general indeterminada, aunque no obsta que pudiera determinarse. Cuando las partes no expresan la cantidad por suministrar, pero establecen un límite mínimo y un máximo del entero suministro o de cada una de las prestaciones singulares, corresponde a la parte que tiene derecho a ello establecer, dentro de esos límites, la cantidad por entregarse en cada periodo; mientras que cuando se trata de entregas continuadas, el suministratario de ordinario decide, según sus necesidades, el volumen o cantidad por adquirir de los bienes. Al cierre de cada periodo se determina el precio en función de ese consumo y conforme al precio determinado por el suministrante según las reglas previstas en el contrato y, en su caso, según las tarifas o el precio oficiales o autorizados.

Cuando el objeto del contrato son cosas o servicios suministrados con ocasión de servicios públicos, el clausulado de los contratos y tarifas son aprobados por la administración pública; finalmente, cuando el suministrador es un particular y el suministratario es el Estado, el contrato debe realizarse conforme a las disposiciones especiales, como las previstas en la *Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público*, o la *Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles* de Yucatán.

El precio. Del concepto de suministro, contrato por el cual una de las partes (suministrador o suministrante) se obliga a entregar a otra (suministratario) bienes o servicios en forma periódica o continuada a cambio de un precio en dinero, se advierte que no se alude a *precio cierto*, como sucede en la compraventa, sino simplemente a un precio en dinero, debido a que las entregas son periódicas o continuadas y no siempre es posible ni conveniente determinar desde la celebración del contrato el precio al que habrán de sujetarse los bienes. En el contrato de suministro no existe una determinación del precio por pagarse en cada entrega de mercancías, no solo porque se ignora la cantidad de

mercancías por suministrar, sino porque el precio para cada una de las entregas depende de eventos futuros ajenos a las partes, como puede ser el incremento de los precios al consumidor o la inflación.

El precio en el suministro, como se dijo, se fija para cada entrega, ya que por virtud del contrato el suministrante debe hacer tantas entregas como periodos se hayan pactado en el contrato; se trata de una serie de prestaciones conexas entre sí en virtud de un solo acuerdo de voluntades, pero autónomas en cuanto al precio y cantidad. Por definición, en el suministro no es posible una prestación única, sino tantas como las partes convengan, y para cada una de ellas se determina un precio que puede ser igual o distinto.

Obligaciones y derechos del suministrante

Las obligaciones de las partes derivan de la tipología social y del derecho comparado, pero su fuerza vinculatoria se encuentra en el contrato de suministro, el cual, en tanto atípico en México, se rige conforme a las reglas de interpretación analógica, por las normas del contrato de compraventa, que es con el cual guarda mayor analogía, excepto respecto del plazo, el cual, según han sostenido los tribunales, se sujeta a las normas del arrendamiento, como veremos más adelante.

Entregar la cosa. El suministrante está obligado a entregar la cosa objeto del suministro al suministratario, conforme a los términos y las condiciones previstos por las partes, en forma periódica o continuada; esto es, por cada periodo señalado o de manera ininterrumpida. La entrega de la cosa puede ser real, jurídica o virtual (art. 2284, CCF). La entrega *real* consiste en la entrega material de la cosa objeto del suministro; la entrega *jurídica* se produce cuando, aun sin ser entregada materialmente la cosa, la ley la considera recibida por el suministratario; y la entrega *virtual* se da cuando el suministratario acepta que la cosa quede a su disposición (art. 378, CCo). Esta entrega queda supeditada a la entrega real de la cosa; aquella no significa más que la posibilidad de la posesión del suministratario respecto de la mercancía.

Al igual que en la compraventa mercantil, el suministratario adquiere la propiedad de los bienes suministrados y los riesgos de la cosa se transfieren, al igual que en la venta, solo a partir del momento en que el suministrante hace

entrega real, jurídica o virtual de la cosa (art. 377, CCo); mientras ello no ocurra, aun cuando el suministrante ya no es propietario, los riesgos de la cosa los sufre dicho suministrante.

Plazo de entrega. La entrega de la cosa debe hacerse en el tiempo pactado por las partes, de manera continua o periódica, pero no estará obligado a hacerlo en los casos siguientes: *a)* si el suministratario no paga el precio en el momento de la entrega, salvo que en el contrato se haya señalado un plazo para su pago (art. 2286, CCF); *b)* si a pesar de haber concedido un plazo para el pago, el suministratario se halla en estado de insolvencia, de suerte que el suministrante corra inminentemente riesgo de perder el precio, a no ser que el suministratario le dé fianza de pagar en el plazo convenido (art. 2287, CCF); *c)* si el suministratario ha sido declarado en concurso, a no ser que se le pague el precio o se le garantice su pago (arts. 92 y 96, LCM), y *d)* si el suministratario ha sido declarado en concurso y los bienes están en ruta para su entrega material al concursado, en cuyo caso el suministrante puede oponerse a la entrega, ya sea variando la consignación o deteniendo la entrega material de los mismos, aunque no disponga de los documentos necesarios para variar la consignación (art. 94, LCM).

En el caso de concurso del suministrante, el suministratario tiene derecho a exigir la entrega de la cosa previo pago de su precio, si la venta se perfeccionó conforme a las disposiciones legales aplicables (art. 95, LCM).

Lugar de entrega. La entrega de la mercancía debe hacerse en el lugar previsto por las partes, de ordinario en el domicilio o establecimiento del suministratario; pero a falta de pacto, en el lugar que según la naturaleza del negocio o la intención de las partes sea el adecuado, conforme a la intención de las partes o el arbitrio judicial.

Forma de entrega. El suministrante deberá hacer las entregas periódicas o continuadas de la cosa en la forma pactada en el contrato, o en la forma usual según su naturaleza, empacada, embalada o envasada, o conforme a lo pactado por las partes (art. 372, CCo).

Gastos de entrega. Salvo que otra cosa se haya pactado, todos los gastos que se ocasionen hasta poner las mercancías pesadas o medidas a disposición del suministratario serán a cargo del suministrante, como los gastos de empaque, embalaje o envase de las mercancías; los de transporte y los recibos y la

extracción fuera del lugar de la entrega serán por cuenta del suministratario.

Garantizar las calidades de la cosa. El suministrante debe garantizar las calidades de la cosa. Si las partes pactaron una calidad determinada, o la venta se hizo sobre muestras o calidades determinadas y conocidas en el comercio, el suministrante debe cumplir con dicha calidad o muestra. A falta de pacto, responde por mercancías de mediana calidad.

Responder de los vicios o defectos ocultos. El suministrante está obligado al saneamiento por los defectos ocultos de la cosa suministrada que la hagan impropia para los usos a que se la destina, o que disminuyan de tal modo este uso que, de haberlo conocido el suministratario, no hubiere hecho la adquisición o habría dado menos precio por la cosa.

Dicha responsabilidad existe con independencia de que el suministrante conociera o no dichos vicios. La misma se debe por el solo hecho objetivo de la presencia del vicio, independientemente de todo presupuesto de culpa del suministrante; esto es, el fundamento de la responsabilidad del suministrante y de su deber de mantener indemne al suministratario se reconduce a un hecho de incumplimiento, de no proporcionar al suministratario la cosa inmune de vicios.⁸

Saneamiento para el caso de evicción. El suministrante tiene la obligación de garantizar el uso y la disposición pacífica del bien al suministratario; por ello, salvo pacto en contrario, el suministrante debe responder del saneamiento para el caso de evicción (*evincere est aliquid vincendo auferre*); esto es, debe asumir la responsabilidad frente al suministratario para el caso de que este se vea privado total o parcialmente del bien en virtud de una sentencia firme emitida a favor de un tercero por un derecho adquirido por este anterior a la compraventa.

Recibir el precio. El suministrante tiene derecho a recibir el precio de las entregas hechas al suministrante, en los plazos y términos previstos en el contrato.

Fijar el precio. Por las características anunciadas del suministro el precio no se fija ni se puede fijar de antemano, puesto que las partes ignoran las cantidades o el volumen de las mercancías que serán adquiridas por el suministratario y porque algunos de los bienes objeto del suministro están sujetos a precios o tarifas oficiales o previamente autorizados; de ahí que el suministrante tenga derecho por lo general a fijar los precios de las entregas subsecuentes, sin

menoscabo del derecho del suministratario a no aceptar dicho precio y, en su caso, a convenir en la terminación del contrato.

Obligaciones y derechos del suministratario

Pagar el precio. Pagar el precio constituye la obligación principal del suministratario, la cual debe pagar, por cada entrega de mercancías que se le haga en forma periódica o continuada, en los plazos previstos en el contrato. De ordinario se concede al suministratario un plazo que oscila entre 30 y 60 días para que cubra el precio de cada entrega. Como dijimos, existe autonomía respecto de cada entrega y, por tanto, de cada precio. No se trata de diversos contratos de compraventa o de una compraventa por cuotas, porque las partes manifiestan su voluntad por una sola vez en el suministro, y en ella convienen en que el suministrante le transfiera la propiedad y entregue las mercancías en las cantidades o cuotas pactadas, o dentro de un mínimo o un máximo, a cambio de un precio que se fija por cada entrega, mientras que en la compraventa por cuotas la entrega y prestación se fraccionan.

Recibir la cosa. Es obligación del suministratario recibir la cosa objeto del contrato en el lugar, plazo y demás condiciones previstas en el contrato; se trata de una obligación de liberar al suministrante de la carga de la custodia de la cosa, así como de asumir los riesgos de la misma y los gastos de su recibo o extracción fuera del lugar de la entrega. Siendo obligación del suministratario la recepción de la cosa, la mora en recibirla faculta al suministrante para hacerla depositar por cuenta y riesgo del suministratario (por analogía, el art. 387 del CCo), y para recibir lo que en su caso hubiere erogado por el depósito, sin obligación de responder de la conservación de la cosa, salvo por culpa grave o dolo (por analogía, el art. 2292 del CCF).

Mínimos y máximos. Salvo pacto en contrario, el suministratario tiene derecho a determinar, dentro del mínimo y máximo previsto en el contrato, la cantidad o el volumen de bienes que el suministrante debe entregarle en cada periodo; o bien, si se trata de entregas continuadas, determinarlos de manera automática con el simple consumo de los mismos. El proyecto de reforma del CCo señala, en el art. 396, que si las partes han fijado un límite máximo y uno mínimo para el total del suministro o para cada prestación, corresponde al consumidor determinar la cuantía del suministro; si las partes han fijado solamente un límite

máximo, corresponderá al consumidor determinar la cuantía, sin exceder dicho máximo; y si las partes contratantes se remiten a la capacidad de consumo o a las necesidades ordinarias, el consumidor podrá determinar las cantidades que su capacidad de consumo le impongan.

Cláusulas usuales y características

De interés particular resultan dos de las cláusulas: *de exclusiva* y *de preferencia*, que suelen incorporarse en los contratos de suministro.

Cláusula de exclusiva. Consiste en la cláusula por la cual el suministratario se obliga a adquirir exclusivamente del suministrante los bienes objeto del contrato y a no producir o adquirir de terceros bienes de la misma naturaleza de aquellos. Es decir, que el suministratario no adquirirá las mismas o similares mercancías o servicios de terceros, y que el suministrador no suministre a terceros que operen dentro de una zona determinada los mismos bienes objeto del contrato. Cuando la cláusula es a cargo del suministrante, este asume la obligación de suministrar exclusivamente al suministratario los bienes objeto del contrato y, por tanto, se obliga a no suministrar dichos bienes a terceros.

Esta cláusula podría dar lugar a contrariar la libre competencia y la libertad de comercio consagradas en la Constitución mexicana, pues se trata de una obligación de no hacer, de no enajenar o no adquirir a o de terceros, por lo cual, para que sea válida, debe tener límites personales, en cuanto al sujeto que la impone o se beneficia de ella (un agente económico con poder sustancial en el mercado no puede imponerla en los contratos que celebra), y temporales, en cuanto espacio y tiempo; de otra manera sería contraria, como se dijo, a la libre competencia, implicaría cláusula monopólica relativa o una limitación a la libertad de comercio.

En aras de dicha libertad, la prohibición de convenios en los cuales una persona renuncie temporal o permanentemente a ejercer determinada profesión, industria o comercio, solo es válida cuando la misma se refiera a una zona determinada y a un tiempo también determinado. Asimismo, dicha cláusula solo es válida cuando quien la impone no tiene poder sustancial en el mercado relevante al que pertenezcan los bienes.⁹

La cláusula de exclusiva no implica solo una obligación de adquirir, sino también de no hacer, de no adquirir de otro (o de no vender a otro) otra mercadería del mismo género de la que es objeto del contrato. Se trata de una cláusula que aunque es común en el contrato de suministro, no es una cláusula natural, sino accidental y, por tanto, debe ser pactada expresamente en el contrato para que surta efectos entre las partes. Sin embargo, Barbero sostiene que cuando en el contrato se hubiere pactado el suministro de lo necesario del mercado que haga falta al adquirente, podría contemplarse como implícita la cláusula de exclusiva, conforme a los usos.¹⁰ Los alcances de la exclusiva son no solo la obligación de no adquirir onerosamente de tercero, sino también la de no adquirir ni a título gratuito, en tanto este sea de tal modo que viole la exclusividad, ni a producir las cosas que constituyen objeto del contrato, como lo expresa el Código Civil italiano en su art. 1567.

Cláusula de preferencia. Es el pacto por el cual el suministrante o el suministratario se obligan a dar preferencia a su contraparte en igualdad de condiciones respecto de terceros para el caso de futuros contratos de la misma naturaleza. Quien tiene a su cargo el pacto de preferencia deberá comunicar a la otra parte las condiciones que le han sido propuestas, para que decida si en uso de ese derecho el contrato se celebra con dicha parte o si renuncia al mismo.

Se podría decir que detrás de estos pactos existe, además de la conveniencia económica manifiesta, la no competencia o concurrencia de otros comerciantes y hasta la existencia de monopolios en el mercado. Dichas cláusulas aseguran al proveedor la salida de sus productos o servicios en el tiempo y en la cantidad convenidos; evitan el riesgo económico que implican ciertas medidas para asegurar la producción, y que pueden ser gravosas si se piensa, por ejemplo, en el incremento de la planta de personal, la ampliación del establecimiento o la adquisición de mayor cantidad de materias primas, todas ellas con el riesgo de que los productos no sean vendidos a terceros. No obstante lo anterior y la validez de dichas cláusulas, existe un peligro latente que consiste en el abuso por parte del suministrador, manifiesto mediante la imposición de precios o condiciones de tal naturaleza que el suministratario se encuentre en imposibilidad de adquirir los bienes por la excesiva onerosidad, y a la vez ante la limitante de no adquirirlos de terceros debido al pacto de exclusiva.

Si las partes no definen con claridad y precisión las condiciones y los términos del suministro, puede llegarse a esos abusos, así como al exceso por parte del

suministratario para determinar la cantidad de bienes por recibir de manera periódica o continuada, ya que puede llegar al extremo de no requerir tales bienes a pesar de que el suministrador haya enviado personal expresamente destinado a llevar tales bienes, con los consiguientes perjuicios económicos. En cuanto al suministratario, estas cláusulas le permiten también asegurarse de que únicamente a él, y no a su competencia de la zona (colonia, delegación, sector, ciudad, etc.), le serán enajenados los bienes de que se trate, para su reventa, transformación o procesamiento.

Es frecuente encontrar dichas cláusulas, sobre todo la de exclusiva, en las industrias del calzado y de la cerveza. En esta última se establece tanto en los casos de arrendamiento de locales como en los préstamos de dinero o ventas en abonos que hacen los fabricantes a los detallistas necesitados; aunque es más frecuente que lo hagan por medio de contratos de distribución en los cuales el empresario, fabricante o productor vende las mercancías al distribuidor con un precio de descuento en relación con el precio para el público, que de ordinario es fijado por el empresario, con el incentivo de conceder un descuento adicional a partir de un volumen determinado de compras. Estas quedan fijadas por las partes, ya sea mediante cuotas mínimas periódicas o sin ellas, pero en todo caso el empresario determina las políticas de venta, la zona exclusiva o no para el distribuidor, así como incluso la publicidad y el mantenimiento de imagen del producto y las marcas del empresario, a cambio de ciertos incentivos para el distribuidor, los cuales se denominan *bonificaciones* y se compensan con el precio a pagar por la adquisición de sus productos.¹¹

Naturaleza jurídica

Se ha discutido si este contrato es un contrato distinto o *diferenciado* de la compraventa, un contrato de arrendamiento de servicios o de arrendamiento de bienes, debido a que implica casi siempre la transmisión de propiedad y, de forma necesaria, el transcurso del tiempo. Se trata de un contrato que, aun cuando no está regulado en la legislación mexicana, es reconocido por la práctica y por la doctrina, y goza de tipología social, lo que lo constituye en un contrato distinto del de compraventa, tal como ha sido reconocido por los tribunales federales,¹² a pesar de que ambos son traslativos de dominio, pues dadas las diferencias que guarda con la compraventa, no cabe duda de que es un

contrato distinto de esta figura.

La Convención de Viena considera compraventas los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas, a menos que la parte que las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción; sin embargo, aunque ambos son traslativos de dominio, la función y causa del contrato de suministro consiste en satisfacer las periódicas y continuas necesidades del suministrado, sin que este tenga que estipular tantos contratos de compraventa como periodos de necesidad se le presenten, dándole seguridad en la percepción de las cosas, las cuales obtendrá en forma constante y a cambio de un precio que se determinará para cada entrega. “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.”¹³

Aun cuando los contratantes están vinculados en una unidad formal, en el contrato de suministro, el objeto de la prestación se constituye en diversas prestaciones conexas entre sí, independientes y autónomas materialmente, pero unidas de forma jurídica por un solo contrato: el contrato de suministro, que lo diferencia de la compraventa, tal como lo reconocía la extinta Tercera Sala en la siguiente tesis aislada:

CONTRATOS MERCANTILES POR TIEMPO INDETERMINADO, CONCLUSIÓN DE LOS (SUMINISTRO DE MERCANCÍAS). Si bien por regla general, para dar por terminado un contrato de duración indefinida, es necesario el consentimiento mutuo de las partes, atenta esta circunstancia, cuando se trata de un contrato no expresamente reglamentado en el Código de Comercio, serán aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de las causas que invalidan o rescinden los contratos, conforme a las cuales son aplicables, en lo que fueren omisas las partes, las disposiciones de más analogía, y en el caso de un contrato de suministro de determinada mercancía, son las disposiciones que previenen que concluirán a voluntad de cualquiera de las partes, previo aviso dado a la otra parte en forma indubitable, los contratos de arrendamiento que no se hayan celebrado por tiempo expresamente determinado.¹⁴

En el concepto de suministro no se alude a *precio cierto*, como sucede en la compraventa, sino simplemente a un precio en dinero, debido a que las entregas son periódicas y no siempre es posible ni conveniente determinar desde la

celebración del contrato el precio al que habrán de sujetarse los bienes. En la compraventa, la cosa vendida se entrega de una sola vez o en actos distintos, pero en todo caso es una cosa unitaria determinada en cantidad y calidad, aun cuando se trate de géneros en los que habrá de individualizarse, y en el contrato de suministro, la obligación de entrega se cumple de manera sucesiva, requiere el transcurso del tiempo, las partes se obligan a la entrega de cosas y al pago de su precio, en entregas y pagos sucesivos y en periodos determinados o determinables. De lo anterior resulta que el contrato de suministro es un contrato traslativo de dominio, de tracto sucesivo y hasta ahora atípico en México, pero diferente del de compraventa, con el que desde luego comparte semejanzas pero guarda también distancia, como veremos enseguida.

Semejanzas y diferencias con la compraventa

Si no fuera por la diferencia sustancial que guarda el suministro con la venta,¹⁵ podría aceptarse que el suministro es una especie diferenciada de venta, como algunos autores sugieren,¹⁶ e incluso como lo sostuvo el Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito en una tesis reciente, en la que estimó que el suministro es un tipo especial del contrato de compraventa, o una especie de compraventa, y que, por tanto, “no se puede pretender que el suministro y la compraventa sean dos contratos distintos, sino que aquél es una especie de éste y, por ello, le son aplicables las disposiciones normativas que regulan la compraventa mercantil”.¹⁷

No se comparte esta consideración porque el contrato de suministro, si bien guarda similitudes con el de compraventa, es diferente de dicho contrato, según se observa enseguida, ya que siendo atípico en la ley y solo por ello, pero no porque se trate de una modalidad de la compraventa, es natural que por la analogía que guarda con la compraventa se le apliquen las normas de esta, sin que ello implique que se trate de una compraventa, como expresa la tesis en cita. Sorprende desde luego la consideración de ese tribunal, pues en una tesis anterior a la que se ha hecho mención la extinta Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia ya había considerado el contrato de suministro como un contrato autónomo y distinto de la venta.

Aunque en ambos contratos, suministro y venta, los elementos objetivos (cosas)

y los subjetivos (personas) son iguales, las diferencias entre uno y otro contrato son determinantes. La función del suministro consiste en satisfacer las periódicas necesidades del suministrado, sin que este tenga que estipular tantos contratos de compraventa como periodos de necesidad se le presenten, dándole seguridad en la percepción de las cosas objeto del contrato, las cuales obtendrá en forma constante según sus necesidades, pudiendo incluso existir variación en el precio inicial a partir de cualquiera de las entregas, previa notificación al suministrado y aceptación por parte de este, y dicha función y causa del suministro lo diferencian de la venta, como se verá enseguida.

- a) *Por la cosa objeto del contrato.* El suministro tiene por objeto siempre bienes muebles, cosas, en el sentido corriente del término (combustibles, materiales de construcción, minerales, energía, lubricantes, etc.); en cambio, pueden ser objeto de una compraventa tanto bienes muebles (incluidos los derechos) como bienes inmuebles.
- b) *Por los efectos del contrato.* Si bien en el suministro existe un intercambio de cosas por un precio, como ocurre en la compraventa, en esta la perfección del contrato determina típicamente (salvo caso de impedimento como en géneros, cosa ajena o cosa futura) la transferencia de la titularidad del derecho negociado, esto es, la compraventa de ordinario tiene efectos reales; en el suministro, en cambio, la perfección del contrato no determina una transferencia de propiedad inmediata, sino típicamente una obligación de suministrar o de proveer, esto es, produce efectos meramente obligatorios entre las partes: proveer en forma periódica o continua cosas convenidas, pactadas de forma normal en su género, contra un precio determinado según cada entrega individualizada.

Es decir, el contrato de suministro, si bien es consensual como la compraventa, siempre es de eficacia puramente obligatoria; en cambio, la venta puede ser de eficacia real cuando la cosa objeto del contrato es cierta y determinada, en cuyo caso la transmisión de la propiedad se verifica por mero efecto del contrato.¹⁸

- c) *Por las entregas.* La diferencia entre la venta y el suministro se hace más patente cuando se trata de venta por cuotas, en la cual el prorrateo corresponde a la ejecución o el cumplimiento de la prestación negociada de manera unitaria en el fraccionamiento de una sola prestación, mientras que

en el suministro la distribución de las entregas no es más que la consecuencia de la pluralidad de los objetos y de las correspondientes prestaciones comprometidas, tantas como las partes convengan en el contrato durante la vigencia del mismo.

En el suministro, cada una de las entregas (periódicas) queda sujeta a un régimen autónomo en cuanto a su precio. Este puede variar en cada entrega (las partes establecen por lo general una cláusula de “previo aviso” o “sin aviso” para el incremento del precio, o bien la sujetan de acuerdo con “los precios oficiales”) o con los precios de los insumos de las materias primas. Tratándose de bienes cuyo suministro se pacta en forma continuada o ininterrumpida, el precio se paga de conformidad con los vencimientos de uso o consumo periódicos. En la compraventa se trata de una sola prestación fraccionada cuyo precio es cierto y determinado desde la celebración de la misma, o bien determinable, pero siempre respecto de una sola prestación.

En efecto, en la compraventa el precio siempre es cierto y determinado desde la celebración de la misma, o bien es determinable, evento que no ocurre ni es aconsejable que ocurra en el suministro porque en este las prestaciones son múltiples y por lo general indeterminadas en cuanto a su cantidad o volumen y, como consecuencia, indeterminado su precio. La obligación contraída al celebrar el contrato de entregar mercancías en periodos futuros hace prácticamente imposible e inconveniente determinar el costo y, en consecuencia, el precio de las mercancías, más aún tratándose de bienes cuyo suministro se pacta en forma continuada o ininterrumpida, ya que por regla general su precio se autoriza por las autoridades y se determina conforme a los vencimientos de uso o consumo periódicos.

d) Por la determinación de la cantidad. En la compraventa, el bien o cosa objeto de la compraventa debe quedar determinado en cuanto a su cantidad desde la celebración del contrato; en el suministro, en cambio, no se requiere dicha determinación, ya que las entregas periódicas o continuadas se hacen en función de las necesidades del suministratario y de la capacidad de producción del suministrador, sin perjuicio de que las partes convengan en fijar mínimos y máximos garantizados para que ambas partes tengan la certeza del cumplimiento del contrato y la conveniencia de continuarlo.

- e) *Por la ejecución.* La compraventa es un contrato de ejecución instantánea, y los derechos y las obligaciones de las partes quedan determinados y perfeccionados en el momento de la celebración del contrato. El suministro, en cambio, es un contrato de tracto sucesivo; su cumplimiento solo es posible con el transcurso de cierto tiempo, que se manifiesta mediante entregas periódicas (bienes tangibles) o continuadas (fluidos o líquidos), como ocurre por ejemplo con los servicios de teléfonos, gas o energía eléctrica, en los que no obstante que existan ya tarifas autorizadas, no puede aludirse a un precio determinado entre las partes, porque se ignora cuál será el total del gas y la energía eléctrica consumidos o de las llamadas telefónicas y, en su caso, de acuerdo con las tarifas autorizadas.
- f) *Por el fraccionamiento de la prestación.* En el suministro, el suministrante está obligado a efectuar varias prestaciones respecto de bienes de inicio fungibles, que constituyen una serie de prestaciones conexas entre sí, aunque autónomas en cuanto al precio y cantidad; por definición, no es posible una prestación única, mientras que en la compraventa, aun cuando esta se cumpla en varios momentos, en entregas parciales, se da el fraccionamiento de una prestación única, que tiene lugar en orden a la ejecución del contrato y no a la formación del mismo. Así, en la compraventa denominada *a entregas por cuota*, tanto la cantidad, peso o volumen de la cosa objeto de entrega por cuotas o fracciones singulares, como el precio total de prestación única, se determinan desde la celebración del contrato.
- g) *Por el precio.* Como se dijo, en el concepto de suministro, contrato por el cual una de las partes (suministrador o suministrante) se obliga a entregar a otra (suministratario) bienes o servicios en forma periódica o continuada, a cambio de un precio en dinero; no se alude a *precio cierto*, como sucede en la compraventa, sino simplemente a un precio en dinero, esto debido a que las entregas son periódicas y no siempre es posible ni conveniente determinar desde la celebración del contrato el precio al que habrán de sujetarse los bienes.

En el contrato de suministro no existe de inicio una determinación del precio por pagarse en cada entrega de mercancías, no solo por el hecho de que se ignora la cantidad de mercancías por suministrar, sino porque el precio para cada una de las entregas depende de eventos futuros ajenos a las

partes, y en otras ocasiones a tarifas impuestas o autorizadas por el Estado, como se reconoce en la tesis siguiente: “ENERGÍA ELÉCTRICA. LA GARANTÍA DE AUDIENCIA NO ES APLICABLE EN LA FIJACIÓN DE TARIFAS PARA EL SUMINISTRO Y VENTA DEL SERVICIO... La fijación de dichas tarifas no depende de la voluntad o de la capacidad económica de los consumidores, sino de los costos de generación, distribución, suministro y venta del servicio, así como del estado financiero del organismo prestador del servicio.”¹⁹

De ahí que las partes convengan en facultar al suministrador para variar el precio inicial a partir de cualquiera de las fracciones en que se dividan las entregas, mediante simple aviso dado a la otra parte con la antelación pactada, como lo podría hacer el vendedor hasta antes de la celebración de la compraventa, quedando el suministratario 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.²⁰

Características del contrato de suministro

Entre las características del contrato resaltan básicamente las siguientes, además del consentimiento:

- a) *Sobre bienes muebles*. Tal como se ha señalado, el objeto del contrato se constituye siempre por cosas muebles.
- b) *De tracto sucesivo*. El suministro es un contrato de duración, y su ejecución solo es posible mediante el transcurso del tiempo (entregas el día 15 de cada mes, semanalmente, etc.); las prestaciones deben ser periódicas o continuas, refiriéndose *la continuidad a prestaciones ininterrumpidas (suministro de energía eléctrica)*.
- c) *De adhesión*. Aunque no siempre, por regla general el contrato de suministro es un contrato de adhesión, sobre todo cuando su objeto está constituido por bienes cuyo consumo es indispensable o cuya producción se realiza por empresarios autorizados o concesionados por el Estado.
- d) *De necesidad*. Una característica propia del contrato de suministro es la

necesidad del suministratario de bienes por ser suministrados, la cual puede ser ilimitada o limitada dentro de los límites máximo y mínimo convenidos, conforme las partes lo establezcan en el contrato, o conforme a la necesidad normal del suministratario; y

e) TraslATIVO de dominio. El contrato de suministro es un contrato traslativo de dominio en virtud del cual los bienes entregados en forma continua o periódica pasan a propiedad del suministratario.

Terminación

El contrato de suministro puede terminar, como cualquier otro contrato, por haber vencido el plazo de duración, por acuerdo de las partes, por incumplimiento de algunas de ellas o bien por decisión unilateral de una de las partes. En el suministro puede pactarse un plazo determinado para la vigencia del mismo, o no señalarse plazo; en este último caso, la parte que desee dar por terminado el contrato, salvo lo pactado por las partes, debe dar aviso de terminación con antelación a la otra parte. Para determinar la forma y el plazo de anticipación con los cuales debe hacerse ese aviso de terminación, se debe tomar en cuenta que siendo el suministro un contrato atípico en la ley, se debe acudir a las reglas de interpretación de los contratos previstas en el CCF, las que previenen que los contratos que no están especialmente reglamentados se regirán por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y, en lo que fueren omisas, por las disposiciones de contrato con el que tengan más analogía (art. 1858, CCF).

Ni el CCo ni el CCF establecen plazos para el aviso de mérito, sino en todo caso para cumplir obligaciones de dar o de hacer, pero no para resolver obligaciones, por lo que se debe acudir a las normas del contrato con el que el suministro guarda mayor analogía; si bien es verdad que indudablemente el suministro tiene en gran medida analogía con la venta, no menos cierto es que por tratarse de un contrato de tracto sucesivo también presenta analogía con el arrendamiento. Incluso, los tribunales federales han considerado que el suministro guarda más analogía con el arrendamiento por el tracto sucesivo necesario en ambos, a diferencia de la venta: “ELECTRICIDAD, NATURALEZA DE LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO DE. Los contratos de suministro de energía eléctrica, que tienen grandes analogías con los de arrendamiento...”²¹ Así las cosas, la extinta Tercera

Sala de la Suprema Corte de Justicia ha considerado que el contrato de suministro por tiempo indeterminado puede darse por terminado por cualquiera de las partes conforme las normas previstas para el contrato de arrendamiento, como se ve en la tesis antes transcrita.”

De conformidad con esta tesis, la terminación voluntaria del contrato de suministro queda sujeta a la forma y los términos de conclusión previstos por el CCF para los contratos de arrendamiento que no se hayan celebrado por tiempo expresamente determinado; específicamente mediante aviso dado a la otra parte en forma indubitable, sin que indique conforme a qué tiempo de anticipación, no obstante que el CCF distingue entre los contratos de arrendamiento de bienes muebles y de bienes inmuebles, y dentro de estos los de bienes rústicos y los de bienes urbanos.

En efecto, el CCF, en su art. 2478, dentro del capítulo VII, “Disposiciones especiales respecto de los arrendamientos por tiempo indeterminado”, ubicado en el título sexto, “Del arrendamiento”, previene que todos los arrendamientos que no se hayan celebrado por tiempo expresamente determinado concluirán a voluntad de cualquiera de las partes contratantes, previo aviso por escrito dado a la otra parte con 15 días de anticipación, si el predio es urbano, y con un año si es rústico.

Con base en lo anterior, resulta oscura y dudosa la interpretación y aplicación de este precepto al suministro, en primer lugar porque dicho precepto, reformado por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 21 de julio de 1993, no exige que dicho aviso se haga en forma indubitable, que no deje lugar a dudas, sino simplemente que se avise por escrito de la terminación; en segundo término, porque el art. 2478 citado se refiere solo a bienes inmuebles, al paso que los bienes objeto del suministro son bienes muebles; y en tercer lugar porque el CCF distingue de manera clara el arrendamiento de bienes inmuebles del de bienes muebles, y el art. 2459 previene la aplicación de las disposiciones del título sexto que sean compatibles con la naturaleza de dichos bienes.

En la especie, en tanto que el suministro tiene por objeto bienes muebles, se considera que en su caso debe aplicarse lo dispuesto por el art. 2460 del CCF, precepto que se encuentra dentro del capítulo VI del mismo título sexto, “Del arrendamiento de bienes muebles”, que señala expresamente que si en el contrato no se hubiere fijado plazo, ni se hubiere expresado el uso a que la cosa

se destina, el arrendatario será libre de devolverla cuando quiera y el arrendador no podrá pedirla sino después de cinco días de celebrado el contrato; ese derecho que la ley confiere al arrendador para pedir la cosa en cualquier tiempo pasados los cinco días, o en cualquier tiempo por el arrendatario, deben ser aplicados al suministro y no el diverso art. 2478, porque este se refiere a bienes inmuebles.

No se soslaya que el art. 2460 del CCF exige dos condiciones: que no se hubiere fijado plazo ni se hubiere expresado el uso a que la cosa se destina, y si se parte del supuesto de que no se fijó plazo en el contrato de suministro y que en este no existe obligación alguna de las partes para destinar los bienes a un fin determinado, entonces pasados cinco días de celebrado el contrato el suministrante puede dar por terminado el contrato, sin necesidad del preaviso, y el sumministrario en cualquier tiempo, conforme lo previene el art. 2460 del CCF, sin necesidad de preaviso, sin perjuicio de la obligación de la parte que lo da por terminado de pagar, en su caso, los gastos o daños y perjuicios que la falta de la entrega o de la compra del siguiente periodo ocasione a la contraparte, pero no por las subsecuentes.

De lo anterior se desprende que, en atención a que nadie está obligado a permanecer ligado a un contrato de manera indefinida, y que el art. 2460 es una norma especial que determina la forma de dar por terminado un contrato de tracto sucesivo respecto de bienes muebles, solo podría ser aplicable el art. 2478, y como consecuencia la obligación de avisar de la terminación con 15 días de anticipación, cuando las partes hubieran señalado de modo expreso en el contrato de suministro que los bienes objeto del mismo se adquieren para un fin determinado (por ejemplo, para su venta a tercero), en cuyo caso el contrato no podrá darse por terminado voluntariamente sino mediante aviso dado con 15 días de anticipación.

En efecto, se considera que por la naturaleza de los bienes objeto del suministro –bienes muebles– debe prevalecer lo dispuesto por el art. 2460 del CCF, y que solo es procedente la aplicación del art. 2478 del mismo ordenamiento cuando las partes han fijado expresamente el destino de los bienes suministrados, en cuyo caso debe aplicarse el término de 15 días y no de un año, por ser el más corto y porque el suministro es un contrato mercantil sujeto a las normas y espíritu del CCo, que establece términos más breves para los contratos mercantiles, dada la celeridad del comercio, aun cuando se trate de materias primas o insumos, ya que en todo caso son bienes muebles y no podría siquiera

hacerse el símil entre las materias primas o insumos con los bienes rústicos y los productos terminados con los bienes urbanos. En Italia, el art. 1569 del Código Civil exige un preaviso con antelación prudente, conforme a la naturaleza e importancia de los bienes objeto del suministro.

En todo caso, el aviso de terminación del contrato de suministro por parte del suministrante no puede hacerse sino pasados cinco días de celebrado el mismo (art. 2460, CCF), pero el suministratario podrá hacerlo en cualquier tiempo y la parte que lo dé por terminado deberá responder, salvo pacto en contrario, como se dijo, de los daños y perjuicios ocasionados a la otra parte por la falta de entrega o de adquisición por el subsecuente periodo, salvo el caso de suministro de bienes sujetos a concesión o autorización del Estado, en los que el suministrante no puede dar por terminado el contrato sino solo por causas imputables al suministratario, ya que en estos casos los bienes objeto del suministro constituyen un servicio público.

Otra causa de terminación del contrato es el incumplimiento de una de las partes. Se trata del pacto comisorio tácito contenido en los contratos bilaterales, por el cual la parte que cumple tiene el derecho de exigir de la otra que no cumple la resolución del contrato más el pago de los daños y perjuicios. En el derecho italiano, Messineo, en apego al Código Civil de ese país, sostiene que cuando el contrato es de tiempo indeterminado, cualquiera de las partes puede separarse de él dando un preaviso con el término pactado o de costumbre, o con el término que la naturaleza del contrato comporte, y señala que la ejecución del contrato puede ser suspendida por el suministrante, por incumplimiento aun de una sola prestación por parte del suministratario; pero si el incumplimiento es de escasa importancia, debe proceder el oportuno preaviso, y que el contrato puede resolverse, a petición del suministrado, por incumplimiento del suministrante si dicho incumplimiento es de notable importancia, y es además de tal naturaleza que disminuya la confianza en la exactitud de los posteriores cumplimientos.²²

En nuestro derecho no se distingue el incumplimiento de la prestación, por lo que ante cualquier incumplimiento de una de las partes, la otra tiene derecho a exigir judicialmente el cumplimiento o la resolución del contrato, y, en ambos casos, el pago de daños y perjuicios conforme lo previene el art. 1949 del CCF, a menos que las partes hayan convenido en el acto comisorio expreso, el cual facultaría a la parte que cumplió a rescindir de manera automática el contrato, sin necesidad de declaración judicial.

Contrato de suscripción. Su concepto, generalidades y diferencias con el contrato de suministro

El contrato de suscripción, no obstante su uso cotidiano, no se encuentra regulado por la legislación mexicana. Es un contrato que guarda cierta analogía con el contrato de suministro debido a que por medio de aquel una parte se obliga a entregar a la otra, en forma periódica, bienes muebles por un tiempo determinado y a cambio de un precio. Se trata del contrato por el cual el empresario se obliga a transferir al suscriptor, a cambio de un precio cierto, una o más publicaciones periódicas o libros que han de publicarse en series, tomos o fascículos. Es un contrato atípico, innominado, consensual y de tracto sucesivo. La suscripción se diferencia del suministro por cuanto que en este el suministrante asume la obligación de proveer de manera periódica o continuada bienes muebles tangibles o intangibles,²³ incluso fluidos o energías; en cambio, por la suscripción el empresario asume solo la obligación de proporcionar bienes tangibles, particularmente publicaciones periódicas.

Asimismo, mientras que en el suministro las entregas pueden ser continuadas, de momento a momento, sin interrupción, en el contrato de distribución dichas entregas son siempre periódicas. También se diferencian por lo que se refiere al precio, ya que mientras en el suministro este se fija para cada entrega, en la suscripción se fija por un todo, es decir, no varía por cada entrega. El suscriptor adquiere el derecho a recibir los bienes en el domicilio designado por él y en forma periódica.

Autoevaluación

1. ¿En qué consiste un contrato de suministro?
2. ¿Por qué se califica de mercantil al contrato de suministro?
3. ¿Cuáles son las diferencias entre el contrato de suministro y el de compraventa?

4. ¿Cuáles son las obligaciones del suministrador?
5. ¿En qué consiste la cláusula de preferencia?
6. ¿Cuáles son las características del contrato de suministro?
7. ¿Qué normas deben aplicarse al contrato de suministro?
8. A falta de pacto, ¿cuándo, con qué tiempo de anticipación y cómo puede el suministrador dar por terminado un contrato de suministro por tiempo indeterminado?
9. A falta de pacto, ¿cuándo, con qué tiempo de anticipación y cómo puede el suministrador dar por terminado un contrato de suministro por tiempo indeterminado?
10. ¿Cuáles son las diferencias entre el suministro y la distribución?

- 1 Véase Jorge A. Hermida, *Marketing de concepto + franchising. Claves para crear un proyecto que le permita competir y crecer en su mercado*, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1993, p. 6.
- 2 Francesco Messineo, *Manual de derecho civil y comercial*, t. V, trad. Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955, p. 144.
- 3 Décima Época, Segunda Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 11, Octubre de 2014, Tomo I, Materia(s): Administrativa, Tesis: 2a. CVII/2014 (10a.), Página 1095.
- 4 Cfr. “PRINCIPIO DE LIBERTAD CONTRACTUAL EN EL CONTRATO DE SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA. LOS ARTÍCULOS 31, PRIMER PÁRRAFO Y 32, PRIMER PÁRRAFO, DE LA LEY DEL SERVICIO PÚBLICO DE ENERGÍA ELÉCTRICA CONTIENEN UNA LIMITANTE A AQUEL QUE SE ENCUENTRA JUSTIFICADA.” Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Aislada, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 9, Agosto de 2014, Tomo III, Materia(s): Constitucional, Tesis: I.3o.C.45 K (10a.), Página 1909.
- 5 Cfr. *Proyecto de decreto por el cual se reforman diversas disposiciones del Código de Comercio*, <http://gaceta.diputados.gob.mx/Black/Gaceta/Anteriores/61/2012/abr/20120430-I/Minuta-3.html>. Consulta hecha el 15 de marzo de 2014.
- 6 Cfr. Ricardo Luis Lorenzetti, *op. cit.*, pp. 472 y 473.
- 7 Diego Gómez Cáceres y Gregorio Cristóbal Cárle, *Los contratos en el marketing internacional*, Esic, Madrid, 2004, p. 139. Véase José María Yusta Loyo, *Contratación del suministro eléctrico. Oportunidades y estrategias para reducir el coste de las facturas eléctricas*, Paraninfo, Madrid, 2013,

pp. 104, 105 y siguientes.

- 8 Cfr. Francesco Messineo, *Manual de derecho civil y comercial*, trad. de Santiago Sentís Melendo, t. III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955, p. 106.
- 9 Cfr. *supra* el capítulo de cláusulas de los contratos.
- 10 Cfr. Domenico Barbero, *Sistema del derecho privado*, t. IV, “Contratos”, trad. Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967, p. 18.
- 11 Lo que en la práctica se documenta con las llamadas *notas de crédito*.
- 12 R. Uría, *Derecho mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 1988, p. 527.
- 13 Cfr. la tesis “ENERGÍA ELÉCTRICA. CONTRATOS DE SUMINISTRO DE. SON DE ADHESIÓN”. Séptima Época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, t. 67, Cuarta Parte, Página 28. Amparo directo 9539/67. 22 de julio de 1974. Nota: Esta tesis también aparece en: Informe de 1974, Tercera Sala, Página 36.
- 14 Cfr. Quinta Época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo: CXXIV, Página 463.
- 15 Cfr. Domenico Barbero, *op. cit.*, p. 18.
- 16 *Ibidem*.
- 17 Cfr. Arturo Díaz Bravo, *Contratos mercantiles*, Harla, México, 1984, p. 86.
- 18 Domenico Barbero, *op. cit.*, pp. 11 y 12, quien distingue el contrato de venta con efectos reales de aquellos con efectos obligatorios, manifestando que los primeros se presentan cuando la cosa objeto de la venta es cierta y determinada, operando la transmisión de la propiedad, en tanto que la venta de géneros solo es de efectos obligatorios.
- 19 Octava Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo IV, Primera Parte, Tesis: LXX/8, Página 89. Amparo en revisión 10056/84, 20 de septiembre de 1989, Tesis LXX/89 aprobada por el Tribunal en Pleno en Sesión Privada el 23 de noviembre de 1989.
- 20 Cfr. la tesis: COMPRAVENTA DE SUMINISTRO, VARIACIÓN DEL PRECIO EN LA. Séptima Época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo: 151-156, Cuarta Parte, Página: 295.
- 21 Cfr. Quinta Época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo LVI, Página 1778, 11 de junio de 1938.
- 22 Francesco Messineo, *op. cit.*, p. 154.
- 23 Arturo Díaz Bravo, *op. cit.*, p. 86.

Capítulo

6

Propósitos

Al concluir este capítulo, el lector conocerá el concepto y contenido del contrato de reporto, sus similitudes y diferencias con otros contratos, el concepto de valores y sus diferencias con los títulos de crédito, así como el contenido obligacional y la utilidad práctica del mismo.

Concepto y mercantilidad

El reporto es un contrato mercantil regulado por la LGTOC cuyo objeto son cosas mercantiles, títulos de crédito o valores; conforme a las fraccs. III, XIV, XIX, XX, XXIV y XXV del art. 75 del CCo, son actos de comercio tanto las acciones, los bonos y títulos de crédito como las operaciones de los bancos, las operaciones reguladas por la LGTOC y las análogas a las anteriores. De acuerdo con el art. 259 de la LGTOC, el reporto es un contrato en virtud del cual una persona, denominada *reportador*, adquiere por una suma de dinero la propiedad de títulos de crédito, y se obliga a transferir al reportado la propiedad de otros tantos títulos de la misma especie, en el plazo convenido y contra el reembolso del mismo precio, más un premio. El premio queda en beneficio del reportador, salvo pacto en contrario.

Para Messineo, la función económica del reporto es permitir a quien posee títulos de crédito (reportado) procurarse dinero por cierto tiempo, sin enajenarlos definitivamente, y a quien tenga dinero disponible (reportador) hacer de él un seguro y productivo empleo, a término breve, es decir, con la posibilidad de recuperar pronto, en restitución, el dinero.¹ Mediante este negocio, una persona adquiere ciertos títulos a cambio de un precio determinado o determinable, con obligación de entregar otros tantos de la misma calidad y especie en el plazo previsto. Tratándose de títulos específicamente designados, los reembolsos y

premios quedan en beneficio del reportado. Asimismo, tanto en el caso de que por los títulos deba hacerse una exhibición, o ejercitarse algún derecho de opción, el reportador debe proveer de fondos al reportado.

El reportador se convierte en “dueño” temporal² y parcial (porque diversas obligaciones y derechos derivados del título siguen siendo del reportado, como lo es el ejercicio de la opción para suscribir acciones, que en su caso hace valer el reportador por cuenta del reportado) de los valores reportados, y como tal puede ejercitar ante el emisor los derechos incorporados en el mismo en el caso de acciones, el voto y el pago del dividendo. El art. 262 de la LGTOC establece que, salvo pacto en contrario, los derechos accesorios correspondientes a los títulos dados en reporto serán ejercitados por el reportador, por cuenta del reportado, y los dividendos e intereses que se paguen sobre los títulos durante el reporto serán acreditados al reportado para ser liquidados al vencimiento del reporto. Se trata de una operación que permite adquirir, al menos de manera temporal, el derecho de voto en las asambleas de accionistas, pero también de una operación de especulación.

El contrato de reporto es de naturaleza mercantil, nominado, típico, bilateral, oneroso, conmutativo, principal y formal. Debe constar por escrito, expresándose el nombre o la denominación social del reportador y del reportado, la clase de títulos objeto del reporto y los datos necesarios para su identificación, el término fijado para el vencimiento de la operación, el precio y el premio pactados o la manera de calcularlos (art. 260, LGTOC). El reporto se perfecciona con la entrega y el endoso de los títulos, que legitiman al reportador como titular de los mismos. El reporto es un contrato traslativo de dominio de títulos de crédito por un determinado precio, al que se acompaña la asunción de obligación de retrocesión, al vencimiento, de otros tantos títulos de la misma especie, contra reembolso del precio,³ más un premio denominado *reporto*.

Elementos reales

Son objeto de reporto bienes fungibles,⁴ títulos de crédito o valores, esto es, títulos emitidos en serie o en masa en una sola declaración de voluntad, como las acciones de las sociedades anónimas. Tanto el art. 54 de la LIC como el art. 117 de la LMV se refieren a los reportos sobre valores que celebran las instituciones

de crédito y las casas de bolsa. El art. 2º, fracc. XXIV, de la LMV señala que para efectos de la misma son valores: “las acciones, partes sociales, obligaciones, bonos, títulos opcionales, certificados, pagarés, letras de cambio⁵ y demás títulos de crédito, nominados o innominados, inscritos o no en el Registro, susceptibles de circular en los mercados de valores a que se refiere esta Ley, que se emitan en serie o en masa y representen el capital social de una persona moral, una parte alícuota de un bien o la participación en un crédito colectivo o cualquier derecho de crédito individual, en los términos de las leyes nacionales o extranjeras aplicables”.

Existe una diferencia entre los valores y los títulos de crédito. Los primeros son documentos emitidos en serie o en masa; es decir, nacen idénticos por virtud de un acto único que les da origen, como lo es la resolución de una asamblea general de accionistas que decreta la emisión de acciones (es un solo acto jurídico, que es el de aumento de capital), y como tales son fungibles y representan una participación individual de sus titulares en el capital de una sociedad (acciones), en el patrimonio de una persona (obligaciones) o en el crédito constituido a cargo de esta (certificados de depósito, bonos de prenda, etcétera). El título de crédito, en cambio, es individual: una declaración de voluntad crea un solo título de crédito; este es el documento necesario para ejercitar el derecho literal que en él se consigna (art. 5º, LGTOC); por eso, el término *títulos de crédito* es demasiado estrecho para calificar a ciertos documentos que también confieren derechos, ya que solo alude al crédito y no a la denominación de la cosa misma y excluye otros documentos que no atribuyen solo un derecho de crédito a su titular, sino un conjunto de derechos de diversa índole (como las acciones) y que son los llamados *valores*, *títulos-valor* o *valores mobiliarios*.

Lo que determina su carácter de *valores* es que además de ser *títulos de crédito* son emitidos en serie o en masa (en un solo acto jurídico), por lo que la letra de cambio y el pagaré por regla general no pueden ser títulos-valores, ya que no se emiten por un acto único de voluntad, sino que cada uno de ellos se crea por actos de voluntad individuales. La emisión del título es el acto de creación del mismo;⁶ quien emite el documento manifiesta, con su firma, la voluntad de quedar obligado cambiariamente, es decir, de pagar la suma de dinero consignada en el mismo a favor del beneficiario,⁷ sin perjuicio de que la LMV sujete la oferta pública de esos títulos de crédito a sus normas, de forma

específica a las letras de cambio y a los pagarés, ya que basta que sean destinados a su intermediación en la bolsa de valores, a su oferta pública, como ocurre con las aceptaciones bancarias y el papel comercial.

Incluso, algunos juristas consideran que los valores mobiliarios no son títulos de crédito, por cuanto no son el documento necesario para ejercitar el derecho consignado en ellos, ya que en algunos casos se ejercitan los derechos sin la exhibición del mismo, como ocurre en el caso de las acciones cuando no se han expedido los títulos; o en general cuando se ofrecen y venden acciones, obligaciones y bonos en las bolsas de valores sin que se exija la entrega y el endoso de los títulos correspondientes, sino simplemente con las anotaciones de cuenta. Y es que los valores mobiliarios tampoco son literales (por ejemplo, las acciones), requisito exigido para los títulos de crédito (que literalmente señalen el derecho consignado, como en el pagaré, la suma que se debe pagar) y nunca son abstractos, sino causales; incluso la legitimación del titular o beneficiario de los valores que se ofrecen en bolsas no deriva (como sí ocurre con los títulos de crédito) del título (exclusiva o principalmente), ni de su posesión material, endoso o inscripción en los libros del emisor, sino de su depósito (en México, ante una sociedad para el depósito de valores) y de la inscripción que de este y de las transmisiones haga el depositario en libros y cuentas.

Como hemos señalado, tanto los títulos de crédito cambiarios, el pagaré y la letra de cambio como los títulos-valores son valores y pueden ser objeto de reporto. Los reportos sobre valores y sus prórrogas, que realizan las casas de bolsa y las instituciones de crédito, no requieren formalizarse por escrito, sino conforme lo determinan las reglas del Banco de México; el plazo y, en su caso, el de las prórrogas pueden pactarse libremente por las partes, sin exceder los plazos señalados por las reglas del Banco de México; en caso de que el reporto venza en un día inhábil, se entiende prorrogado al primer día hábil siguiente y, salvo pacto, si el día en que el reporto deba liquidarse el reportado no liquida la operación ni esta es prorrogada por las partes, se tendrá por abandonada y el reportador podrá exigir desde luego al reportado el pago de las diferencias que resulten a su cargo.

Estos reportos son frecuentes respecto de acciones, ya que tienen un papel fundamental en las sociedades anónimas por cuanto que integran su capital social, confieren la calidad de socio y con ello todos los derechos derivados del estatus de socio y hacen factible el control de la sociedad, por lo que son el

instrumento que permite ejercitar el carácter de socio, cuya principal manifestación se da en el seno de la asamblea mediante el voto que integra la voluntad social y determina el cauce de la sociedad, pero también el instrumento idóneo para especular en bolsa, ya que la acción es el elemento que distingue a la sociedad anónima de los demás tipos sociales, y aun de las formas atípicas y de la sociedad en comandita por acciones.

El art. 87 de la LGSM exige que la sociedad se constituya con socios cuya obligación se limita al pago de sus aportaciones; el art. 89, fracc. 1, obliga a los socios a suscribir cuando menos una acción; el diverso art. 111 indica que el capital se divide en acciones que estarán representadas por títulos nominativos que servirán para acreditar y transmitir la calidad y los derechos de socio, y se regirán por las disposiciones relativas a valores literales, en lo que sea compatible con su naturaleza y no sea modificado por la misma LGSM; en fin, los arts. 1º, 5º, 17, 23, 24 y 26 de la LGTOC exigen la exhibición y, en su caso, entrega del título para ejercitar los derechos de accionista y de los cupones para el pago de dividendos. De ahí que la transmisión y adquisición de acciones por reporto obedecen a los más variados propósitos, desde una inversión hasta la obtención del control de la sociedad. Uno y otro se obtienen de manera más eficaz por medio de compras o reportos en bolsa de valores, mercado en el cual es factible obtener el control de sociedades mediante la tenencia definitiva o temporal de acciones.⁸

Elementos personales

Son dos los elementos personales del contrato: el reportador y el reportado. El *reportador* es la persona física o moral que adquiere por una suma de dinero títulos de crédito del reportado con la obligación de transmitirle la propiedad de otros tantos de la misma especie y calidad; dicho reportador por lo general es un inversionista, un especulador del mercado de valores, o bien una persona que desea influir en las decisiones de la asamblea general de accionistas de la emisora de los títulos. El *reportado* puede ser cualquier persona física o moral que sea el legítimo titular y poseedor de los títulos de crédito o valores objeto del reporto, quien por lo general requiere recursos económicos, de liquidez o pretende especular con sus títulos, por lo que los transfiere a un tercero por un plazo determinado, con la condición de adquirir otros tantos nuevamente del

reportador por el mismo precio preestablecido, más una cantidad adicional denominada *premio*, que puede quedar a su favor o del reportador.

Pero tratándose de acciones de sociedades anónimas cerradas, no basta ser el legítimo titular de dichas acciones o el representante de este, sino que se requiere también que la transmisión de las mismas sea válida y eficaz.⁹

Obligaciones de las partes

Obligaciones y derechos del reportado. Son obligaciones del reportado:

- a) *Entrega y transmisión de los títulos de crédito.* A pesar de que el negocio jurídico por el cual se transmiten acciones o títulos por lo común es un contrato consensual, en el sentido de que el mismo existe desde que hay acuerdo de voluntades y objeto, como ocurre en la compraventa, desde el momento en que las partes se ponen de acuerdo en la cosa y el precio existe el contrato, aunque la primera no se haya entregado ni el segundo satisfecho; por la naturaleza misma de la acción y de los demás títulos de crédito que son objeto de reporto, para que el acto jurídico por el cual se transmiten los mismos surta efectos contra terceros y en particular frente a la sociedad, es preciso el cumplimiento de otros requisitos: *i)* la entrega del título; *ii)* el endoso a favor del adquirente de dicho título, y *iii)* en su caso, la inscripción de la transmisión a favor del adquirente en el libro de registro del emisor. Asimismo, si la transmisión se hace por medio diverso del endoso, debe anotarse en el título y cumplirse con las formalidades del acto negocio jurídico de que se trate y los requisitos exigidos por la ley, los estatutos o el pacto entre socios (arts. 91, fracc. VII, 130 y 198, LGSM). Además, se debe verificar en su caso que la transmisión no esté prohibida por la ley, por los estatutos o por el pacto parasocial entre los accionistas, y que se satisfacen los requisitos o autorizaciones previos exigidos por dichos estatutos o la ley.

En otras palabras, aun cuando las partes celebren por escrito el reporto, este se perfecciona precisamente con la entrega y endoso de los títulos, por lo que la primera obligación que tiene el reportado es entregar los títulos debidamente endosados a favor del reportador, con los requisitos exigidos por la LGTOC; sin embargo, cuando se trata de títulos que son objeto de

oferta pública en la bolsa de valores, esa obligación se colma jurídica pero no materialmente, sino mediante anotaciones de cuenta.

- b) Proveer de fondos suficientes al reportador para que este ejercite durante el reporto y por cuenta del reportado los derechos de opción que conceda en título, con dos días de anticipación cuando menos a la fecha del vencimiento del plazo para el ejercicio de ese derecho. En el caso de aumento del capital social, salvo lo que establezcan los estatutos, los titulares de acciones tienen derecho de optar por suscribir las acciones objeto del aumento en proporción al número de acciones representativas del capital, derecho que debe ser ejercitado dentro de los 15 días siguientes a la publicación, en el periódico oficial del domicilio de la sociedad, del acuerdo de la asamblea sobre el aumento (art. 132, LGSM); y en el caso de obligaciones convertibles en acciones, el ejercicio de este debe hacerse dentro del plazo fijado en el acuerdo de emisión de obligaciones, a partir de la fecha en que sean colocadas las obligaciones (art. 210 bis, fracc. III, LGTOC).

Para Messineo, habiendo pasado la propiedad de los títulos al reportador, durante el curso de la operación el reportado no puede alegar ningún derecho real sobre los mismos; sin embargo, reconoce¹⁰ que los derechos de crédito accesorios derivados del mismo, salvo pacto, corresponden al reportado, así como el derecho de crédito para exigir del reportador la entrega de otros tantos títulos de la misma especie y calidad.

- c) Proporcionar al reportador los fondos necesarios para el pago de cualquier exhibición que corresponda sobre los títulos, con cuando menos dos días de anticipación a la fecha en que deba hacerse el pago; por ejemplo, cuando los títulos consisten en acciones que no han sido totalmente pagadas a la sociedad (acciones *pagadoras*), y cuya parte insoluta (*dividendo pasivo*) debe cubrirse precisamente durante el plazo del reporto (arts. 117, 118, 119, 120 y 121, LGSM); la falta de provisión de fondos del reportado al reportador faculta a este para dar por vencido de manera anticipada el contrato y proceder a su liquidación.
- d) Recibir del reportador, al vencimiento del plazo del reporto, otro tanto de los títulos entregados al reportador de la misma especie. Si el primer día hábil siguiente a la expiración del plazo en que el reporto debe liquidarse, el

reportado no liquida la operación, ni esta es prorrogada, esto es, que vencido el reporto el reportado no adquiere los títulos ni en su caso paga el premio, la ley tiene por abandonada la operación y da derecho al reportador para exigir el pago de las diferencias que resulten a su cargo (art. 266, LGTOC). Para Messineo, este derecho es de crédito y no un derecho real sobre títulos determinados.¹¹

e) Pagar el precio por la adquisición de los títulos que el reportador le transfiera en cumplimiento del contrato.

f) Salvo pacto en contrario, pagar al reportador la cantidad de dinero pactada como premio.

A su vez, el reportado tiene derecho a recibir la misma cantidad y especie de los títulos que transmitió al reportador. También, salvo pacto en contrario, tiene todos los derechos inherentes al propietario del título: derecho a voto, derecho al pago de dividendos, a la suscripción preferente de acciones, etc., y, como consecuencia, salvo pacto, tiene derecho a recibir el importe de los dividendos o de los intereses que hubieren generado los títulos transmitidos al reportador.

En caso de que así se haya convenido, el reportado tiene derecho a recibir el premio o precio del contrato (*deporto*), así como, salvo pacto en contrario, a exigir al reportador la asistencia, deliberación y voto en las asambleas generales de accionistas conforme a las indicaciones que considere pertinentes; o bien, exigirle que lo legitime para comparecer directamente a dichas asambleas (por ejemplo, mediante poder).

Lo anterior, en razón de que los derechos de asistencia, deliberación y voto en las asambleas no solo constituyen un “derecho accesorio” al título, sino que son consustanciales al carácter de accionista; sin embargo, aunque no pueden traducirse en expresiones económicas, son susceptibles de negociación e incluso pueden influir en el precio de la acción;¹² pero en todo caso se trata de derechos de reportado que, salvo pacto, no se transfieren al reportador.

Al igual que ocurre con el usufructo y la prenda de acciones, en el caso de reporto se discute si el ejercicio del derecho de voto corresponde al nudo propietario, al reportador o acreedor, o bien al propietario. La *Ley de Sociedades Anónimas* española no se refiere al reporto de acciones, sino solo al embargo, usufructo y prenda, y para esta establece en su art. 72 que “salvo disposición de

los estatutos sociales, el ejercicio de los derechos de accionista corresponden al propietario y el acreedor pignoraticio queda obligado a facilitar el ejercicio de esos derechos”. En Italia (art. 2354) ese derecho se concede al acreedor prendario, salvo pacto en contrario.

El art. 261 de la LGTOC impone al reportador la obligación de ejercitar todos los derechos inherentes a los títulos, de donde puede concluirse que el ejercicio del derecho de voto no es un derecho que le corresponda en principio al reportador, sino al titular de la acción, que es el reportado, quien válidamente puede relevar a aquel de la obligación de ejercitarlo y hacer uso de ese derecho de manera directa. En todo caso, en el supuesto de que el reportador ejercite el derecho de voto, salvo pacto en contrario, debe sujetarse a las instrucciones del accionista, ya que el acreedor prendario solo adquiere el derecho para ser pagado con preferencia a otros acreedores del accionista con el importe de las acciones, sin que el reporto le otorgue otros derechos sobre las mismas. El contenido del precepto citado solo puede explicarse por el hecho de que mediante el reporto el accionista reportado entrega y endosa las acciones y, como consecuencia, al reportador se le priva de la tenencia del título, por lo cual la ley exige a este el ejercicio de los derechos inherentes al título, pero por cuenta del titular, salvo pacto en contrario. Difiere este supuesto del embargo de acciones (art. 23, LGSM), en el cual el acreedor debe permitir al accionista el ejercicio de sus derechos corporativos y económicos,¹³ así como en el caso de prenda, en donde no cabe duda de que todos los derechos corresponden al deudor prendario.

Obligaciones y derechos del reportador. Son obligaciones del reportador: *a)* pagar al reportado el precio determinado o determinable de los títulos objeto del reporto, en la forma y en los términos pactados por las partes; *b)* ejercitar durante el reporto y por cuenta del reportado, salvo pacto en contrario, los derechos de opción que conceda el título, con los recursos que este debe proporcionarle, con cuando menos dos días de anticipación a la fecha del vencimiento del plazo para el ejercicio de ese derecho; *c)* pagar durante el reporto, por cuenta del reportado y con los recursos que este le proporcione, cualquier exhibición que deba hacerse sobre los títulos; *d)* permitir al reportado el ejercicio de los derechos derivados de los títulos, salvo pacto en contrario; *e)* transmitir al reportado, al vencimiento del contrato, otro tanto de los títulos que adquirió; *f)* entregar al reportado el importe de los dividendos o de los intereses que durante la vigencia del contrato hubieren generado los títulos, salvo pacto en contrario. Esta obligación está relacionada con la de ejercitar los derechos

accesorios de los títulos, en virtud de que por haberse transmitido a favor del reportador los títulos, el reportado no los tiene ni tiene la posibilidad de ejercitar por sí mismo tales derechos accesorios, por lo que debe ejercitar en forma indirecta, por medio del reportador.

A su vez, el reportado tiene derecho a recibir el precio por los títulos que transfiera al reportador por la liquidación del reporto, en los términos y en las condiciones pactados. Asimismo, tiene derecho a dar por vencido anticipadamente el contrato y liquidar el reporto en caso de que el reportado no lo provea de los fondos necesarios para hacer el pago de las exhibiciones que durante la vigencia del reporto deban hacerse por los títulos que adquirió de dicho reporto y, en su caso, tiene derecho a recibir el premio pactado a su favor.

Naturaleza jurídica

El reporto es un negocio jurídico típico, oneroso y traslativo de dominio parcial y temporal. Para Messineo,¹⁴ jurídicamente es un contrato traslativo inmediato de títulos por un determinado plazo al que se le acompaña, de manera simultánea, la asunción de la obligación de retrocesión al vencimiento de otros tantos títulos de la misma especie, contra reembolso del precio,¹⁵ de lo que resulta que el reportado adquiere un nuevo derecho de crédito a la entrega de una cantidad de títulos determinados. En tal sentido, y al observar sus implicaciones prácticas, el contrato de reporto comprende dos operaciones en forma simultánea: una que resulta de la aceptación de una propuesta de compra o venta de valores al contado o a plazo fijo, y una operación inversa, mediante la cual ambas partes se comprometen a revenderse o recomprarse la misma cantidad y especie de valores, a un plazo determinado y a un precio preestablecido.

Se trata de un contrato traslativo de dominio parcial por cuanto el reportador no adquiere a plenitud la propiedad de los títulos que recibe, ya que los derechos accesorios al título quedan en propiedad del reportado; es de dominio temporal porque las partes asumen la obligación inversa de que, al vencimiento del plazo del contrato, el reportador venderá los mismos títulos al reportado. En este sentido puede decirse que el reporto, aunque guarda similitud con otros contratos, es típico y autónomo; así, por ejemplo, se diferencia del préstamo con interés y con garantía prendaria¹⁶ por la transmisión de propiedad y el pago del

precio a cargo del reportador, que en el préstamo no existen puesto que la garantía no se transfiere al prestador; se distingue de la promesa de venta porque, aunque el reportador asume la obligación de vender otros tantos títulos al reportado, este no promete comprar, porque no tiene obligación estricta de volver a hacerlo, ya que cumple con el contrato si procede a pagar las diferencias que resulten a su cargo por haber “abandonado la operación”; por último, se diferencia de la venta de títulos con pacto de retroventa (prohibido) porque los títulos que en su caso el reportador transmite al reportado al finalizar el contrato no son los mismos que aquel adquirió de este, sino otros tantos de la misma especie y calidad.

Duración

Las partes tienen libertad para determinar el plazo del reporto, pero el art. 265 de la LGTOC señala categóricamente que en ningún caso se extenderá a más de 45 días, por lo que la cláusula que señale un plazo más amplio se tendrá por no puesta. La operación puede ser prorrogada una o más veces, y bastará al efecto la simple mención de *prorrogado*, suscrita por las partes, en el documento en que se haya hecho constar la operación.

A falta de plazo señalado expresamente, el reporto se entiende pactado para liquidarse el último día hábil del mismo mes en que se celebre, a menos que la fecha de celebración sea posterior al día 20 del mes, en cuyo caso se entenderá pactado para liquidarse el último día hábil del mes siguiente (art. 264, LGTOC). En el caso de que al primer día hábil siguiente del plazo en el que deba liquidarse la operación el reportado no adquiriera los títulos que conforme al contrato debe adquirir, ni paga el precio y en su caso el premio, el contrato se tiene por rescindido, a pesar de que la ley señala que en tal caso se tiene “por abandonada la operación”, concepto que a decir de Messineo fue considerado por la Relación de guardasellos,¹⁷ y el reportador tiene derecho a exigir el pago de las diferencias que resulten a su favor. En el caso de que ambas partes incumplan el contrato, el reporto deja de tener efecto y cada parte retiene lo que ha recibido, al tiempo de la estipulación del contrato, es decir, que no tiene lugar la segunda transferencia de los títulos, contra restitución del precio. Tomando en cuenta el riesgo de incumplimiento tanto del reportado respecto del pago de los títulos, como del reportador de entregarlos, en los reportos bursátiles suele requerirse el

depósito en garantía (“margen de garantía”) de dinero o valores, que deben otorgar el reportador por el valor de los valores y el reportado por la diferencia entre el precio de la operación a plazo y el precio de la operación al contado.

Por último, la *Ley de Concursos Mercantiles* señala como causa de terminación del contrato la declaración de concurso de cualquiera de las partes (art. 102, LCM); en el caso de concurso del reportador, se obliga a este a transmitir al reportado, en un plazo no mayor de 15 días naturales contados a partir de la fecha de declaración de concurso, los títulos de la especie que corresponda contra el reembolso del precio más el premio pactado. Si se trata de concurso del reportado, el contrato se tiene por abandonado desde la declaración del concurso y el reportador puede exigir las diferencias que resulten a su favor mediante el reconocimiento de su crédito, conservando el reportado en concurso el precio de la operación y el reportador la propiedad y libre disposición de los títulos objeto del reporto.

Los agentes económicos tienen en general, dentro del mercado de valores y fuera de él, una gran variedad de mecanismos tanto para la captación de recursos como para la colocación de los mismos, con tasas de rendimiento atractivas y negociables; uno de ellos lo constituye el reporto de valores. Para el reportador, el propósito del contrato consiste en el empleo e inversión de capital mediante la entrega de una suma de dinero al reportado, teniendo como garantía las acciones que se le transmiten en propiedad, o bien la adquisición *pro tempore* de la propiedad de las acciones, contra pago del correspondiente precio al reportado. Para el reportado, en la enajenación temporal de la propiedad de los títulos contra un determinado precio, o bien en la adquisición de la disponibilidad temporal de una suma contra garantía de valores, por el reporto se adquieren valores al contado o a plazo fijo con el compromiso de una simultánea operación inversa de venta de la misma cantidad y especie de valores a plazo fijo y a un precio determinado.

Así, mediante el reporto los inversionistas pueden invertir su dinero en la compra de valores cotizables en bolsa, con la seguridad de que los revenderán en un plazo previamente pactado y a mayor precio, obteniendo una ganancia prefijada. Al mismo tiempo, los titulares de valores pueden obtener beneficios de los mismos sin necesidad de desprenderse definitivamente de ellos, asegurándose con el reporto la recompra de estos en el plazo y precio pactados, así como en su caso los intereses y precio establecidos, por la transmisión

temporal de sus títulos.

Autoevaluación

1. ¿En qué consiste el reporto?
2. ¿Cuáles son las diferencias entre reporto y compraventa con pacto de retroventa?
3. ¿En qué casos y con qué requisitos puede el reportado exigir el pago del premio del reporto?
4. ¿Qué obligaciones asume el reportador?
5. Conforme a la LGTOC, ¿a quién le corresponden los dividendos de acciones dadas en reporto?
6. ¿Puede el reportador que ha adquirido acciones en reporto suscribir en su propio nombre y cuenta las acciones que durante la vigencia del contrato puedan suscribirse en ejercicio del derecho de preferencia?
7. ¿Qué derechos tiene el reportador para el caso de que el reportado no pague el precio pactado ni el premio?
8. ¿Cómo se hace la entrega de los títulos objeto del reporto?
9. ¿Por qué se alude a la transmisión temporal y parcial de títulos?
10. A falta de pacto, ¿cuándo vence un reporto celebrado el 21 de marzo de 2003?

¹ Francesco Messineo, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, trad. Santiago Sentís Melendo, t. V, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955, p. 139.

² Véase Carlos Dávalos Mejía, *Títulos y contratos de crédito. Quiebras*, t. II, “Derecho bancario y

contratos de crédito”, Harla, México, 1984, pp. 975 y siguientes.

3 Cfr. Francesco Messineo, *op. cit.*, p. 139.

4 Véase Raúl Cervantes Ahumada, *Títulos y operaciones de crédito*, Porrúa, México, 1954, p. 226.

5 Aceptaciones bancarias.

6 Roberto Mantilla Molina, en su obra *Títulos de crédito* (Porrúa, México, 1983, pp. 29 y 35), se refiere a las teorías de creación y emisión del título de crédito expuestas por los diversos juristas y considera que la letra de cambio (cuyos conceptos se aplican al pagaré) se crea desde el instante en que la firma el librador; la declaración unilateral de voluntad del emisor constituye la fuente de la obligación de pago. Mantilla también señala que para algunos autores la emisión del título implica no solo la creación del mismo, con la firma del obligado, sino que este se deshaga voluntariamente del mismo.

7 Cfr. Carlos Dávalos Mejía, *op. cit.*, p. 146.

8 La oferta pública de compra responde a la idea de especular en bolsa, pero también a la de adquirir el control de una sociedad mediante una o sucesivas propuestas que den como resultado la tenencia o la titularidad de un porcentaje considerable de las acciones de la sociedad objetivo, ya sea por medio de compras silenciosas de largo tiempo (*remassage*), o de incursiones amistosas u hostiles que realiza una persona o grupo de personas (*raiders*) para adquirir el control de una sociedad blanco del ataque (*target*) mediante la adquisición de algunas o todas sus acciones con derecho de voto que se encuentran en bolsa (*take over offer*, *tender offer*). El interés del oferente para adquirir las acciones se caracteriza por el intento de obtener la cantidad suficiente de acciones a fin de tener el control de la sociedad o cuando menos para asegurarse un paquete de minoría o para especular en bolsa. Desde luego que tales enajenaciones en bolsa solo proceden respecto de acciones que se inscriben en el Registro Nacional de Intermediarios y Valores, previo cumplimiento de diversos requisitos; en cuanto a las sociedades cerradas, suele acudir a figuras como la sindicación de acciones, fideicomisos, mandatos de voto, usufructo, prenda o reporto, supuestos en los que el objetivo es obtener el control del voto para determinar la administración de la sociedad.

9 Para el estudio de este punto véase Jorge Barrera Graf, *Las sociedades en derecho mexicano*, UNAM, México, 1983; L. Franchi, V. Feroci y S. Ferrari, *Codice Civile*, Editor Ulrico Hoepli, Milán, 2000; “Ley de Sociedades Anónimas”, *Derecho de sociedades, disposiciones generales, tipos mercantiles y otras sociedades y entidades especiales*, McGraw-Hill, Madrid, 1997; Juan Farina M., *Sociedades anónimas (estudio de sociedades comerciales)*, Zeus Editora, Rosario, 1973; Joaquín Garrigues, *Curso de derecho mercantil*, Porrúa, México, 1981; Enrique Guadarrama López, *Las sociedades anónimas (análisis de los subtipos especiales)*, UNAM, México, 1993; Emilio Langle y Rubio, *Manual de derecho mercantil español*, Bosch, Barcelona, 1950; Roberto L. Mantilla Molina, *Derecho mercantil*, Porrúa, México, 1996; Joaquín Rodríguez Rodríguez, *Derecho mercantil*, Porrúa, México, 1982; Francisco J. Santamaría M., “A propósito de la sindicación de accionistas”, *Libro homenaje a Jorge Barrera Graf*, UNAM, México, 1989, t. II.

10 Francesco Messineo, *op. cit.*, p. 139.

11 *Ibidem*, pp. 139 y 140.

12 Para Francesco Messineo (*Operaciones de bolsa y de banca*, Bosch, Barcelona, 1957, p. 140), el derecho de voto que confieren las acciones puede negociarse separadamente del título, e incluso el

ejercicio de ese derecho por el reportado puede disminuir el valor económico de aquel.

¹³ Para que se considere válido el embargo de acciones, el acreedor debe secuestrar las mismas y solicitar al juez la inscripción de dicho embargo en el libro de registro de la emisora.

¹⁴ Francesco Messineo, *op. cit.*, p. 139.

¹⁵ Cfr. Raúl Cervantes Ahumada, *op. cit.*, p. 228, quien se adhiere a Messineo.

¹⁶ Como sostuvo E. Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, 8a. ed., Arthur Rousseau, París, 1931, p. 605.

¹⁷ Como sostuvo E. Thaller, *op. cit.*, p. 605.

Capítulo

7

Mandato mercantil

Propósitos

Al concluir este capítulo, el lector distinguirá el mandato mercantil del civil, así como las clases de mandato mercantil y sus diferencias con el poder y la representación.

Mandato mercantil

Conforme al art. 179 del Código Civil español, “Por el contrato de mandato se obliga una persona a hacer alguna cosa o prestar algún servicio por cuenta o encargo de otra”, en tanto que nuestro CCF (art. 2546) solo se refiere a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que este encarga. El mandato mercantil es un contrato consensual por el cual una de las partes, llamada *mandante*, confía –con representación o sin ella– el desempeño de un servicio o la gestión de un negocio mercantiles a otra persona, el *mandatario*, quien acepta el encargo. Solo pueden ser objeto de mandato los actos en los que quepa la sustitución.

Mercantilidad del mandato

El mandato mercantil es el acto de comercio por el cual el mandante encomienda al mandatario uno o varios actos de comercio (comisión, mandato mercantil *stricto sensu*, mandato especial para suscribir títulos de crédito, consignación), la prestación de servicios (agencia y representación mercantil) o la realización duradera o estable de actos de comercio (agencia comercial, factor, gerenciamiento, consignación) que el mandante le encarga. El mandato mercantil es oneroso por naturaleza; solo es gratuito cuando así se ha convenido

expresamente. Existe mandato mercantil con independencia de que no esté regulado expresamente en el CCo, puesto que:

- a) El CCo califica de “mandato aplicado a actos concretos de comercio” la comisión mercantil.
- b) Califica de “simple mandato mercantil” la comisión con representación.
- c) El art. 142 de la LGSM previene que los administradores son mandatarios de la sociedad.
- d) El art. 75, fracc. x, del CCo, reconoce la existencia del contrato de agencia, por el cual el agente realiza actos en nombre y/o cuenta del principal.
- e) El art. 75, fracc. xxv, califica de mercantiles los actos análogos a los enunciados en las otras fracciones de dicho precepto (actos análogos a la comisión, a la agencia y a la mediación).
- f) La *Ley Federal de Seguros y Fianzas* reconoce la existencia de mandatarios mercantiles.
- g) Los tribunales federales han reconocido su existencia en diversas tesis, entre otras: “MANDATO MERCANTIL. LA REVOCACIÓN DEL NOMBRAMIENTO DEL PODERDANTE NO EXTINGUE EL OTORGADO CON ANTERIORIDAD A ELLA”,¹ y la siguiente:

COMISIÓN MERCANTIL, INEXISTENCIA DE LA. La comisión mercantil es el mandato otorgado para actos concretos de comercio, por el que el comisionista contrata en nombre propio, teniendo acción y obligación directamente frente a las personas con quienes contrata, de tal suerte que es precisamente en esa forma de contratar del comisionista en nombre propio, y no en nombre del comitente, en que la comisión mercantil encuentra su punto distintivo en relación con el mandato mercantil, pues en éste el mandatario contrata en nombre del mandante, además de que la normatividad también los distingue, ya que la comisión mercantil se regula por el Código de Comercio y el mandato mercantil por el Código Civil Federal; de ahí que si la quejosa (a quien se le atribuyó el carácter de comisionista) no tenía la facultad de decidir la contratación que llevara a cabo, respecto de los productos que vendía sino que era derecho del que se ostentó como comitente, pues era éste quien la aceptaba o rechazaba, es de concluirse que si no existe ese elemento de decisión en el sujeto a quien se atribuye el carácter de comisionista, no se está frente a un contrato de comisión mercantil sino de una relación laboral, por exclusión.

Novena Época, Septiembre de 2001.

- h) Existe mandato mercantil por el sujeto (si son comerciantes), en función del objeto (cosas o actos de comercio) y por el propósito (especulación mercantil o propósito directo y preferente de traficar).
- i) Por otra parte, no debe perderse de vista que en el evento de que se pretenda desconocer los mandatos mercantiles, con el argumento de que no existen mandatos mercantiles, debe decirse que los tribunales federales han sostenido que el contrato es lo que su esencia y no el nombre que se le dé, el cual puede ser erróneo. No hay que confundir poder y mandato, ya que el primero es un acto unilateral y el segundo es un contrato; a su vez, ambos pueden ser con representación (actuar en nombre de su representante) o sin representación (actuar a nombre propio, pero por cuenta de terceros).

En otros países, como España (art. 244, CCo), para la existencia del mandato mercantil se requiere que el mandato tenga por objeto actos u operaciones de comercio y que el mandatario sea comerciante o agente mediador del comercio; dicho ordenamiento incluye entre otras formas del mandato mercantil los *factores, gerentes, dependientes y mancebos*; en Colombia, el art. 1262 del CCo define el mandato comercial como un contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra; el mandato puede conllevar o no la representación del mandante; el art. 299 del CCo uruguayo define el “mandato en general” como “un contrato por el cual una persona se obliga a administrar un negocio que otra le encomienda”.²

Clases de mandato

Una primera clasificación:

- a) *Mandato especial sin representación*, la comisión propiamente dicha, en la que el comisionista actúa en nombre propio pero por cuenta del principal.
- b) *Mandato mercantil stricto sensu o especial, con representación*, como la comisión impropia en la que el comisionista actúa a nombre y representación del comitente.

- c) *Mandato general*, como la agencia, en la que el agente actúa con representación para realizar diversos actos de comercio durante un plazo determinado), y el factor también es un mandatario general para actos de comercio relacionados con toda una empresa o establecimiento comercial.

Lo anterior es así porque el CCF mexicano (art. 2546) define el mandato en atención a su contenido económico obligacional y prevé la doble actuación del mandatario, con poder o sin poder de representación (art. 2560); la representación es un elemento superpuesto al mandato, a la agencia o a la comisión impropia, y todos son contratos de gestión de los intereses de otro con representación o sin ella. Conforme a la legislación de España e Italia, el agente de comercio no necesariamente celebra actos u operaciones de comercio; puede simplemente promoverlos, de ahí que autores como Barbero diferencien la agencia del mandato y sostengan que el objeto de la agencia no es la conclusión de contratos para el mandante, sino la promoción de los mismos; sin embargo, el mismo autor reconoce que la agencia no excluye que el encargo de promover vaya acompañado de la representación para concluir. Tanto en la ley española como en el Código Civil italiano se prevé la conclusión de actos por parte del agente y las leyes en forma expresa, y al referirse a ciertas clases de agentes, como los de seguros y fianzas, expresamente señalan la facultad de concretar actos de comercio en nombre y cuenta del principal. Según la doctrina, otras clases de mandato son las siguientes:

- a) *Mandato representativo, directo, aparente u ostensible*, cuando el mandatario ejecuta los actos en nombre y por cuenta del mandante y, por tanto, la relación es directa entre el tercero y el mandatario; se corresponde con la representación directa y se instrumenta mediante el otorgamiento de poderes (mandato con poder de representación o gestión de negocios con mandato).
- b) *Mandato no representativo o simple*, cuando el mandatario ejecuta actos en nombre propio pero por cuenta del mandante; se corresponde con la representación indirecta o mandato sin poder de representación.
- c) *Mandato administrativo*, se refiere al encargo de ejecutar actos jurídicos estrictamente de carácter administrativo en los negocios del mandante.
- d) *Mandato especial*, para llevar a cabo uno o más negocios determinados, por ejemplo, vender las mercancías que vienen de Yakarta.

- e) *Mandato general*, comprende todos los negocios del mandante, aunque no es posible transmitir la capacidad o la personalidad jurídica en su totalidad. En materia mercantil, los actos que no excedan el giro ordinario del negocio, o negocios encomendados, salvo que se haya otorgado autorización expresa y especial (art. 1263, CCo de Colombia; señala además que el mandato comprende los actos para los cuales haya sido conferido y aquellos que sean necesarios para su cumplimiento).
- f) *Mandato judicial*, el que faculta para actuar ante los tribunales, con carácter contencioso o voluntario, para ejercer acciones, oponer defensas o cumplir cualesquiera trámites que las causas requieran en representación de una de las partes.
- g) *Mandato unilateral, gratuito*, en el que solo el mandatario se obliga al desempeño de la gestión del negocio que se le ha encomendado.
- h) *Mandato bilateral*, es el mandato oneroso o remunerado; es bilateral porque ambas partes se obligan, desde el momento en que ha habido consentimiento en la oferta de parte del mandante, de encomendar la gestión de un negocio al mandatario, quien acepta cumplir con la ejecución que se le encarga; por tanto, impone obligaciones recíprocas a ambas partes contratantes; y,
- i) *Mandato irrevocable*, para los casos en que su otorgamiento se hubiere estipulado como una condición en un contrato bilateral o como un medio para cumplir una obligación contraída; en el documento en que se confiera dicho poder debe establecerse cuál es la obligación contraída por el mandante, de modo que no quede duda acerca de en qué consiste el cumplimiento de dicha obligación; opera como un acto de garantía que se plasma con una cláusula de irrevocabilidad.

El art. 2596 del CCF previene que: “El mandante puede revocar el mandato cuando y como le parezca; menos en aquellos casos en que su otorgamiento se hubiere estipulado como una condición en un contrato bilateral, o como un medio para cumplir una obligación contraída. En estos casos tampoco puede el mandatario renunciar el poder. La parte que revoque o renuncie el mandato en tiempo inoportuno, debe indemnizar a la otra de los daños y perjuicios que le cause.”

Perfeccionamiento del mandato mercantil. Salvo los casos expresamente regulados de mandato mercantil, como el de la comisión, conforme a lo dispuesto por el art 2547 del CCF, el contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario; esta aceptación puede ser expresa: *a)* en escritura pública cuando el valor del negocio exceda el monto equivalente a mil veces el salario mínimo general, excepto en comisión, agencia y consignación; también en escritura pública cuando la forma del acto exija su otorgamiento en este tipo de escritura; *b)* en documento privado firmado y ratificadas las firmas ante fedatario público; *c)* en escrito privado sin ratificación de firmas en caso de comisión, agencia y consignación; *d)* en carta poder sin ratificación de firmas, hasta el equivalente a mil veces el salario mínimo general; *e)* de manera verbal hasta el equivalente a 50 veces el salario mínimo general; y *f)* tácitamente o de cualquier otro modo inteligible, excepto el silencio.

Características del mandato mercantil. El mandato mercantil es un contrato principal, consensual por regla general, oneroso, bilateral, por naturaleza remunerado y, por lo general, por cuenta ajena en su obrar.

Alcances del mandato mercantil

Aunque se ha sostenido que el mandato debe interpretarse de manera restringida, el mismo se extiende a los actos para los cuales se ha conferido y a los que sean absolutamente necesarios para su cumplimiento; es decir, en materia mercantil solo comprende los actos del giro ordinario del negocio encomendado. Si el mandatario actúa en nombre y por cuenta del mandante, los efectos jurídicos inciden en el mandante, quien entra en relación jurídica con los terceros. Si no es representativo, el mandatario es el que debe responder al tercero con quien contrató y el mandante, como un tercero ajeno a la negociación, no tiene relación directa con aquel, aunque los derechos y obligaciones de las partes quedan sujetos al mandato.

La representación

Müller señala que el derecho natural planteó por primera vez el desarrollo de la representación voluntaria después de que el derecho canónico autorizó la representación (actuando a través de un *nuntius*) en la Bonifantiada de 1298, en

el acto del matrimonio; por su parte, Paul Laband, profesor en Königsberg, sostuvo por primera vez la necesidad de separar ideológicamente el mandato y la representación para considerarlos relaciones jurídicas distintas. En los códigos más modernos se regulan por separado ambas instituciones.

La representación es una declaración de voluntad que se realiza o emite por medio de otro. Para Bernhard Windscheid, solo hay una verdadera representación cuando el acto se realiza en nombre de otro, cuando hay un actuar en nombre ajeno (*alieno nomine agere*) y cuando, una vez declarada la voluntad por el representante, dicha declaración no produce ningún efecto para él sino para el representado, como si hubiera obrado personalmente. Alfredo Rocco menciona que la representación es la situación jurídica mediante la que se da vida por el representante a una declaración de voluntad para realizar un fin, cuyo destinatario es otro sujeto, haciendo conocer a los terceros, a quienes va dirigida la declaración, que aquel obra en interés ajeno y, en consecuencia, todos los efectos jurídicos de esa declaración de voluntad se producen para el sujeto en cuyo interés se está obrando.

Se trata de una situación a la que precede un acto de otorgamiento, mientras que el poder o los poderes otorgados constituyen el contenido de la representación, en cuanto que de ella resulta la habilitación del representante para realizar los actos jurídicos cuya ejecución le compete, de modo que produzcan efectos en la esfera jurídica del representado. Luis Díez-Picazo señala que: “Con la expresión ‘apoderamiento’ se designa el acto de concesión de un poder de representación y, eventualmente, el documento a través del cual se plasma o se hace constar... La expresión ‘poder’ designa estrictamente la situación jurídica de la que es investido o en la que es colocado el representante y que le permite o le faculta para actuar en la esfera jurídica ajena.”

El poder, dice Rocco, “encierra únicamente la declaración de voluntad del representante”.³ La doctrina contemporánea reconoce la posibilidad –admitida desde el *corpus iuris civilis* y rechazada por Gallo– de que el representante actúe en beneficio o interés propio, y se reconoce además el poder irrevocable (que es el instrumento de la representación) en el que se exime al mandante incluso de rendir cuentas, se le autoriza a hipotecar el bien objeto del poder e incluso a transmitirlo a su propio nombre. El mandato y la representación son dos instituciones distintas. El mandato genera una relación obligatoria, personal e interna, entre mandante y mandatario; el apoderamiento suministra un poder

jurídico de obrar con eficacia en nombre del poderdante; el apoderamiento tiene como finalidad necesaria la representación, mientras que el mandato puede existir sin ella; el mandato requiere la aceptación, expresa o tácita, del mandatario, mientras que el poder es un acto unilateral, que solo requiere la declaración de voluntad del poderdante.

Contenido de la representación. La representación contiene la autorización del principal para actuar en su nombre y, por tanto, para adquirir derechos y asumir obligaciones en los límites del poder conferido. La actuación del representante es o debe ser conocida por el tercero con quien trata; los efectos de la ejecución son del representado, por lo que en la representación existen dos partes (el representado y el representante) y dos negocios al menos: aquel en que surge la representación y el otro en el que se hace efectiva la representación, es decir, en el que existe la declaración de voluntad del representante en nombre y cuenta de su representado.

Clases de representación. Principalmente destacan la representación directa y la indirecta, por un lado, y por el otro la representación voluntaria, la legal y la orgánica.

a) *Representación directa.* El CCo de Colombia es muy ilustrativo al señalar (art. 832): “Habrá representación voluntaria cuando una persona faculta a otra para celebrar en su nombre uno o varios negocios jurídicos. El acto por medio del cual se otorga dicha facultad se llama apoderar y puede ir acompañado de otros negocios jurídicos.” Conforme a los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales, *representante* es la persona que está facultada para afectar las relaciones jurídicas de otra persona (“el representado”) por o con respecto a un contrato con un tercero, ya sea que el representante actúe en su nombre o en el del representado, y está facultado para efectuar todos los actos necesarios, según las circunstancias, lograr los objetivos por los que el apoderamiento fue conferido y designar un subrepresentante a fin de realizar actos que no cabe razonablemente esperar que el representante realice en forma personal.

Los principios excluyen la representación legal y judicial pero admiten la representación directa, que denominan aparente, y la indirecta u oculta. Así, la *representación aparente* existe cuando el representante actúa en el ámbito de su representación y el tercero sabía o debiera haber sabido que el

representante estaba actuando como tal. Los actos del representante afectan directamente las relaciones jurídicas entre el representado y el tercero, sin generar relación jurídica alguna entre el representante y el tercero. Sin embargo, los actos del representante solo afectan las relaciones entre este y el tercero cuando, con el consentimiento del representado, el representante asume la posición de parte contratante. En caso de conflicto de intereses, se concede la acción de nulidad al representado, salvo que haya consentido el conflicto de intereses, o lo sabía o debiera haberlo sabido; o si el representante ha revelado el conflicto de intereses al representado y este nada ha objetado en un plazo razonable.

b) *Representación indirecta*. La representación indirecta u oculta, conforme a los Principios Unidroit, ocurre cuando el representante actúa en el ámbito de su representación, pero el tercero no sabe ni debiera haber sabido que el representante estaba actuando como tal. Los actos del representante afectan solo las relaciones entre el representante y el tercero; es el supuesto en el que el representante actúa en su propio nombre, pero por cuenta del representado, y por ello los efectos del negocio representativo no tienen lugar directamente en el patrimonio del representado. Para Betty, en la representación indirecta, el representante hace creer al tercero que contrata y se obliga solo con él, por lo que no puede existir representación sino una clase de negocio indirecto, al que propone llamar *interposición gestoria*. El art. 2561 del CCF la reconoce y señala que el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni estas tampoco contra el mandante.

c) *Representación orgánica*. Se trata de la representación de las sociedades mercantiles llevada a cabo por sus administradores o gerentes en el caso de la sociedad de responsabilidad limitada (s. de R. L.), quienes son impuestos por la ley y queridos como órgano, cuya actuación no se explica con el mandato ni con la prestación de servicios ni equivale a ellos. Es una representación *ex lege* y estatutaria a la vez, que nace de una situación general, objetiva y propia de la estructura y organización de la sociedad: la representación orgánica, personal e indelegable que no puede desempeñarse por medio de delegado general. El administrador representa, gestiona, administra y ejecuta actos en nombre del ente social.

Actos *ultra vires* (sin representación y sin competencia). Los Principios

Unidroit niegan validez a los actos, a menos que el representado genere en el tercero la convicción razonable de que el representante tiene facultad para actuar por cuenta del representado y que el representante esté actuando en el ámbito de ese poder. El representado no puede invocar contra el tercero la falta de poder del representante, pero este no es responsable si el tercero sabía o debiera haber sabido que el representante no tenía poder o estaba excediéndolo.

Barrera Graf sostiene que la doctrina del *ultra vires* floreció y estuvo en boga⁴ en el derecho inglés (*Common Law*) desde 1875, con el célebre caso *Ashbury RailWay Carriage and Iron Co. vs. Riche*, y que actualmente ha perdido valor y está en declinación, aunque esto no parece correcto, ya que sigue vigente, pero en todo caso debe distinguirse el acto *ultra vires* de aquel realizado en exceso de facultades. De acuerdo con Carnelutti,⁵ debe distinguirse entre los actos ejecutados sin facultades (incompetencia) y los actos ejecutados en exceso de dichas facultades, ya que existe una antítesis lógica entre la incompetencia y el exceso de poder, porque la incompetencia es defecto, no exceso de poder; se considera que la primera debe ser calificada como actuación *ultra vires*, esto es, aquella actuación para la cual el administrador carece de facultades y que no se encuentra dentro del objeto social tratándose de sociedades mercantiles, y por tanto, se realiza sin representación.

Conforme al art. 10 de la LGSM, la competencia de los administradores y sus facultades están limitadas a “todas las operaciones inherentes al objeto de la sociedad”, lo que debe ser expresado en el acta constitutiva, por lo que los límites de la capacidad jurídica de la sociedad dependen de los límites legales o estatutarios para la competencia de los órganos sociales. La sociedad no puede realizar otros actos que los inherentes a su objeto social y, como consecuencia, los administradores no tienen facultades para realizar esos actos fuera del objeto social. Para determinar si el acto es *ultra vires* o si se trata simplemente de un acto que el administrador realiza en exceso de facultades, pero dentro del objeto social, y en todo caso si esos actos son válidos o nulos, habrá que analizar el objeto social, el principal y el accesorio de la sociedad a la luz de la ley y la doctrina.

En cuanto a los actos *ultra vires*, hay que tomar en cuenta necesariamente lo señalado por el art. 10 de la LGSM. Para Galindo Garfias, el objeto social es la medida del reconocimiento por parte de la ley para la capacidad de goce y de ejercicio de las personas morales, las que solo pueden realizar y gozar de los

actos y derechos que están previstos dentro de su finalidad social; así, los que sean ajenos a dicho objeto no pueden ser realizados,⁶ puesto que el objeto social es una restricción natural a la capacidad de goce de las personas morales y, por tanto, la voluntad de la persona moral no puede formarse válidamente, sino en la medida en que se dirija a la realización del objeto para el que se constituyó esa persona. En consecuencia, cualquier acto que exceda de ese límite carecerá de eficacia por falta de uno de los elementos de existencia: la voluntad,⁷ lo cual se justifica porque el art. 27 del CCF prescribe que las personas tienen capacidad de goce y de ejercicio en la medida en que es necesario para la realización de la finalidad que persiguen y que se actualiza por medio de sus representantes.

Como consecuencia, los actos *ultra vires*, a la luz de lo preceptuado en los arts. 10 de la LGSM, 26, 27 y 28 del CCF, son nulos por disposición también de los arts. 8º, 2225 y 2226 del CCF sin que pueda confirmarse su actuación; así lo sostiene Walter Frisch, quien los califica de nulos absolutos.⁸ En cambio, Mantilla Molina asimila los actos realizados fuera del objeto social como si se tratase de los de una sociedad irregular, y expresa que son válidos y oponibles a la sociedad cuando esta los hace suyos, pero si la sociedad no los ratifica, responden de ellos solo el o los administradores que hubieren actuado en exceso o en contra de sus facultades. No obstante, este autor sostiene en otra parte⁹ que en nombre de una sociedad no puede válidamente otorgarse un aval si ello no está previsto en el objeto social, ya que ello constituiría un acto *ultra vires*, es decir, un acto nulo. Cervantes Ahumada¹⁰ niega la nulidad de dichos actos, a la vez que Barrera Graf –quien considera que los actos ejecutados fuera del objeto social constituyen actos en exceso de facultades– sostiene que diversos actos y operaciones realizados por los administradores no pueden ser ratificados por la asamblea, como los previstos en los arts. 183 y 197 de la LGSM, en cuyo caso se impone la nulidad sin posibilidad de conformación.¹¹

Responsabilidad por exceso de facultades. Cuando se alude al exceso de facultades (y no a los actos *ultra vires*) nos referimos a los casos en que un representante realiza un acto fuera de las facultades concedidas, pero dentro del objeto del poder, del mando o de los estatutos, lo que se traduce en un exceso de poder cometido en un acto de supuesta representación, en contravención de los límites impuestos por el representado. En una ejecutoria de 1952,¹² la Suprema Corte de Justicia sostuvo que los actos que excedan de las facultades del órgano de una sociedad solo afectan a los miembros de esta y que, en caso de nulidad,

dicha sociedad sería de carácter relativo, por lo que un tercero estaba impedido para impugnar el acto, más aún si no demostraba la lesión de sus intereses jurídicos; en tesis posteriores reconocería que el límite de dichas facultades es el objeto social.¹³ Así, y a diferencia de lo que ocurre con un acto *ultra vires*, en el exceso de facultades pueden darse diversas hipótesis que determinen la validez o nulidad del acto:

- a) *Con autorización.* Cuando se autoriza al representante para realizar un acto que no estaba dentro de sus facultades, dicho acto es oponible al representado y es válido.
- b) *Con ratificación.* Cuando el acto es realizado en exceso pero se ratifica, obliga al representado; en caso contrario es nulo, pues el CCF previene en su art. 1802 que “Los contratos celebrados a nombre de otro por quien no sea su legítimo representante, serán nulos, a no ser que la persona a cuyo nombre fueron celebrados, los ratifique antes de que se retracten por la otra parte. La ratificación debe ser hecha con las mismas formalidades que para el contrato exige la ley.”

Lo mismo ocurre en el caso de suscripción de títulos de crédito. Al respecto, el art. 10 de la LGTOC señala que el que acepte, certifique o suscriba un título de crédito en nombre de otro, sin poder bastante o sin facultades legales para hacerlo, se obliga personalmente como si hubiera obrado en nombre propio, y si paga, adquiere los mismos derechos que corresponderían al representado aparente; añade que la ratificación expresa o tácita de esos actos por quien puede autorizarlos de manera legal transfiere al representado aparente, desde la fecha del acto, las obligaciones que de él nazcan.

- c) *Sin ratificación.* Cuando el representante realiza un acto sin facultades para ejecutarlo, dicho acto es nulo e inoponible al representado si este no lo ratifica, conforme a lo dispuesto por el art. 2583 del CCF, que señala: “Los actos que el mandatario practique a nombre del mandante, pero traspasando los límites expresos del mandato, serán nulos, con relación al mismo mandante, si no los ratifica tácita o expresamente.”

Lo anterior significa que el acto es nulo absoluto o inexistente por falta de consentimiento del supuesto representado; sin embargo, si el tercero con quien

contrata el supuesto representante (que es en realidad un gestor oficioso) no tenía conocimiento de que dicho supuesto representante carecía de facultades, este responde frente a aquel por los daños y perjuicios ocasionados. Incluso, tanto el art. 289 del CCo, para el caso del comisionista (a quien el mismo ordenamiento tilda de mandatario para actos concretos de comercio), como el art. 2565 del CCF, para el mandatario que realiza operaciones con violación o con exceso del encargo recibido, imponen al comisionista y al mandatario la obligación de indemnizar al comitente y mandante por el pago de los daños y perjuicios, además de conceder la opción a estos para ratificar dichos actos o dejarlos a cargo del comisionista o mandatario. Cuando los administradores realizan actos fuera de los límites de sus facultades, ya sea en exceso o por *ultra vires*, dicho acto carece de eficacia contra la sociedad; como se dijo, el art. 2583 del CCF declara nulos para el mandante los actos que el mandatario celebre más allá de los límites del poder, si aquel no lo ratifica tácita o expresamente.¹⁴

MANDATO, CONTRATO DE. ES DE ESTRICTA INTERPRETACIÓN. Examinando los artículos 2546, 2553, 2554, 2562 y 2583 del Código Civil para el Distrito Federal, y atento la naturaleza y fines del mandato, debe considerarse que como el mandatario obra en virtud y sólo por virtud del poder que el mandante le ha conferido, su ejecución tiene necesariamente que circunscribirse a los límites señalados por el mandante, toda vez que en caso contrario no habría representación, sino que los actos ejecutados por el mandatario vendrían en realidad a constituir un abuso o exceso en sus funciones. De ahí que la interpretación del mandato ha de ser siempre restrictiva, sin que, por tanto, pueda ampliarse a casos distintos de los comprendidos en su texto, porque de otro modo no se daría la sustitución real y efectiva de la voluntad del representado por las declaraciones de su representante, sino que vendría a ser éste el que impusiese su voluntad al representado, quedando así desnaturalizado el contrato. Es verdad, y así se deduce incluso del texto del artículo 2563 del propio Código Civil, que no obstante la naturaleza e índole restrictiva del mandato, en su ejecución puede el mandatario verificar algunos actos conexos, aunque no estén especificados en el poder, pues de acuerdo con dicho precepto, en lo no previsto y prescrito expresamente por el mandante, deberá el mandatario consultarle siempre que lo permita la naturaleza del negocio, y si no fuere posible la consulta o estuviere el mandatario autorizado para obrar a su arbitrio, hará lo que la prudencia dicte, cuidando del negocio como propio. Pero una cosa es que el mandatario goce de cierta libertad de acción ante situaciones imprevistas o circunstancias desconocidas, respecto de las cuales resulte razonable estimar que el propio mandante habría dado su aprobación, por ser acordes con el objeto del mandato, y otra, muy distinta, la ejecución de actos

diferentes en su esencia a aquellos para los que se facultó al apoderado.

Novena Época, 10 de diciembre de 2001.

Sin embargo, en tesis de jurisprudencia se sancionan dichos actos en exceso de facultades con nulidad relativa, lo que implicaría que por el simple transcurso del tiempo obligarían al representado supuesto si este no se inconforma:

CONTRATOS. SE AFECTAN DE NULIDAD RELATIVA CUANDO SON CELEBRADOS POR FALSO REPRESENTANTE O TRASPASANDO LOS LÍMITES DEL PODER CONFERIDO, SIN QUE SE RATIFIQUE POR EL MANDANTE. Los actos celebrados en nombre de otra persona, cuando exceden los límites del poder conferido, sin haber sido ratificados por parte del representado o por su mandante, están afectados de nulidad relativa. La anterior conclusión deriva de la interpretación armónica de los artículos 2225, 2226 y 2227 del Código Civil para el Distrito Federal, que establecen, respectivamente, que la ilicitud en el objeto, motivo o fin del acto puede dar lugar a la nulidad absoluta o a la nulidad relativa del mismo; que las características que debe reunir la nulidad absoluta es que no desaparece por confirmación ni por prescripción y que puede hacerse valer por todo aquel que tenga interés que el acto no produzca efectos; y, que la nulidad relativa se caracteriza por no reunir todos los datos que distinguen a la nulidad absoluta. Por tanto, el acto celebrado ya sea por el representante o el mandatario extralimitando sus facultades, o sin ser legítimo representante, y sin que dicho acto hubiere sido ratificado por el mandante, está afectado de nulidad relativa, pues aun cuando pudiera estimarse que adolece de ausencia o falta total del consentimiento, como elemento esencial o de existencia del contrato celebrado con el tercero, esta ausencia es susceptible de convalidarse por ratificación, por disposición expresa de los artículos 1802 y 2583 del Código Civil para el Distrito Federal, los cuales, como quedó asentado en párrafos precedentes, establecen, el primero de ellos, que los contratos celebrados a nombre de otro por quien no sea su legítimo representante, serán nulos, a menos que los ratifique la persona a cuyo nombre fueron celebrados; y el segundo, que los actos que el mandatario practique a nombre del mandante, pero traspasando los límites expresos del mandato, serán nulos con relación al mandante, si no lo ratifica tácita o expresamente. Esta ratificación constituye la manifestación de voluntad del mandante de aceptar los efectos del negocio realizado por quien dijo ser su representante y lo perfecciona, porque cuando el representante realiza actos más allá de los que le fueron autorizados, no se compromete la responsabilidad del mandante ni puede obligarlo a su cumplimiento; y es sólo con la ratificación que este último haga del negocio jurídico celebrado en su nombre y representación, que los efectos jurídicos realizados por el mandatario recaerían directa y retroactivamente en él.¹⁵

En Colombia, en cambio, el art. 1266 del CCo previene sobre los límites del mandato y actuaciones: “El mandatario no podrá exceder los límites de su encargo. Los actos cumplidos más allá de dichos límites sólo obligarán al mandatario, salvo que el mandante los ratifique. El mandatario podrá separarse de las instrucciones, cuando circunstancias desconocidas que no pueden serle comunicadas al mandante, permitan suponer razonablemente que éste habría dado la aprobación.”

En los capítulos siguientes se analizan por separado los principales tipos de mandato mercantil (comisión, agencia, consignación).

Autoevaluación

1. ¿Cómo se define el mandato mercantil?
2. ¿Cuáles son las diferencias entre mandato mercantil y mandato civil?
3. ¿Por qué la comisión se califica de mandato?
4. ¿Cuáles son las diferencias entre mandato y representación?
5. Mencione la definición de mandato conforme a nuestro CCF.
6. ¿Cuál es la diferencia entre mandato y poder?
7. ¿Puede celebrarse un mandato mercantil para promover la comercialización de bienes?
8. ¿Cuándo existe mandato mercantil en estricto sentido?
9. ¿Cuál es la diferencia entre comisión y agencia?
10. ¿Puede existir en México comisión mercantil con representación sujeta al CCo?

- 1 Amparo en revisión 172/97, Novena Época, Junio de 1997.
- 2 Nuri Rodríguez Olivera, “Mandato comercial”, <http://www.derechocomercial.edu.uy/ClaseMandato01.htm>
- 3 Alfredo Rocco, “La rappresentanza delle società commerciali, nel giudizio di cassazione”, en *Studi di diritto commerciale ed altri scritti giuridici*, t. I, s/e, Roma, 1933, p. 288.
- 4 Cfr. Jorge Barrera Graf, *Instituciones de derecho mercantil*, Porrúa, México, 2000, p. 581.
- 5 Francesco Carnelutti, *Exceso de poder*, t. XII, núm. 66, Jus, México, p. 26.
- 6 Ignacio Galindo Garfias, *Código Civil comentado*, t. I, IIJ, UNAM, México, p. 25.
- 7 *Ibidem*.
- 8 Walter Frisch Philipp, *La sociedad anónima mexicana*, Porrúa, México, 1982, p. 55.
- 9 Roberto L. Mantilla Molina, *Títulos de crédito cambiarios*, Porrúa, México, 1977, p. 180.
- 10 Raúl Cervantes Ahumada, *Derecho mercantil*, Porrúa, México, 1980, p. 45.
- 11 Jorge Barrera Graf, *op. cit.*, p. 581.
- 12 Cfr. *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo CXVIII, Página 275, Amp. Civil Directo 1504/52.
- 13 Cfr. *Semanario Judicial de la Federación*, Vol. CXXI, Cuarta Parte, Página 69, Amp. Directo 6145/62.
- 14 Véase la tesis siguiente: “SOCIEDADES MERCANTILES, NULIDAD DE ACTOS CELEBRADOS POR GERENTES DE LAS, FUERA DE LOS LÍMITES DE SUS PODERES.- Aunque el gerente de una empresa haya firmado el contrato en que pretendió constituir una fianza, habiéndose ejecutado ese acto fuera de los límites de su poder, carece de eficacia contra la sociedad mandante; el artículo 2583 del Código Civil del Distrito Federal declara nulos para el mandante los actos que el mandatario celebre más allá de los límites del poder, si aquél no lo ratifica tácita o expresamente. En esos casos existe la misma situación jurídica que en los contratos celebrados a nombre de otra persona por quien no tiene representación de ella, los cuales son nulos de conformidad con lo previsto por el artículo 1802 del mismo ordenamiento, a no ser que dicha persona los ratifique antes que se retracte la otra parte.” Tercera Sala, Sexta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, Cuarta Parte, Tomo CXXI, Página 70, Amparo Directo 6145/65, 3 de julio de 1967.
- 15 Novena Época, Registro 172566, Primera Sala, Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXV, Mayo de 2007, Materia: Civil, Tesis: 1a./J. 7/2007, Página 251. Contradicción de tesis 54/2006-PS, entre las sustentadas por el Décimo Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y el Octavo Tribunal Colegiado en la misma materia y circuito, 10 de enero de 2007. Tesis de Jurisprudencia 7/2007. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal en sesión de fecha diecisiete de enero de dos mil siete.

Capítulo

8

Consignación o contrato estimatorio

Propósitos

Al concluir este capítulo, el lector analizará y describirá la naturaleza jurídica del contrato; los criterios para calificar su mercantilidad, sus elementos y demás particularidades que la ley y la doctrina exigen para el contrato estimatorio o consignación.

Concepto

Denominado por la doctrina como *estimatorio*, es el contrato por el cual una persona, llamada *propietario*, *consignante* o *tradens*, asume la obligación de entregar y transmitir la disponibilidad de una o más cosas muebles a otra persona, llamada *consignatario* o *accipiens*, quien a su vez se obliga, al vencimiento del plazo pactado, a pagar el precio establecido o a restituir los bienes.

Según Francesco Messineo, el contrato de consignación consiste “en la entrega de cosas muebles (mercaderías menudas, libros, productos del artesanado, géneros de consumo o de vestir y similares) estimadas (*taxationis causa*) por un cierto precio (y de ahí el nombre del contrato), que un sujeto (concedente o *tradens*) hace a otro (concesionario o *accipiens*) con el propósito de que el segundo, si no le hace la restitución dentro del término establecido, le deberá pagar el precio convenido”.¹ El autor cita el art. 1556 del Código Civil italiano, el cual, sin embargo, impone la obligación a la inversa, esto es, que el consignante se obliga a pagar el precio, salvo que restituya los bienes.

El art. 392 del CCo define la consignación como el contrato por virtud del cual una persona, denominada *consignante*, transmite la disponibilidad y no la

propiedad de uno o varios bienes muebles a otra persona, denominada *consignatario*, para que le pague un precio por ellos en caso de venderlos en el término establecido, o se los restituya en caso de no hacerlo. El Código Civil italiano, en su art. 1556, denomina al contrato *estimatorio* y lo define como “aquel por el cual una parte consigna una o más cosas muebles a la otra quien se obliga a pagar el precio, salvo que restituya las cosas en el término establecido”.

En ambos conceptos se denota la principal obligación del consignatario, consistente en pagar el precio de la cosa o restituirla, tema que será tratado más adelante. El concepto que proporciona el CCo se aparta de la doctrina y del derecho comparado, ya que señala la obligación del consignatario de pagar el precio en caso de vender los bienes, al paso que ni la doctrina ni el derecho extranjero condicionan el pago del precio por parte del consignatario a la venta de los bienes, ya que señalan que dicho consignatario está obligado, al vencimiento del plazo pactado, a pagar el precio acordado o restituir la cosa con independencia de que se haya o no vendido la misma, de suerte que válidamente el consignatario puede apropiarse de la misma y pagar su precio.

Si bien, como expresa Messineo, aunque la ley italiana no lo dice, la realidad económica enseña que el contrato estimatorio tiene la finalidad de permitir al consignatario la venta de las cosas que recibe, pero al mismo tiempo le permite restituirlas si no consigue venderlas,² puede justificarse la especificación que hace el código cuando exige que se pague el precio en caso de venderlos.

No obstante, se considera que las partes pueden válidamente pactar que el consignatario adquiera la propiedad de esos bienes al vencimiento del plazo pactado en caso de que no se vendan a terceros, lo cual no pugna ni con la naturaleza del contrato ni con las normas previstas para los contratos por cuenta ajena, como la comisión mercantil, con el que la consignación guarda analogía, ya que el art. 299 del mismo CCo permite al comisionista comprar para sí lo que se le hubiere dado para vender cuando cuenta con el consentimiento expreso del comitente. Por mayoría de razón es posible que el consignatario adquiera la propiedad de los bienes y pague su precio al consignante, tomando en cuenta que dicho precio cierto es estimado por las partes o por el consignatario desde la celebración del contrato.

La Norma Oficial Mexicana NOM-122-SCFI-2010, “Prácticas comerciales-Elementos normativos para la comercialización y/o consignación de vehículos

usados”, define la consignación como el acto mediante el cual el proveedor ofrece los servicios para promover, ofrecer y, en su caso, comercializar en nombre del consumidor un vehículo usado de su propiedad que le es dejado por este en depósito para tal efecto.

Naturaleza jurídica

Se trata de un negocio jurídico con naturaleza propia, distinto de los demás contratos y utilizado de forma tradicional entre libreros y editores, pero extendido para productores y comerciantes de bienes muebles, mercancías al menudeo, piezas de arte, automóviles, joyas, etc. En México es frecuente este contrato para la venta de automóviles usados cuyo propietario entrega a un comerciante dedicado a la venta de estos bienes, quien incluso anuncia en sus establecimientos “Se recibe su automóvil en consignación” u otras similares. También las tiendas de autoservicio venden en consignación la gran mayoría de los productos que ofrecen al consumidor. La doctrina considera que los bienes dados en consignación son estimados por un precio cierto (de ahí el nombre de *estimatorio*) que su propietario determina y los entrega a otra persona por un plazo determinado, vencido el cual, si no paga el precio estimado, debe restituir la cosa; pero la práctica enseña que ese precio es en definitiva determinado por la persona que recibe el bien o por el mercado.

En todo caso, este contrato es conveniente tanto para el consignante, quien se desentiende de la venta del bien, ya que no destina su tiempo ni recursos para promover su venta, como para el consignatario, quien tampoco tiene que desembolsar el importe de los bienes para venderlos a terceros, ya que incluso recibe el pago de los mismos de terceros y con posterioridad paga su precio al consignante.

Este contrato, también conocido como *contrato de ropavejeros (tödelvertrag)*, ha sido objeto de atención por la doctrina³ no solo por su escasa reglamentación y frecuente uso, sino por los efectos que produce, en virtud de que se transfiere la posesión y la disponibilidad de bienes pero no su propiedad, por lo cual se le ha calificado como un contrato real,⁴ como una obligación alternativa, con facultad alternativa, o como un mandato o depósito sujeto a condición suspensiva, e incluso como una venta condicionada.

En México no había sido reglamentado, ni siquiera reconocido en la lista de los actos de comercio del art. 75 del CCo. Únicamente el art. 159, fracc. VI, inc. a), de la *Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos*, abrogada por la actual *Ley de Concursos Mercantiles* (LCM), se refería al mismo bajo el nombre de *contrato estimatorio*, al señalar los bienes que no entraban en la masa del quebrado (consignatario) y que, por tanto, podían separarse de la misma, entre otros, los bienes “recibidos en consignación por virtud de un contrato estimatorio”.

La LCM, publicada el 12 de mayo de 2000, al referirse a los bienes que pueden separarse de la masa, en su art. 71, fracc. VII, inc. a), deja de aludir al contrato estimatorio y en su lugar utiliza el término *consignación* al establecer que pueden separarse de la masa los bienes que hayan sido recibidos en administración o consignación, si en este caso el concurso mercantil se declaró antes de la manifestación del comprador de hacer suyas las mercancías, o si ha transcurrido el plazo señalado para hacerla.

Con la reforma al CCo, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF) el 5 de junio de 2000, se reconoce y regula el contrato estimatorio como contrato de “consignación” en los arts. 392 a 394, en donde queda confirmado que este contrato tiene su propia naturaleza, es autónomo y distinto de los otros contratos como el de comisión, agencia y mediación.

Formalidad

La ley no exige formalidad o forma alguna para la celebración y ejecución del contrato de consignación, de ahí que puede válidamente otorgarse en forma verbal, e incluso tácita cuando de la actuación de las partes se deduce su consentimiento; sin embargo, cuando el objeto del contrato lo constituyen vehículos usados, el consignatario está obligado a cumplir con el requisito de forma por escrito y con la formalidad de su inscripción, no del contrato, sino del formato o modelo que al efecto debe utilizar en estos contratos, ante la Procuraduría Federal del Consumidor (Profeco).

En efecto, conforme a la NOM-122-SCFI-2010, todas las personas físicas o morales dedicadas a la compraventa y a la consignación de vehículos usados (los consignatarios), además de estar obligados a colocar en el interior de los establecimientos el horario de atención al público, así como las formas de pago

que tienen dispuestas para la consignación, deben celebrar el contrato por escrito y registrar los de adhesión ante la Profeco, los cuales deben contener, cuando menos, las características y condiciones generales del vehículo, así como el precio de venta y la documentación que se entrega al consignatario y que acredita la legal propiedad del vehículo.⁵

Según esta NOM, los consignatarios son responsables por las descomposturas, daños o pérdidas parciales o totales que ocurran por su culpa, mientras el vehículo se encuentre en su poder; las partes pueden denunciar el contrato, sujetándose a las penas en su caso convenidas de manera equitativa.

Por otra parte, y puesto que el documento escrito constituye un medio de prueba y la certeza del consentimiento de las partes, es preciso su otorgamiento en esta forma, máxime que ante el silencio de las partes la ley les impone diversas obligaciones en relación con la falta de pago del precio o de la restitución y recepción de los bienes; además, cuando se otorga por escrito la consignación, la ley le imprime carácter ejecutivo al contrato (art. 393, fracc. IV, párrafo tercero, CCo) para efecto de que el consignante exija la restitución del mismo o el pago del producto obtenido de su venta, y como consecuencia el contrato trae aparejada ejecución en los términos de lo dispuesto por el art. 1391, fracc. VIII, del CCo, y el consignante puede hacer uso de la vía ejecutiva mercantil, privilegiada para obtener dicho pago o restitución y garantizarse las mismas mediante embargo.

Elementos personales

De la definición proporcionada se desprenden los elementos personales: el consignante y el consignatario.

Obligaciones del consignante

Para celebrar el contrato de consignación en calidad de consignante no se requiere ser comerciante; basta que la persona tenga la propiedad y posesión de bienes muebles o la legitimación para disponer de esa propiedad y posesión, para que pueda celebrar el contrato y, como consecuencia, hacer la entrega de los bienes al consignatario y transmitirle su disponibilidad, pero no la propiedad, por

un plazo pactado y para que dicho consignatario le pague su precio o se los restituya al vencimiento mismo. A continuación se detallan las obligaciones a cargo del consignante.

Transmitir la disponibilidad. Se trata de una autorización concedida al consignatario para disponer de cosa ajena durante el plazo pactado, para los fines del contrato, esto es, para su venta a terceros, pero no se le transfiere la propiedad sino únicamente la disponibilidad de la cosa; como consecuencia, durante la vigencia del plazo el consignante conserva la propiedad de la cosa pero no puede disponer de ella, sino solo a partir del vencimiento del plazo en el cual debe recibir el precio o los bienes.

La fracc. v del art. 393 del CCo así lo reconoce: “En caso de que los bienes consignados no hayan sido vendidos, el consignante no podrá disponer de ellos en tanto no se verifique el término establecido en el contrato para la venta de los mismos.” La transmisión de la disponibilidad implica una privación temporal de la disponibilidad de la cosa por parte del propietario hasta en tanto, por efecto de la restitución, le sea devuelta la disponibilidad de la misma. Hay un desdoblamiento de la propiedad que, a decir de Arturo Díaz Bravo,⁶ es difícil determinar, pero lo que sí ocurre es que el consignante se desapodera de los bienes tal como le ocurre al quebrado, solo que en aquel caso dicha privación es voluntaria, por lo que el consignante no puede realizar ningún acto sobre los bienes durante el plazo pactado por haber confiado su disponibilidad al consignatario, a quien se le atribuye una autorización para disponer de las cosas, aunque no sean suyas, con efecto para el adquirente de adquisición a título derivativo, fundado en ese poder de disponer de cosas no propias que, sin embargo, pertenecen al enajenante.⁷

Entregar la cosa. Uno de los efectos del contrato de consignación es la entrega de la cosa, además de la disponibilidad y posesión. La entrega de la cosa es necesaria para disponer de los bienes por parte del consignatario.⁸ El citado art. 1556 del Código Civil italiano expresamente señala que por virtud del contrato estimatorio el consignante entrega determinados bienes; quizá por ello la doctrina italiana sostiene que para que surja el contrato de consignación es necesaria la entrega de la cosa, y por consiguiente, se trata de un contrato de carácter real.⁹ Messineo¹⁰ sostiene lo mismo al considerar que dicha entrega es esencial para la formación del contrato y, sobre todo, para cumplir con la venta

de los bienes, por lo que afirma que el contrato no se perfecciona en tanto la cosa no se haya entregado al *accipiens*, ya que la entrega atribuye a este el poder de disponer de ella sin ser su propietario; sin embargo, conforme al CCo, el contrato es consensual, ya que el art. 392, a diferencia del art. 1556 italiano, señala que por virtud del contrato el consignante transmite al consignatario la disponibilidad y no la propiedad de uno o varios bienes, para que le pague el precio por ellos en caso de venderlos en el término establecido, o se los restituya en caso de no hacerlo. Esto es, si bien dicho precepto supone la entrega de los bienes, ya que la restitución de los mismos solo es posible si previamente han sido entregados, la entrega de la cosa, al menos materialmente, no se exige en la celebración del contrato, sino que la misma es una consecuencia del contrato. Tanto es así que la ley se refiere en futuro a la transmisión de la posesión (la ley dice *transmitirá*); por ello el mismo precepto del código señala que si no se transmite la misma, el consignatario tiene derecho a exigir el pago de los daños y perjuicios causados por su incumplimiento.

En efecto, conforme lo previene el art. 393, fracc. II, del CCo, se trata de un contrato de carácter consensual, ya que señala que el consignante *transmitirá* la posesión al consignatario, esto es, que puede transmitir la posesión y entregar la cosa en un momento distinto de la celebración del contrato, que dichas entrega y transmisión no son concomitantes ni consustanciales a la celebración del contrato, al momento en que ocurre el acuerdo de voluntades, pues como se señaló, el mismo precepto expresa que en caso de no hacerlo el consignante pagará daños y perjuicios, lo que implica que el contrato existe aun cuando no se entregue la cosa ni se haya dado la posesión y, como consecuencia, el consignatario tiene derecho a reclamar por su incumplimiento el pago de daños y perjuicios, pues de otra forma no se podría explicar la fuente de esta obligación. Lo anterior, desde luego, sin desconocer que para la ejecución del contrato, para la venta de los bienes a terceros o en su caso para la restitución de los mismos, es necesario que dichos bienes hayan sido entregados al consignatario.

Transmitir la posesión de los bienes consignados. La transmisión de la disponibilidad de los bienes implica la necesidad de transmitir la posesión derivada de ellos para los efectos del contrato. El consignante está obligado a transmitir la posesión y el consignatario tiene derecho a poseer los bienes por todo el tiempo de vigencia del contrato. Por ello, si el consignante no transmite dicha posesión debe pagar los daños y perjuicios ocasionados por la falta de entrega (art. 393, fracc. II, CCo). La posesión no da derecho al consignatario para

usar y gozar la cosa, sino solo para disponer de ella por cuenta propia y del consignante para su enajenación a favor de tercero.¹¹ Por ello, responde el consignatario de los deterioros, daños y pérdidas que sufra la cosa, salvo los derivados del caso fortuito o fuerza mayor, si llegado el vencimiento del plazo devuelve dichos bienes.

La NOM-122-SCFI-2010 señala que en el contrato de consignación deberá establecerse una cláusula por la cual el consumidor del servicio de consignación faculta al proveedor para disponer del vehículo usado, con la finalidad de ofrecerlo y, en su caso, comercializarlo, bajo los términos y condiciones establecidos en el contrato.

Transmitir la propiedad de los bienes al adquirente. A diferencia de lo que ocurre en el contrato de comisión, en el cual el comisionista está facultado para actuar en su propio nombre, y como consecuencia a celebrar por sí, pero por cuenta de su mandante, los actos jurídicos que este le encarga (arts. 273 y 283, CCo), en el contrato de consignación, conforme al CCo, que parece tener mayor semejanza con el contrato de agencia, el consignatario actúa, al menos formalmente, por nombre y cuenta del consignante, ya que si bien el consignatario tiene autorización para celebrar contratos de venta sobre los bienes, la formalización de los mismos ha de hacerse de manera directa por el consignante. Sin embargo, el contrato de agencia es un contrato de duración y para un cúmulo de actos jurídicos dentro del mismo ramo, mientras que la consignación es un contrato cuyo objeto es un acto concreto de comercio, es decir, la venta de bienes muebles especialmente determinados y por el precio pactado por las partes.

Dicho ordenamiento impone al consignante la obligación de transmitir los bienes. Es él quien debe formalizar el acto con el tercero adquirente, por lo cual responde directamente de los daños y perjuicios causados en caso de que no realice la transmisión (art. 393, fracc. II, CCo), así como del saneamiento para el caso de evicción y por los vicios ocultos de la cosa. Sin embargo, ni en el derecho extranjero ni en la práctica nacional ocurre así, porque en ambos casos es el mismo consignatario quien vende los bienes directamente al tercero, lo cual es posible tanto porque cuenta con la autorización del consignante como porque la naturaleza de los bienes lo permite, ya que la posesión de estos presume su propiedad; de ahí que, a menos que se trate de automóviles u otros bienes muebles cuya propiedad deba hacerse constar en un registro, el consignante,

aunque es el propietario de los mismos, no realiza ni formaliza la venta, sino el consignatario, quien entra en contacto directo con los terceros.

Más aún, si bien es verdad que la transmisión de propiedad que hace el consignatario a favor de terceros es de bienes ajenos, ya que vende bienes propiedad del consignante y, por tanto, bienes ajenos, la enajenación es válida y eficaz en virtud de que el consignatario recibe la disponibilidad del bien para su venta (art. 392, CCo). Así ocurre en las tiendas de autoservicio, donde se ofrecen y venden bienes consumibles y no perecederos en nombre del titular de la tienda y no del consignante, quien los entrega en virtud de un contrato de consignación.

Pagar al consignatario la prestación pactada en el contrato. A diferencia del contrato de comisión, que por ley es un contrato de medios y oneroso (art. 304, CCo), y que como tal otorga, salvo pacto en contrario, derecho al comisionista para recibir una contraprestación igual a la que se usa para pagar a los comisionistas en la plaza donde se realiza la comisión, el contrato de consignación es un contrato de resultados y gratuito salvo pacto. En efecto, la ley considera este contrato como un contrato de resultados (art. 393, fracc. III, segundo párrafo, CCo), por lo cual señala que, salvo pacto en contrario, si el bien objeto de consignación no fue vendido dentro del plazo pactado, el consignante no estará obligado a retribuir al consignatario; asimismo, si las partes nada pactan en relación con la contraprestación a favor del consignatario, aun cuando la venta se haya realizado, este no tiene derecho a recibirla.

Si bien resulta desafortunado el precepto por cuanto que, conforme al mismo, el consignatario solo tiene derecho a recibir una contraprestación cuando expresamente se ha convenido en ella, ya sea que se hayan o no vendido los bienes, lo que incluso se confirma con el último párrafo de la fracc. III del art. 393 del CCo, cuando se refiere a que si las partes han convenido en pagar al consignatario una contraprestación en caso de venta de los bienes, pero no han fijado la misma, dicha contribución será igual a la que generalmente se fije para este tipo de contratos en la plaza respectiva, tomando en cuenta las características del bien, su valor de mercado y los gastos erogados para su conservación. Tal parece que dicha norma solo puede justificarse tomando en cuenta que los bienes objeto del contrato se entregan al consignatario para que este pague el precio estimado o los restituya al vencimiento del contrato, y que es precisamente dicho precio estimado el que permite al consignatario vender los bienes a un precio superior y reservarse para sí la diferencia del mismo.

Sin embargo, no se puede pasar por alto que el CCo impone al consignante la obligación de transmitir la propiedad de los bienes al tercero adquirente, lo que se traduce por regla general en la expedición de una factura u otro documento en el cual conste no solo la transmisión, sino también el precio pagado, en cuyo caso podrían darse los siguientes supuestos: a) que el consignante facture por el importe total de la venta y que la diferencia entre el precio pagado por él y el precio pagado por el tercero se facture a favor del consignatario, y b) que el consignatario expida la factura correspondiente por el importe total y solo entregue al consignante el precio estimado, y como consecuencia el consignante solo facture por el precio recibido y a favor del consignatario; fiscalmente, la diferencia sería un ingreso acumulable para el consignatario. En ambos casos se presentan problemas de compatibilidad con la norma y con la realidad económica.

Según el art. 393, fracc. III, del CCo, las partes pueden convenir una contraprestación a favor del consignatario, la cual puede consistir en una suma determinada de dinero, en un porcentaje u otro beneficio.

Porcentaje. Las partes pueden convenir de antemano en una contraprestación a favor del consignatario fijada en un porcentaje del precio de venta de los bienes, en cuyo caso vendida la cosa y entregado el precio, el consignante debe pagar la contraprestación, o incluso puede facultarse al consignatario para retener el porcentaje establecido del precio de venta.

Suma de dinero. El pago puede hacerse de la manera siguiente:

- a) *Sin venta de bienes.* La ley faculta a las partes para convenir en el pago de una suma de dinero a favor del consignatario, aun en el caso de que no se vendan los bienes. Cuando se pacte una suma de dinero en favor del consignatario sin que el bien haya sido vendido y sin que dicha retribución haya sido cubierta, se entiende que el bien consignado responde por el importe pactado. El consignatario puede constituir prenda sobre los bienes hasta en tanto le sea cubierta la retribución, caso único en el que el consignatario deberá probar haber realizado actividades tendientes a la venta. Aunque la ley señala que en caso de haber pactado una retribución aunque no se vendan los bienes, se estará además a lo dispuesto por el segundo párrafo de la fracc. VII, nos parece que su aplicación es excesiva, ya que dicho párrafo impone responsabilidades adicionales al consignante:

El consignatario debe poner de inmediato a disposición del consignante los bienes dados en consignación... a efecto de que éste los recoja dentro de los dos días hábiles siguientes a la notificación respectiva. Si el consignante no recoge la mercancía... salvo pacto en contrario, estará obligado a cubrir al consignatario el equivalente al 2% mensual del valor de mercado del bien de que se trate por concepto de almacenaje por cada mes o fracción que tarde en recoger el mismo, en cuyo caso, los riesgos derivados de la pérdida o deterioro por caso fortuito o fuerza mayor se entenderán transmitidos al consignante.

- b) *Con venta de bienes.* En el caso de que las partes hayan pactado el pago de una suma determinada por la venta de los bienes, también pueden convenir en que el consignatario retenga del precio el importe de la contraprestación de la cosa, ello con independencia de que la ley erróneamente solo se refiere a que las partes pueden convenir en eso cuando se trata de un porcentaje.

Puede suceder que las partes hayan pactado el pago de una suma de dinero en favor del consignatario para el caso de venta de los bienes, sin que hayan determinado la misma; en tal caso, la ley señala que el consignante debe pagar aquella que por lo general se fije en este tipo de contratos en la plaza respectiva, tomando en cuenta las características del bien consignado, su valor de mercado y los gastos erogados por el consignatario para su conservación (art. 393, fracc. III, último párrafo, CCo). En tal caso y ante desacuerdo entre las partes, el consignatario debe probar el uso o costumbre utilizado al caso y tiene derecho a retener el precio y constituir prenda.

Otro beneficio. Las partes pueden de común acuerdo fijar de antemano el precio estimado de la cosa, precio que el consignatario deberá cubrir al consignante al vencimiento del plazo pactado, sin derecho a recibir parte de dicho precio como contraprestación, sino en su lugar el beneficio que obtenga por la venta del bien al precio que determine el consignatario. En tal caso, este tiene total libertad para vender el bien, ya sea al precio estimado, en cuyo caso no obtiene beneficio económico directo alguno, o bien venderlo a un precio superior. La diferencia entre el precio estimado y aquel conforme al cual el consignatario vendió el bien representará su beneficio. La ley se refiere a cualquier otro beneficio de manera general, lo que implica que el mismo puede ser de cualquier naturaleza.

Pago de almacenaje. En caso de que el consignatario no pague el precio de los bienes, debe entregarlos al consignante, al igual que cuando ocurra la terminación del contrato; de ahí que si dicho consignante no se hace cargo de los

bienes que ponga a su disposición el consignatario, salvo pacto en contrario, debe pagar a este el equivalente a 2% del valor de mercado de los bienes por concepto de almacenaje por cada mes o fracción que tarde en recoger los mismos, en cuyo caso los riesgos derivados de la pérdida o el deterioro por caso fortuito o fuerza mayor se entienden transmitidos al consignante.

Obligaciones del consignatario

Obligación de pago del precio o restitución de la cosa. Conforme a la definición de contrato, el consignatario asume una sola obligación que consiste en entregar al consignante el precio pactado por los bienes en caso de venderlos en el plazo establecido, o restituirlos en caso de no hacerlo. El consignatario no asume la obligación de promover la venta de los bienes ni de venderlos, sino solo de pagar su precio o restituirlos, de donde surge una cuestión que se da por sentada en la doctrina y que, sin embargo, sería dudosa en el derecho mexicano de acuerdo con las disposiciones del CCo y que consiste en saber si por la única obligación de pagar el precio al vencimiento del plazo o de restituir los bienes, el consignatario está facultado o no para disponer como dueño de las mercancías, ya sea para sí o incluso mediante actos gratuitos con terceros, y puede abstenerse totalmente de hacer cualquier acto respecto de los bienes.

El art. 392 señala de manera categórica la obligación de pagar el precio por los bienes “en caso de venderlos” o de restituirlos en caso de no hacerlo. De lo anterior se llegaría a la conclusión de que el consignatario no puede disponer para sí de esos bienes, sino solo para tercero mediante su venta; de ahí que si no vende los bienes, necesariamente debe restituirlos. Pese a lo dispuesto por la ley, la causa del contrato para el consignante consiste en recibir el precio de los bienes consignados, aun cuando sea del propio consignatario, quien asume la obligación de pagar el precio o restituir la cosa; dicho pago no está sujeto, ni en la doctrina ni en la legislación extranjera, a que el consignatario venda los bienes a tercero, porque dicha venta no constituye obligación alguna a su cargo, sino únicamente la de pagar el precio o restituir la cosa al consignante en el plazo pactado, de suerte que aunque el consignatario no venda la cosa, puede pagar el precio, y debe hacerlo si no la restituye.

El art. 393, en su fracc. 1, reitera la obligación del consignatario de pagar el precio de la cosa, fracción que es incongruente con la segunda del citado art.

393, que obliga al consignante a transmitir al tercero adquirente el bien objeto de consignación. ¿Cómo puede obligarse a quien no es adquirente a pagar el precio? ¿A qué título el consignatario recibe el precio del tercero si no puede transmitirle la propiedad? Aunque la ley alude al pago del precio, lo cual no parece correcto porque en definitiva es el consignatario quien vende los bienes y a su vez los adquiere del consignante a cambio del pago del precio, tal como está estructurado el contrato, la ley se refiere a entregar el precio pactado y recibido del comprador por cuenta del consignante.

Así, el problema se resuelve con el hecho de que el consignatario tiene la disponibilidad del bien y, por tanto, puede transmitir su propiedad a tercero e incluso formalizar la venta de forma directa sin que lo haga el consignante, como equivocadamente lo ordena la ley; lo que sucede es que el consignante debe transmitir los bienes al mismo consignatario en la fecha en que recibe el precio pactado y no al tercero, sin que pueda aludirse a que la compraventa realizada entre el consignatario y el tercero es nula, porque dicho consignatario sí cuenta con autorización para disponer de bienes ajenos y porque en todo caso esa venta queda convalidada con la adquisición posterior que hace el consignatario.

En efecto, el art. 2270 del CCF señala que la venta de cosa ajena es nula y el vendedor es responsable de los daños y perjuicios si procede con dolo o mala fe, debiendo tenerse en cuenta lo que se dispone en el título relativo al Registro Público para los adquirentes de buena fe. A su vez, el art. 2271 señala que el contrato quedará revalidado si antes de que tenga lugar la evicción el vendedor adquiere, por cualquier título legítimo, la propiedad de la cosa vendida. Entonces, la venta de cosa ajena que realiza el consignatario es válida porque tiene la libre disponibilidad del bien y porque en su caso, antes de la evicción por el comprador, obtiene del consignante la propiedad; de ahí que como consecuencia, en el caso de que el consignatario, supuesto vendedor de cosa ajena, no adquiriera su propiedad, deberá responder al comprador por los daños y perjuicios; pero será el consignante quien responda de ellos si durante la vigencia del contrato de consignación dispuso de la propiedad de los mismos a pesar de carecer de su libre disponibilidad.

En efecto, el art. 2120 del CCF previene que todo enajenante está obligado a responder de la evicción, aunque nada se haya expresado en el contrato. De lo anterior se confirma la validez de la venta de cosa ajena, ya que si la venta fuera nula, únicamente habría obligación para las partes de devolverse las prestaciones

recibidas de manera recíproca conforme lo estatuye el mismo código. Sin embargo, los arts. 2126 y 2127 del mismo CCF imponen otras obligaciones adicionales a la de devolver las prestaciones recibidas al vendedor de cosa ajena.

Sin embargo, pese a la obligación del vendedor de cosa ajena de responder del saneamiento, el comprador no puede por sí y ante sí considerar que la cosa es ajena, exigir el pago de las prestaciones señaladas por la ley a su favor, ni dejar sin efecto la venta. El comprador debe esperar a que efectivamente se produzca la evicción, mediante sentencia firme que lo prive de todo o de parte de la cosa (art. 1622), y es entonces cuando se hace exigible el saneamiento para el caso de evicción, obligación que deriva de un contrato al que se tiene como válido y no como nulo, ya que la misma no consiste solo en la devolución del precio, sino en el pago de otras prestaciones adicionales.

En todo caso, es hasta la sentencia firme cuando podría decirse que hay venta de cosa ajena, mediante su declaración de nulidad (art. 2119, CCF), pero en esa situación existe obligación del consignatario de responder del saneamiento, derivada de una compraventa y, por tanto, de un contrato válido, ya que si fuera nula tal venta la única consecuencia que traería la sentencia de evicción sería solo la devolución del precio y, si acaso, de sus intereses. Los efectos de la venta de cosa ajena serán diferentes según la buena o mala fe de una o ambas partes, pero en el caso de consignación siempre será de buena fe y legítima porque el consignatario tiene la disponibilidad del bien y dicha venta es válida entre el tercero y el consignatario, puesto que la ley incluso prevé la posibilidad de que el comprador asuma el riesgo de la evicción y se someta a sus consecuencias (exención de la devolución del precio al vendedor), lo que se contrapone a las consecuencias de la nulidad.

Aunque la venta de cosa ajena es válida entre comprador y vendedor,¹² con independencia de que la misma no se haya otorgado en documento auténtico (escritura pública) ni se le haya dado publicidad por medio de su registro u otra forma prevista por la ley, la venta surte efectos para terceros, sin perjuicio de que el comprador puede hacer efectivo el saneamiento¹³ a que se refiere el CCF, mientras no se haya dictado sentencia firme que prive al comprador de todo o parte del bien objeto de la compraventa por la declaración de nulidad de la misma o cuando haya sido llamado a juicio.

Se arriba a dicha conclusión a pesar de que la ley señala que es el consignante

quien debe transmitir la propiedad al tercero bajo pena de responder por los daños y perjuicios, ya que esta obligación no es obstáculo a lo anterior, porque el consignatario asume la obligación de pagar el precio del bien en caso de venderlo, y ello solo puede hacerse en virtud de haber dispuesto de la propiedad de él, que esa disposición es legítima por contar con la autorización para disponer de dicha propiedad y con posesión de la misma. Así, el único legitimado para privar de efectos la venta sería su propietario; es el consignante quien, en virtud del contrato de consignación, pierde la disponibilidad de los bienes para ser vendidos por el consignatario a terceros.

Comoquiera que sea, la obligación que asume el consignatario de pagar el precio está absolutamente subordinada a la condición potestativa de restituir las cosas al vencimiento del plazo fijado por las partes, a cuyo vencimiento, en caso de que no se restituya el bien, se hace definitiva la obligación del pago, ya que dicho plazo no es más que un límite temporal legalmente estatuido y negocialmente determinado para la verificación relevante de la condición de pago, incluso cuando la imposibilidad de la restitución provenga de una causa ajena al consignatario, salvo los casos previstos por el CCo referidos más adelante. El art. 393, fracc. I, señala que el consignatario tiene obligación de pagar el precio pactado o devolver el bien, salvo lo previsto en el tercer párrafo de la fracc. VI.

A su vez, la obligación de restituir la cosa queda subordinada a la existencia e integridad de la misma, de suerte que el consignatario asume el riesgo de ella, de su perecimiento o deterioro, sin que pueda aducir que la cosa pereció o se deterioró por causa no imputable al mismo, salvo caso fortuito o fuerza mayor.

Para Messineo, la obligación del pago del precio o restitución de la cosa no constituye una obligación alternativa, sino una obligación facultativa (o con facultad alternativa), porque el perecimiento de la cosa o su deterioro, con posterioridad a la declaración de elección del consignatario, conforme al art. 1557 del Código Civil italiano, obliga al consignatario a pagar el precio aun cuando hubiera elegido devolverla. Conforme a la ley parecería, en cambio, que se trata de una obligación alternativa porque el consignatario está obligado a pagar el precio o a restituir los bienes, obligación que es coincidente con las alternativas previstas por el CCF.

En efecto, de acuerdo con el art. 1962 del CCF, si el deudor se ha obligado a uno de dos hechos, o a una de dos cosas, o a un hecho o a una cosa, cumple

prestando cualquiera de esos hechos o cosas, mas no puede, contra la voluntad del acreedor, prestar parte de una cosa y parte de otra, o ejecutar en parte un hecho. En la especie, el consignatario debe pagar el precio o devolver la cosa, elección que le corresponde hacer a dicho consignatario al igual que al obligado alternativamente (art. 1963, CCF); asimismo, el CCF señala que el deudor perderá el derecho de elección cuando, de las prestaciones a que alternativamente estuviere obligado, solo una fuere realizable (art. 1965); si una cosa se ha perdido por culpa del deudor, este debe pagar el precio de la última que se perdió (art. 1967). En la consignación, vencido el plazo, el consignante debe pagar el precio de la cosa o restituirla, y si esta se perdió o deterioró por su culpa, debe pagar el precio.

Sin embargo, conforme al mismo CCF, cuando ambas cosas se pierden sin culpa del deudor y este hubiera hecho ya la elección o designación de la cosa, la pérdida es por cuenta del acreedor. En la consignación, el consignatario debe pagar el precio de la cosa si esta se pierde, salvo caso fortuito o fuerza mayor; por tratarse de dinero una de las dos cosas a que se obliga el consignatario, el mismo no puede aducir, habiendo elegido pagar dinero, que la obligación se extinguió porque perdió dicho dinero, ya que este es un bien fungible por naturaleza. Por último, el CCF establece que si la elección no se hubiere hecho y ambas cosas se hubieren perdido sin culpa del deudor, el contrato queda sin efecto (art. 1972, CCF), lo que no ocurre en la consignación, en la cual, aun cuando el consignatario hubiera perdido el dinero obtenido de la venta sin su culpa, debe pagar su precio al vencimiento del plazo, a menos que la cosa hubiere perecido por caso fortuito o fuerza mayor, ya que en tal caso el riesgo lo asume el consignante (art. 393, fracc. VI, CCo), siempre y cuando la cosa perecida por tal causa no hubiere sido retenida injustificadamente, sin derecho, por el consignatario, en cuyo caso él asume el riesgo incluso de fuerza mayor.

Entonces la obligación del consignatario no puede ser una obligación alternativa; su obligación es una sola: pagar el precio, teniendo la facultad de liberarse de ella restituyendo la cosa; las diferencias entre la obligación del consignatario y la obligación alternativa en el Código Civil italiano son más claras que en el nuestro, pues en su art. 1557 establece que quien ha recibido los bienes en consignación no se libera de pagar el precio al consignante cuando la restitución íntegra de los mismos deviene imposible por causas no imputables al consignatario. Esto es, aun cuando la cosa perezca o se deteriore, por caso fortuito o fuerza mayor, o aun sin culpa del consignatario, este asume el riesgo

de la cosa y, por tanto, debe pagar su precio.

La obligación del consignatario de pagar el precio en lugar de restituir la cosa es más acorde con la obligación facultativa; sin embargo, aunque esta se extingue por perecimiento del objeto principal de la obligación, en la consignación la prestación principal a cargo del consignatario es la dación del precio y en su caso la restitución de la cosa, de ahí que en virtud de que el pago de dinero se hace precisamente con bienes fungibles, intercambiables sin dificultad, la obligación principal del consignatario no puede extinguirse. Transcurrido el plazo sin restitución, se hace definitiva la obligación de pagar el precio, ya que el plazo es un límite temporal estatuido de manera legal y negocialmente determinado para la realización de la condición, de ahí que no verificada la restitución, aun cuando sea por hecho no imputable al *accipiens*, este no queda liberado de la obligación de pagar el precio, ya que el hecho se explica no solo como transferencia del riesgo y peligro separadamente de la propiedad, sino también como imposibilidad de verificación de la condición, única que podría rescindir la obligación de pagar el precio.¹⁴

La entrega del precio, salvo pacto en contrario, señala el CCo, debe hacerse dentro de los dos días hábiles de verificada la venta. En caso de que el consignatario no pague el precio de las mercancías dentro de ese plazo, debe pagar al consignante 3% del valor de mercado del bien, por cada mes o fracción en que de manera injustificada retenga los bienes o el precio (art. 394, fracc. IV, CCo). La determinación del precio de ordinario se realiza en el mismo contrato de consignación, ya sea el precio de mercado, el precio real o un precio estimado; por lo general, este último precio es el pactado por las partes, ya que permite al consignatario entregar al consignante, en el plazo fijado en el contrato, solo dicho precio estimado y quedarse en su caso con el excedente, como contraprestación.

Restitución de los bienes. A pesar de que la única obligación del consignatario es pagar el precio o restituir los bienes al vencimiento del contrato, el CCo le impone la obligación de poner de inmediato a disposición del consignante los bienes que deban serle restituidos, no solo en el caso del vencimiento de plazo pactado, sino también cuando se dé una causa de terminación del contrato. Son causas de terminación: la ejecución de todas las obligaciones derivadas del contrato, entre ellas la venta de los bienes (lo que permitiría dudar del derecho del consignatario para pagar el precio hasta el vencimiento del plazo); la muerte

de alguna de las partes; el mutuo consentimiento y el incumplimiento de las obligaciones a cargo de alguna de las partes (art. 393 *in fine*); de suerte que si el consignatario no vende los bienes ni pone a disposición del consignante los mismos, a efecto de que este los recoja, asume los riesgos de la cosa por caso fortuito o fuerza mayor que ocurran a partir de que los retenga injustificadamente.

En el evento de que el consignatario deba devolver los bienes al vencimiento del plazo y no los entregue al consignante, deberá, además de restituirlos, pagar 3% del valor de mercado de los mismos, por cada mes o fracción en que injustificadamente los retenga (art. 393, fracc. IV, CCo), y asume los riesgos de caso fortuito o fuerza mayor.

Conservación de los bienes. El CCo impone al consignatario la obligación de realizar todos los actos tendentes a la conservación de los bienes y de los derechos relacionados con los mismos. A diferencia de lo previsto en la doctrina, el CCo impone al consignatario la obligación de conservar la cosa y los derechos relacionados con la misma, pero por cuenta y cargo del consignante, a quien se obliga a proveer los fondos necesarios con cuando menos dos días de anticipación a la realización del acto conservatorio, así como a reembolsar al consignatario los gastos que hubiere hecho para ello, obligación que se justifica por la posesión que ostenta de los mismos, la facultad de restituirlos a su vencimiento y la liberación de la obligación de responder por la pérdida o deterioro por caso fortuito o fuerza mayor. En cambio, el Código Civil italiano no establece en forma expresa dicha obligación, pero supone tácita aunque claramente que todos los gastos de conservación de la cosa, así como los riesgos, corren por cuenta del consignatario, pues señala en su art. 1157 que quien ha recibido los bienes en consignación no se libera de la obligación de pagar el precio, si la restitución íntegra de los mismos resulta imposible por causas no imputables al consignatario.

Asunción del riesgo de la cosa. El art. 393, fracc. VI, del CCo impone al consignatario la obligación de responder por los daños o las pérdidas que sufran los bienes a partir del momento en que se hace entrega real de los mismos durante el plazo pactado en el contrato para la consignación, pero, a diferencia del Código Civil italiano, lo libera de la obligación de asumir los riesgos por pérdida o deterioro por caso fortuito o fuerza mayor, cuando se trata de bienes individualmente designados, a menos que dichos daños o pérdidas se produzcan

después de ese plazo sin que el consignatario haya entregado la cosa: “vi. ... Los riesgos del bien se transmiten al consignatario cuando éste le sea entregado de manera real por el consignante, con la excepción de la pérdida o deterioro por caso fortuito o fuerza mayor tratándose de bienes individualmente designados los cuales correrán a cargo del consignante.” De donde resulta que, a diferencia de lo que ocurre en la legislación italiana, en la que existe una aparente derogación del principio de que la cosa perece para su dueño, la verdadera derogación del principio que se presenta en México es que el consignatario responde de causas no imputables a él; es decir, asume el riesgo del incumplimiento de la restitución, aun no debido a hecho propio, salvo el caso fortuito o la fuerza mayor.

En efecto, la pérdida de la cosa puede ser consecuencia de actos propios o intencionales del consignatario o sus dependientes, pero también de actos culposos, caso fortuito, fuerza mayor, o de actos de tercero. El caso fortuito constituye un acontecimiento natural e inevitable, previsible o imprevisible, que impide en forma absoluta el cumplimiento de una obligación; la fuerza mayor constituye un hecho del hombre, previsible o imprevisible, pero inevitable, que impide en forma absoluta el cumplimiento de una obligación (la huelga). Así, y de acuerdo con el precepto antes citado, el consignatario no responde de ellos, sino solo de los riesgos que sufra la cosa por su culpa, negligencia o intención, o aun sin su culpa, pero ajenos al caso fortuito y la fuerza mayor; y como el CCF presume *iuris tantum* que la cosa se pierde por culpa del deudor, corresponde al consignatario probar, en su caso, que la cosa se perdió o deterioró por caso fortuito o fuerza mayor. El art. 2018 indica al respecto: “La pérdida de la cosa en poder del deudor se presume por culpa suya mientras no se pruebe lo contrario.”

Por tanto, para que el consignatario quede liberado por caso fortuito o fuerza mayor debe probar que realizó todos los actos necesarios para conservar y custodiar la cosa, y que los daños y pérdidas fueron producidas por aquellos eventos. Fuera de los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, el consignatario responde de la integridad de la cosa. El art. 2025 del mismo CCF señala: “Hay culpa o negligencia cuando el obligado ejecuta actos contrarios a la conservación de la cosa o deja de ejecutar los que son necesarios para ella.” Se trata de la culpa contractual en sentido estricto, que comprende el incumplimiento de obligaciones de custodia y de conservación que imponen los contratos traslativos de uso, goce, administración o custodia a quien tiene la cosa en su poder.

En los contratos de consignación, el consignatario responde de la pérdida o el deterioro de la cosa producidos por su malicia o negligencia; y se presume, salvo prueba en contrario, que el daño o la pérdida no provienen de caso fortuito o fuerza mayor, y por ello responde tanto cuando no haya culpa como de la culpa grave (malicia o dolo) y de la leve al tenor de lo dispuesto por los arts. 2522 del CCF y 335 del CCo, a menos que demuestre que la pérdida se debió a caso fortuito o fuerza mayor, y que dichos eventos no se hayan producido durante el tiempo que retuvo la cosa sin derecho. Por último, como ya quedó asentado, en caso de que el consignatario retenga los bienes de manera injustificada, salvo pacto en contrario, además de las otras obligaciones impuestas por la ley a su cargo, debe asumir los riesgos de la pérdida o deterioro de los mismos por caso fortuito o fuerza mayor (art. 393, fracc. IV, segundo párrafo, CCo), así como los que sufran los bienes cuando estos no hayan sido individualizados.

Derechos del consignatario

En virtud del contrato de consignación, el consignatario tiene los derechos que se detallan enseguida.

Disposición de los bienes. El consignatario tiene derecho de disponer de los bienes dados en consignación a los fines del mismo contrato. El art. 393, fracc. VII, del CCo señala: “El consignatario podrá disponer válidamente del bien sólo con el fin previsto en el contrato...”

De acuerdo con este precepto y la definición del art. 392 del CCo, el consignatario tiene la disponibilidad de los bienes por efecto del contrato, pero esta no es ilimitada y por tanto no puede, como ocurre en la práctica y en el derecho extranjero, disponer para sí del bien objeto del contrato, a menos que lo autorice expresamente el consignante. Asimismo, conforme a la doctrina, el consignatario no está obligado a desplegar actividad alguna, a pesar de que cuando lo hace actúa por cuenta propia y del consignante, y tampoco está obligado a rendir cuenta alguna al consignante; sin embargo, según la ley, tal parece que el consignatario sí debe rendir cuentas cuando menos respecto de los bienes, de los cuales asume la obligación de conservar y disponer de las sumas necesarias para ello de las provisiones que le entregue el consignante.

También debe actuar en nombre del consignante, lo cual parece un contrasentido

frente a la válida disponibilidad de bienes que la ley autoriza para venderlos a terceros, ya que la ley impone a dicho consignante la obligación de transmitir los bienes al tercero adquirente y no al consignatario; es decir, el consignatario, conforme a la ley y contrario a la doctrina, actúa en nombre propio pero por cuenta ajena. Sin embargo, y puesto que dicho consignatario asume la obligación de restituir la cosa o pagar su precio, debe considerarse que cuando actúa lo hace en interés propio, ya que cuanto mayor sea el precio que obtenga por las cosas dadas en consignación, mayor será su beneficio pues, de ordinario, deberá entregar al consignante el precio estimado de la cosa.¹⁵

La disponibilidad a que se refiere la ley constituye una autorización para disponer sobre cosa ajena que se limita a los efectos del contrato, para su venta a terceros, esto es, para disponer de un derecho ajeno en interés propio, por lo cual el CCo señala en el art. 393, fracc. VII, que “Los efectos consignados no podrán ser embargados por los acreedores del consignatario”; en cambio, el art. 1558 del Código Civil italiano reconoce la validez de los actos de disponibilidad ejecutados por el consignatario, sin que sus acreedores puedan sujetarlos a prenda o a secuestro sino hasta que haya sido pagado el precio, lo que implica que el consignatario puede disponer para sí de los bienes, si bien sus acreedores no pueden hacer efectivos sus créditos con tales bienes hasta en tanto el consignatario no sea propietario de ellos.

Las cosas entregadas en consignación no forman parte del patrimonio del consignatario. Este solo tiene la disponibilidad a los fines del contrato, para su venta a terceros y, por tanto, siguen siendo del propietario, de ahí que los acreedores del consignatario no pueden dirigirse contra ellas, ni con la ejecución forzada ni con el secuestro, ni el síndico de la quiebra o el conciliador del concurso mercantil del consignatario pueden apoderarse de ellas; por ello, en caso de quiebra o concurso del consignante, los bienes entregados en consignación entran en la masa de la quiebra.

Recibir la contraprestación pactada en su favor. Como se dijo, el consignatario, salvo pacto en contrario, tiene derecho a recibir la contraprestación pactada. Si nada se estableció en el contrato, no tiene derecho a recibir contraprestación alguna, siendo su beneficio solo la diferencia que obtenga entre el precio de venta y el precio estimado. En caso de que se haya señalado derecho a recibir contraprestación, pero esta no se haya fijado, debe recibir la que se acostumbra pagar a los consignatarios de bienes de la misma

naturaleza y en la plaza donde se ejecutó la consignación, y siempre que se haya vendido la cosa objeto del contrato o se hubiera otorgado ese derecho aun para el caso de no venderla.

Adquisición de la propiedad. A pesar de que el CCo faculta al consignatario a pagar el precio de los bienes si estos fueron vendidos, el consignatario puede también cumplir con la obligación de pago adquiriendo la propiedad de ellos, esto es, puede adquirir para sí las cosas objeto del contrato si cuenta con autorización expresa del consignante para ello y si nada se dijo en el contrato en sentido contrario, dada la naturaleza del contrato y la causa del mismo.

Derecho de retención. Este derecho es propio de los administradores y poseedores de bienes ajenos (albacea, comisionista, agente, mediador, transportista, vendedor, etc.) y consiste en la facultad que tiene el poseedor de no entregar los bienes o su producto hasta en tanto no se le haya pagado la contraprestación a su favor, incluso la posibilidad de afectarlos en garantía y hasta de venderlos para cobrar lo que conforme al contrato le corresponde (arts. 279, 306 y 386, CCo). En el caso de la consignación, el derecho de retención a favor del consignatario está extendido por la ley tanto para los casos en los que se haya pactado una contraprestación a su favor como cuando se deba pagar el almacenaje de los bienes puestos a disposición del consignante y no recibidos por este, y existan gastos de conservación erogados por el consignatario no cubiertos por el consignante. Aunque la ley se refiere a prenda sobre los bienes, se trata de un privilegio especial, el derecho de retención, ya que de otra forma no se explica cómo podría el consignatario constituir ante sí y por él mismo la prenda a que se refiere la ley, a no ser que se exija la misma judicialmente. La NOM-122-SCFI-2010 prevé que en el contrato de consignación de vehículos usados se establezca una cláusula que contenga las penas convencionales a las que se hacen acreedoras las partes por incumplimiento de contrato de adhesión y el procedimiento para hacerlas efectivas.

Terminación del contrato

El art. 394 del CCo establece como causas de terminación del contrato: “i. La ejecución total de las obligaciones derivadas del contrato; ii. El vencimiento del plazo pactado; iii. La Muerte de alguno de los contratantes; iv. El mutuo consentimiento; y v. Incumplimiento de las obligaciones de alguna de las

partes.”

Características y diferencias con otros contratos

El contrato de consignación muestra algunas semejanzas en relación con los contratos de comisión, agencia y mediación, en donde una de las partes asume obligaciones para ejecutar actos por cuenta de la otra parte, así como con los contratos de participación, como la asociación en participación, en los que quien realiza los actos con terceros lo hace por cuenta e interés propio y de la otra parte. En el caso de la consignación, la enajenación de las cosas por parte de quien las recibe tiene lugar en interés de este y, por consiguiente, por cuenta del mismo, ya que de ordinario el precio de enajenación de las cosas es superior al que el consignatario debe abonar al propietario,¹⁶ cuya diferencia constituye uno de los beneficios que recibe el consignatario y a que se refiere el CCo. No obstante, entre la consignación y los contratos antes señalados existen notables diferencias, las cuales se puntualizan enseguida.

- a) En el caso de la comisión, el comisionista asume la obligación de ejecutar actos concretos de comercio en nombre propio, pero por cuenta del comitente; en la consignación, en cambio, el consignante actúa por su cuenta pese a que, conforme al CCo, no actúa a nombre propio sino del consignante, puesto que este debe transmitir al tercero los bienes objeto del contrato. Es decir, la transmisión de propiedad en el contrato de consignación la hace el consignante y no el consignatario, si bien hay que admitir que por tratarse de bienes muebles existe la presunción de que el consignatario es el propietario, pero en todo caso el acto traslativo de dominio lo hace el consignante; por ejemplo, en la facturación de un automóvil dado en consignación, quien factura es el consignante y no el consignatario. Sin embargo, hay que aclarar que, pese a lo dispuesto por el CCo, la actuación del consignatario es en interés propio y no del consignante. El comisionista no asume los riesgos de la cosa, salvo los derivados de su culpa o negligencia, y no tiene la obligación de pagar el precio o restituir los bienes, sino la de realizar actos jurídicos concretos. El consignatario sí asume los riesgos, aun cuando el CCo establece otra cosa, como se ha apuntado. En todo caso, se debe advertir que la consignación regulada por la ley se aparta de la práctica, de la naturaleza y del contenido

del contrato, así como de la doctrina y de la legislación extranjeras.

- b) Con el contrato de depósito la consignación difiere, porque mientras que en el primero el depositario como tal solo asume la obligación de conservar, custodiar la cosa y restituirla cuando la pida el depositante o en la fecha pactada, no tiene obligación de pagar el precio, ni el derecho de optar por restituir las mercancías, ni la disponibilidad de las mismas, y, por tanto, no puede venderlas a terceros; el consignatario, como se dijo, tiene la disponibilidad del bien por el tiempo pactado entre las partes. Al respecto, Domenico Barbero¹⁷ señala que la similitud con el depósito es la menos fácil y la menos apropiada para comprender el contrato, que del depósito, a decir verdad, no tiene nada; tanto es así que el depositario no puede disponer de las cosas, mientras que dispone de ellas válidamente quien las recibe en la relación de contrato estimatorio. Incluso el consignatario las recibe para disponer de ellas, y dicha disposición constituye la función económica del contrato. Sin embargo, se podría decir que guarda cierta analogía respecto del depósito irregular en tanto que el depositario no se obliga a restituir la cosa recibida, sino otro tanto de la misma calidad y especie; sin embargo, aun en este caso la diferencia subsiste porque el depositario debe necesariamente devolver una cosa, mientras que en la consignación el consignatario debe pagar el precio estimado o restituir la misma cosa que fue recibida y no otra. Este depósito irregular versa siempre sobre cosas fungibles, en tanto que la consignación es de cosas ciertas y determinadas, individualizadas.
- c) Con la oferta de venta difiere la consignación en que para el consignatario, si bien puede adquirir para sí los bienes objeto del contrato mediante el pago de su precio, dicha oferta constituye un acto unilateral, mientras que la consignación es bilateral: el oferente no pierde la disponibilidad del bien, como ocurre en la consignación.
- d) Con la compraventa, la diferencia sustancial estriba en que en la consignación la propiedad de las cosas entregadas no se transfiere de inmediato a quien las recibe, sino que permanece en el *tradens* hasta que el *accipiens* paga su precio porque las ha vendido o retenido para sí. A diferencia de la venta, en la consignación no se transfiere la propiedad sino únicamente la disponibilidad de los bienes, de ahí que sus acreedores no pueden someterlas a embargo o secuestro; por tanto, no existe la

consensualidad que opera en la venta. Tampoco es una venta bajo condición suspensiva entre quien entrega los bienes y quien los recibe, porque el *accipiens* no compra ni se obliga a comprar ni promete hacerlo; en la compraventa no se pierde la disponibilidad del bien, como ocurre en la consignación. Difiere también de la compraventa sujeta a condición resolutoria porque en la consignación se requiere la entrega de la cosa, y no se transfiere la propiedad hasta en tanto no se pague el precio; la venta no requiere dicha condición suspensiva.

- e) Con el mandato difiere la consignación, por cuanto el consignante no se obliga a desplegar la venta de los bienes ni a realizar actos jurídicos por cuenta del consignante, sino que su única obligación es pagar el precio o restituir los bienes, de suerte que puede omitir cualquier actividad tendente a la venta y devolver los bienes al finalizar el plazo pactado, sin responsabilidad alguna. Incluso el mismo Barbero¹⁸ sostiene que mientras el mandatario está obligado a transmitir el precio de la venta, el *accipiens* solo debe entregar el precio estimado.
- f) Con el contrato de agencia, la consignación se diferencia de manera sustancial porque mientras la agencia constituye una relación duradera para realizar actos de comercio en nombre del empresario, el agente no adquiere la disponibilidad de bienes ni se exige la entrega de los mismos, ni la transmisión de la posesión. En cambio, la consignación supone una relación esporádica, accidental, en la que el *accipiens* o consignatario actúa en interés propio.
- g) Con la mediación (contrato por el cual el mediador asume la obligación de gestionar o promover la venta de bienes), la consignación se diferencia porque mientras en la mediación el corredor no está facultado para realizar actos jurídicos ni en nombre propio ni de su cliente, en la consignación, en cambio, el consignatario está facultado para realizar actos jurídicos, la venta de los bienes que recibe en virtud del contrato; en esta se transmite la disponibilidad de los bienes para su venta a terceros, y el mediador no cuenta con esa disponibilidad ni con la autorización de celebrar acto jurídico alguno. La actuación del corredor se agota cuando pone en contacto a su cliente con las personas con las que promueve los bienes; en cambio, el consignatario no solo promueve la venta sino que la celebra con terceros, aun cuando la ley señale que el consignante debe transmitir la propiedad de

los bienes.

Como señala Messineo, la realidad económica enseña que la finalidad del contrato de consignación, a diferencia de los antes mencionados, es permitir a quien recibe las cosas su venta, y al mismo tiempo su restitución en caso de no venderlas. Es decir, el contenido esencial del contrato de consignación reside en atribuir al consignatario un poder de disposición al que, sin embargo, se acompaña la reserva de propiedad de las cosas al consignante, la cual solo se pierde en el momento en que se paga el precio. Por ello Messineo concluye que la consignación forma parte de los contratos que atribuyen la disponibilidad, como la apertura de crédito, el anticipo y el contrato de cuenta de cheques, aunque en estos se dispone de sumas de dinero, mientras que en la consignación se dispone de bienes, y que dicha disposición en aquellos se hace de ordinario a favor propio, mientras que en la consignación se hace mediante la enajenación de las cosas a terceros.¹⁹

Por tanto, la característica fundamental del contrato estriba en que el consignante transfiere la disponibilidad de bienes en forma temporal al consignatario para que este le pague el precio estimado o le restituya la cosa al vencimiento del plazo pactado. El consignatario actúa en nombre propio, y las cosas objeto del contrato necesariamente son bienes muebles.

Autoevaluación

1. ¿En qué consiste el contrato de consignación?
2. ¿Cuál es la naturaleza jurídica del contrato?
3. ¿Cuáles son las obligaciones del consignante?
4. ¿Es una obligación alternativa la obligación de pago o restitución a cargo del consignatario?
5. ¿Quién sufre el riesgo de la cosa dada en consignación durante la vigencia del plazo pactado?

6. ¿En qué casos el contrato debe otorgarse por escrito?
7. ¿Cuándo trae aparejada ejecución el contrato de consignación?
8. Conforme al CCo, ¿puede el consignatario apropiarse del bien objeto del contrato y pagar su precio?
9. ¿En qué casos el consignatario tiene derecho al pago de una contraprestación?
10. ¿En qué casos el consignatario sufre el riesgo de la cosa?

- 1 Francesco Messineo, *Manual de derecho civil y comercial*, t. V, trad. Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955, p. 157.
- 2 *Ibidem*.
- 3 Cfr. Aurelio Candian, “Il contratto estimatorio ed il commercio odierno”, *Saggi di diritto*, i, CEDAM, Padua, 1931, p. 47.
- 4 Cfr. Domenico Barbero, *Sistema del derecho privado*, t. IV, “Contratos”, trad. Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967, p. 86.
- 5 Cfr. “NOM-122-SCFI-2010, Prácticas comerciales-Elementos normativos para la comercialización y/o consignación de vehículos usados”, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de mayo de 2010, vigente desde el 3 de julio de ese año.
- 6 Arturo Díaz Bravo, *Contratos mercantiles*, Harla, México, 1984, p. 91.
- 7 Cfr. Domenico Barbero, *op. cit.*, p. 87.
- 8 Cfr. Antonio Giordano, “Tradizione e potere di disposizione nel contratto estimatorio”, *Rivista de Diritto Commerciale*, t. I, Milán, 1949, p. 174.
- 9 Véase Domenico Barbero, *op. cit.*, p. 81.
- 10 Francesco Messineo, *op. cit.*, pp. 157 y siguientes.
- 11 Para Messineo, la enajenación de las cosas tiene lugar en interés del propio consignatario y, por consiguiente, por cuenta de él, ya que el precio de la enajenación es de ordinario superior al que dicho consignatario debe abonar al consignante. *Op. cit.*, p. 143.
- 12 Para Messineo, la enajenación de las cosas tiene lugar en interés del propio consignatario y, por consiguiente, por cuenta de él, ya que el precio de la enajenación es de ordinario superior al que dicho

consignatario debe abonar al consignante. *Op. cit.*, p. 143.

- 13 Cfr. la tesis: “COMPRAVENTA DEL BIEN AJENO. EXISTENCIA Y VALIDEZ DE LA. En razón de que en nuestra legislación no existe la nulidad de pleno derecho, es jurídicamente posible la compraventa de un bien ajeno y la vigencia de la operación, toda vez que de conformidad con la fracción V del artículo 2138 del Código Civil para el Estado de Puebla, si el vendedor adquiere por cualquier título legítimo la propiedad del bien vendido, antes de sufrir evicción el comprador, la venta producirá todos sus efectos, perfeccionándose de conformidad con el artículo 2122 de la misma ley, por tanto, es obligatoria para las partes desde el momento en que convinieron respecto del bien y del precio correspondiente. Luego si el comprador intenta la acción personal de otorgamiento de contrato de compraventa, únicamente le corresponde probar que el acto jurídico se llevó a cabo en la forma que dijo acordaron las partes, independientemente de que él hubiera tenido conocimiento que el inmueble en cuestión aún no estaba escriturado en favor del vendedor.” Octava Época, Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, Amparo directo 208/92, 29 de mayo de 1992, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo: XII, Agosto, Página 379.
- 14 Pero no el pago de daños y perjuicios, en virtud de que estos proceden solo en el caso de que el vendedor proceda con dolo o mala fe, lo que no ocurre con el consignante, quien tiene autorización para disponer de la cosa mediante su venta a terceros.
- 15 Cfr. G. Sautel, *Le contrat de commission*, nota 2, Librairie Dalloz, París, 1949, pp. 25 y 26. Asimismo, confirma la inexistencia de la representación no obstante la admisión del contrato estimatorio, pues, como dice, jurídicamente la diferencia entre este y la comisión es amplia, ya que no existe esa representación del interés ajeno que es característica de la comisión; el *accipiens* venderá por su propia cuenta y no del comitente, de suerte que si vende a mayor precio será en su beneficio, y si a más bajo, a su riesgo.
- 16 Cfr. Francesco Messineo, *op. cit.*, pp. 157 y 158.
- 17 Domenico Barbero, *op. cit.*, p. 88.
- 18 *Ibidem*, p. 89.
- 19 Francesco Messineo, *op. cit.*, pp. 160 y 161.

Comisión mercantil

Propósitos

Al concluir este capítulo, el lector determinará la naturaleza jurídica del contrato, los criterios para calificar su mercantilidad, elementos, clases y causas de extinción.

Antecedentes

Uno de los contratos practicados desde antaño es el de comisión; el comerciante favorecía a los artesanos llevando consigo su exceso de producción a la ciudad o aldea más próxima, realizaba alguna operación sobre ella y volvía con el artesano para entregarle los productos.¹ En Grecia existió una categoría de intermediarios comerciales que actuaban también en su propio nombre por cuenta de tercero.² En el pueblo babilónico existía una figura semejante a la comisión, que consistía en el suministro de fondos o plata a uno o varios comerciantes, quienes se comprometían a devolverlos mediante el pago de un interés o participaban de una comisión en los beneficios obtenidos.

Aunque no puede asegurarse que la relación entre el comerciante y los artesanos o proveedores de bienes o recursos constituyera desde entonces una comisión propiamente dicha, en virtud de que quien respondía y cumplía las compraventas frente a terceros era el mismo comerciante, y dichos terceros ignoraban la existencia del ministrador de los recursos o bienes, en el *Código de Hammurabi* ya se regulaba la *commenda*, antecedente de la sociedad en comandita,³ que debido a la forma en que se desarrolló constituye un antecedente importante de la comisión, ya que un sujeto comerciaba las mercancías de otro en nombre propio y se obligaba a rendir cuentas.

Por otra parte, el derecho romano desconoció la representación y no admitió que los efectos de un acto jurídico celebrado por una persona produjeran efectos jurídicos en otra;⁴ por ello, el procurador (*institor* para la empresa terrestre; *exercitor* para la marítima, o *jussum* para un negocio especial) encargado de cumplir un acto jurídico solo podía ejecutarlo en su propio nombre.⁵ Sin embargo, con Justiniano se admitieron algunas excepciones que reconocieron efectos parciales a la representación, como la *actio excercitoria* y la *actio institoria*.

En la Edad Media la representación se admite en general. Los escrúpulos romanistas se reducen al mínimo, ya que las necesidades del comercio, las dificultades y la inseguridad en la comunicación exigen autonomía para los agentes de comercio. En el siglo xvi se conoce el mandato mercantil, pero en la práctica comercial, por razones de crédito o comunicación, el mandatario actuaba en su propio nombre;⁶ es decir, se hace patente la comisión, que surge cuando el comerciante independiente desplaza al auxiliar del comerciante foráneo en la gestión de sus negocios. A decir de Angelo Sraffa,⁷ probablemente logró su desarrollo en el siglo xiv, pero sus orígenes son anteriores y parecen confundirse con aquellos de la sociedad en comandita; aún más, no obstante que la *commenda* haya sido considerada y también regulada como instituto equivalente a la comisión, y aunque hayan cumplido la misma función, se diferencian siempre y sustancialmente porque en la *commenda* existe una participación en las utilidades o ganancias de la operación, mientras que en la comisión solo se da el derecho del comisionista a obtener una provisión, merced o “comisión”, pagada por sus servicios y en la forma establecida.

Terminología

Como se ha dicho, la comisión fue desconocida por Roma, e incluso el vocablo *comisión* –usado por primera vez en el derecho canónico como delegación dada a los jueces nombrados especialmente para juzgar de una causa determinada– fue tomado por el comercio para designar así a quien se le otorgaban facultades transitorias para un negocio determinado.⁸ El comercio mediante comisión comienza a desarrollarse cuando los comerciantes se valen de sus empleados o encargados en la venta de mercancías, y aunque el término *comisión* no es muy frecuente en la práctica comercial del siglo xvi, existen documentos, incluso

anteriores, que confirman su presencia; tal es el caso que Gijón⁹ señala, entre otros, del contrato entre dos personas celebrado el 24 de enero de 1516: “...Ytem somos de acuerdo que si a mi el dicho Juan de Córdoba pareciere dar comisión al dicho Juan de Herrera, maestre, o a otro maestre cualquiera, para que en la Isla de San Juan puedan vender algunas mercaderías de la dicha compañía, como a los dichos maestros pereciere...”

Concepto

El CCo prescribe en su art. 273 que el mandato aplicado a los actos concretos de comercio se reputa comisión mercantil; dicho precepto no tiene antecedente en la legislación comercial. En efecto, ni el CCo de 1884 (arts. 174 a 176) ni el de 1865 (art. 98) restringían el objeto de la comisión a actos concretos de comercio, sino que se referían a operaciones mercantiles en general (como el CCo español de 1829).

Tanto el Código Civil italiano (art. 1131) como el alemán de comercio (art. 383) denominan al contrato *de comisión* si el comisionista asume profesionalmente la compra o venta de mercancías o de títulos valores por cuenta de otro (el comitente) y en nombre propio.¹⁰ España, fiel a su tradición jurídica, define la comisión (art. 244, CCo) como un mandato caracterizado por ciertas notas que le hacen perder el carácter civil para ser mercantil: *a)* que se trate de un acto u operación mercantil, como si fuera mandato especial, igual que en Francia; *b)* que sea comerciante o agente de comercio el comitente o el comisionista, y *c)* que exista una retribución, salvo pacto en contrario (art. 277, CCo).

El Proyecto de Código de Comercio español (a la fecha de lectura tal vez ya sea ley vigente) se refiere a la comisión en el art. 541-1 como el mandato para realizar actividades económicas organizadas de producción o cambio de bienes o de prestación de servicios para el mercado, incluidas las actividades agrarias y las artesanales, conferido por una persona, denominada *comitente*, a otra, denominada *comisionista*, que se dedica profesionalmente a hacer encargos por cuenta de otros o a realizar actividades que sean de la misma clase que el encargo recibido.

Considerada la comisión como un mandato, puede decirse, parafraseando al CCF, que es el contrato por virtud del cual el comisionista se obliga a ejecutar por

cuenta del comitente actos concretos de comercio que este le encarga (art. 2546). En este orden de ideas, se puede considerar que si la comisión mercantil es un mandato aplicado a los actos de comercio, entonces existe comisión con representación y sin ella, tal como ocurre con el mandato; sin embargo, hay serias dudas tanto en la doctrina como en las diversas legislaciones, sobre todo en la mexicana, que categóricamente prescribe en el art. 285 del CCo que cuando el comisionista actúa en nombre de su comitente se considera un simple mandatario mercantil, cuyos derechos y obligaciones se rigen por las disposiciones del derecho común.

Naturaleza jurídica

Umberto Navarrini considera que la comisión no es otra cosa que un mandato sin representación, y destaca que el objeto del contrato de comisión se constituye, como expresa el CCo italiano en su art. 380, por la realización de negocios comerciales por cuenta del comitente a nombre del comisionista.¹¹ En cambio, Delamarre sostiene que se trata de un contrato por el cual uno de los contratantes da al otro contratante el poder de realizar por él una o varias operaciones de comercio individualmente determinadas, sea bajo un nombre social o el suyo propio, sea en nombre del comitente;¹² es decir, este autor admite que pueda existir comisión con representación o sin ella. Entonces, se debe indagar si la comisión es un mandato para actos de comercio; luego, si la respuesta es afirmativa, cabría preguntar si el carácter mercantil de la comisión es atribuido por las personas contratantes, auxiliares del comercio. Para Lyon Caen y Renault, el comisionista se distingue del mandatario por la naturaleza de la operación de la que está encargado y no por el modo de concluir la operación;¹³ hay comisión cuando el acto por ejecutar es comercial, independientemente de que el comisionista obre en nombre propio o en el del comitente. En cambio, hay mandato cuando la operación por realizar es civil, con independencia de que el mandatario obre en nombre del mandante o en el suyo propio. En el primer caso, la comisión tiene por objeto actos concretos de comercio; por el contrario, el mandato tiene por objeto actos jurídicos en general.

Sánchez Calero sostiene que “el contrato de comisión no es sino un contrato de mandato mercantil, y la actividad que ha de realizar ha de ser jurídica, esto es un

trabajo calificado y no cualquier tipo de actividad”.¹⁴ En los derechos francés e italiano¹⁵ la comisión es siempre y por ley un negocio no representativo, pero en otros derechos (como el mexicano) parece ser tanto representativo como no representativo, al igual que el mandato. Barrera Graf¹⁶ señala que ambas figuras (comisión y mandato) “pueden constituir negocios representativos y no representativos”; sin embargo, se considera, como Rodríguez¹⁷ (a pesar de que Barrera advierta que así ha sido en los derechos derivados del CCo español de 1829, y que la diferencia entre esas figuras sean los actos que realizan los encargados de ello: actos no comerciales y de comercio, respectivamente), que existen otras diferencias con el mandato.

En Francia, la diferencia entre mandato y comisión se funda en el doble dato del carácter mercantil del negocio realizado por el comisionista por cuenta de su comitente y en la especialidad o individualidad del negocio.¹⁸ Sin embargo, sí se considera que la comisión es un mandato aplicado a actos concretos de comercio, como distinguir a la comisión mercantil del mandato mercantil a que se refiere el CCo en su art. 285, al que incluso sujeta a las normas de derecho civil para determinar los derechos y obligaciones de las partes; y como diferenciar a ambos del mandato mercantil en general y de la agencia y del factor.

Esto es, existe una diferencia entre comisión y mandato mercantil y otra entre ambos y el mandato civil, así como la agencia. Para superar estas dificultades de distinción se considera lo señalado por Navarrini, quien sostiene que el Código Civil italiano limita el mandato a actos no comerciales y comprende todos los actos necesarios a la ejecución del mandato, incluso los no expresamente indicados,¹⁹ y añade que la diferencia entre mandato civil y comercial estriba en que el primero solo comprende actos de administración. Sin embargo, la administración de un patrimonio comercial de manera necesaria implica una cantidad de poderes más amplia que la de un patrimonio civil.

El problema para diferenciar el mandato civil del mandato mercantil (y dentro de este la comisión y la agencia) se agudiza si se considera que en los distintos países la comisión es tal en función de distintos criterios, ya sea por el carácter de comerciante o de auxiliar del comercio del comisionista, por la naturaleza de los actos o por la forma de ejecutar los mismos, con representación o sin ella. La extinta Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la década de 1950, que

destacaba por su atinada aplicación de la doctrina nacional y extranjera en sus tesis, al referirse a la comisión advertía las tendencias de derecho extranjero en torno a ella, lo cual se advierte en la tesis que se transcribe enseguida:

COMISIÓN MERCANTIL, LEGISLACIÓN COMPARADA Y CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE, EN EL DERECHO MEXICANO. Dice Vicente y Gella, en su *Derecho mercantil comparado*, que contrato de comisión es aquel por el cual una persona se encarga mediante cierta retribución, a verificar en nombre propio, pero por cuenta ajena, determinada operación de comercio. Este concepto no coincide con el que consignan algunas legislaciones. Examinando el cuadro del derecho comparado se pueden agrupar en cinco sectores las tendencias seguidas por los Códigos modernos para delimitar el contrato de comisión a saber: a) según un primer criterio, que el mencionado autor considera el más acertado, la comisión supone en todo caso el ejercicio de actos de comercio por cuenta ajena, pero siempre en nombre propio. Así lo prescriben los códigos de comercio italiano, portugués y argentino, y este último expresamente estatuye que la circunstancia de obrar en nombre propio es la característica diferencial que separa la comisión del mencionado comercial; b) con arreglo a principios diferentes, los códigos de Colombia y del Perú, consignan que la comisión consiste en la realización de operaciones comerciales por cuenta de otro, ya se verifiquen o no en nombre propio por parte del comisionista; c) el código alemán y el federal suizo, definen al comisionista diciendo que es quien se dedica a comprar o a la venta por cuenta ajena, pero en nombre propio, de mercancías o títulos de crédito. En dichas legislaciones la comisión tiene dos caracteres: la realización de las operaciones en nombre del comisionista y la de que tales operaciones recaigan sobre mercancía o títulos; d) el código de Chile, que algún tratadista coloca en el primero de los grupos anteriores, ofrece un sistema peculiarísimo; para él la comisión es un mandato comercial que versa sobre operaciones individualmente determinadas. En dicho cuerpo legal, la comisión viene a adoptar un carácter esporádico frente al mandato general que envolverá un sentido de permanencia; e) el código español, por último, considera comisión mercantil al mandato que tenga por objeto operaciones de comercio, siempre que el comitente o el comisionista sean comerciantes o agentes mediadores del comercio. Ahora bien, el código de comercio mexicano, por el sistema que contiene en sus artículos 273, 280, 284 y 285, podrá colocarse igual que el de Chile, en el grupo f) de la clasificación anterior, que según Vicente y Gella es el más anticientífico. Dicho ordenamiento, considerando la comisión como un mandato aplicado a actos concretos de comercio o a operaciones individualmente determinadas la define como un mandato de carácter esporádico, frente al mandato general que envuelve un sentido de permanencia; pero esto de ninguna manera puede considerarse anticientífico, porque el sistema que sigue el código de comercio mexicano en los citados preceptos,

comprende dos de los matices que caracterizan otros grupos clasificados por el mencionado autor, o sean los casos en que el comisionista puede desempeñar la comisión tratando en nombre de su comitente. De todas maneras, queda perfectamente caracterizada la comisión mercantil en el derecho mexicano, como un mandato restringido y aplicado a actos concretos e individuales, de comercio; y el hecho de que el comisionista trate en nombre propio o en nombre del comitente, no es por sí solo característico de la comisión, supuesto que conforme las reglas del mandato en general (artículo 2560 del Código Civil Federal), también el mandatario puede tratar en nombre propio o en nombre del mandante. El sistema que sigue al resto el código de comercio mexicano no puede reportarse anticientífico, porque es más propio de la rapidez y pronta liquidación de las operaciones mercantiles celebradas en cada caso, y evita los inconvenientes de una contabilidad complicada y rendición de cuentas que tendrían que hacerse si la comisión se extendiera a un número indefinido de operaciones celebradas durante un tiempo indeterminado. Además, ese sistema facilita la documentación, la prueba y el ajuste de cada acto o comisión mercantil entre el comitente y el comisionista, lo que es más propio del espíritu comercial; y como prescribe todo concepto de generalidad similar al mandato, no puede aceptarse que una serie imprecisa de actos durante un tiempo indefinido, puede constituir el contrato de comisión mercantil.²⁰

Con base en lo anterior, el CCo considera mandato mercantil y no comisión a aquel contrato por el cual una persona se encarga de realizar actos concretos de comercio en nombre del primero, aunque hay mandatos generales. Asimismo, la LGSM (arts. 10 y 142) señala que los administradores de sociedades anónimas son mandatarios con representación de estas, por lo que el mandato mercantil no solo se refiere a actos concretos de comercio. El CCo define la comisión como mandato para actos concretos de comercio, pero a fin de diferenciarla del mandato mercantil *stricto sensu* se tendrá que determinar: si la comisión mercantil es únicamente tal, solo si el comisionista actúa en nombre propio y no cuando lo hace en nombre del comitente (en cuyo caso sería mandatario mercantil *stricto sensu*); si existe comisión independientemente de ese obrar en nombre propio o ajeno; en fin, si además de la comisión existe un mandato mercantil que pudiera diferenciarse además de la intermediación, del factor, del agente y del *confirming*. En lo relativo a la distinción entre comisión y mandato mercantil, coincidimos con Sraffa²¹ en el sentido de que tal distinción es científicamente errónea y en forma práctica inconcluyente; es decir, la comisión mercantil es también un mandato mercantil por el cual el comisionista actúa en nombre propio, sin representación, tal como el CCo de 1884, al igual que los de

Francia e Italia, la concibieron: comisión sin representación. Sin embargo, también es mandato mercantil el contrato por el cual una persona realiza actos concretos de comercio en nombre de otra, en cuyo caso se trata de un mandato no representativo, y también existe el mandato mercantil general.

Con la finalidad de diferenciar al mandato en general del mandato *stricto sensu*, y este de la comisión mercantil (a la que se denomina aquí *comisión propiamente dicha*, o simplemente *comisión*), no debe olvidarse tampoco el concepto de *representación*, que constituye una institución mediante la cual una persona (representante) realiza uno o varios actos en nombre de otra (representado) cuyos efectos jurídicos, activos y pasivos, se reproducen de manera directa en esta última, quedando el representante absolutamente excluido tanto de los derechos como de las obligaciones. En este sentido, a la representación se vinculan tanto el mandato mercantil como el civil, pero ni la comisión (propiamente dicha) es representativa ni el mandato (en general) tiene necesariamente representación; ambos son meramente de gestión de negocios ajenos.²² Por ello, Pugliati²³ sostiene que la representación consta de dos elementos: el encargo del principal y el comportamiento especial del agente frente a terceros (obrar en nombre de otro), en cuya virtud pone la relación de gestión como punto de referencia y atracción en los contratos que celebra, puesto que se da a conocer como sustituto del principal.

Para diferenciar el mandato de la representación se ha intentado clasificar la representación en *perfecta* e *imperfecta*; la primera implica actuar en nombre del representado, mientras que la segunda lo hace en nombre del representante, pero por cuenta del representado. La identificación del mandato y la representación es equívoca, ya que son dos figuras distintivas; el primero es un negocio de gestión que, como el de prestación de servicios, se limita a las relaciones entre el principal y el agente, y además liga a las dos partes del contrato. A su vez, la representación es una relación no contractual, sino unilateral, que se origina con la autorización o el poder que otorga el principal y que no requiere el consentimiento del agente o la aceptación del tercero con quien él se relaciona.²⁴ En definitiva, puede haber mandato sin representación y representación sin mandato; aquella no es esencial a este; la representación puede solo constituir, en las relaciones entre mandante y mandatario, una modalidad para la ejecución del mandato; y la comisión no es otra cosa sino un mandato para actos concretos de comercio sin representación.²⁵

La supuesta diferencia entre mandato mercantil *stricto sensu* y comisión propiamente dicha radica en la distinción entre las relaciones internas y las relaciones (o efectos) externas que producen ambos contratos; si se atiende a las primeras, en nada se diferencian comisión y mandato *stricto sensu*, pero en las segundas el comisionista queda siempre ligado directamente porque actúa en su propio nombre frente a terceros.²⁶ Sin embargo, el contrato de comisión que produce efectos como tal entre las partes, al igual que el de mandato, surte efectos en forma distinta según el mecanismo del desempeño de la comisión: si el comisionista actúa en nombre propio (comisión propiamente dicha) o si lo hace en nombre de su comitente (mandato mercantil *stricto sensu*), cambian las relaciones entre comisionista y comitente, puesto que esa forma diversa afecta tanto las relaciones entre comisionista y el comitente como entre aquel y los terceros con quienes contrata.²⁷

En efecto, el CCo califica de mandato a la comisión y, por tanto, admite que el comisionista actúe tanto en nombre propio, en cuyo caso establece los derechos y obligaciones recíprocos de las partes, como en nombre de su comitente, en cuyo supuesto los derechos y las obligaciones recíprocos de las partes ya no se rigen por lo dispuesto por el CCo, sino por las normas del CCF, e incluso la ley deja de llamar *comisionista* al encargado de ejecutar actos concretos de comercio y en su lugar lo denomina *simple mandatario mercantil* (art. 285, CCo). No obstante, tanto el comisionista como el simple mandatario mercantil, o la comisión y el mandato mercantil *stricto sensu*, tienen la naturaleza de un mandato, conforme a lo dispuesto por el art. 2546 del CCF, que define al mandato en atención a su contenido económico obligacional y prevé la doble actuación del mandatario, con poder o sin poder de representación (art. 2560); por tanto, si bien no es válido fundar las diferencias entre mandato y comisión por el supuesto de la representación, ya que esta será en todo caso un elemento superpuesto al mandato mercantil o a la comisión, y ambos son contratos de gestión de los intereses de otro con representación o sin ella, sí existe una diferencia entre comisión propiamente dicha y mandato mercantil: la primera es siempre sin representación y el segundo puede ser con representación. En lo sucesivo se estudia solo la comisión propiamente dicha, es decir, el mandato para actos concretos de comercio sin representación.

Elementos del contrato

Elementos esenciales

Consentimiento. El contrato de comisión es de carácter consensual y se perfecciona por el simple acuerdo de las partes,²⁸ que puede ser otorgado por escrito o de palabra (art. 274, CCo). En este último caso ha de ratificarse por escrito antes de que concluya el negocio; por otra parte, el consentimiento dado por el comisionista puede ser tácito o expreso, lo cual nos lleva a diferenciar entre comisión tácita, que no existe en México, y aceptación tácita. Esta se presenta cuando el comisionista practica algún acto en desempeño del encargo que le hizo el comitente y por ello queda obligado a continuarlo hasta su conclusión (art. 276, CCo); de lo contrario, es responsable frente al comitente de todos los daños que ocasione (art. 278, *in fine*).

Ahora bien, si no realiza ningún acto que indique su consentimiento, debe avisar de inmediato de su negativa, por el correo más próximo, y también debe realizar los actos que sean necesarios para conservar la cosa enviada, si es el caso. El lapso entre la propuesta del contrato hecha por el comitente y la aceptación o no del comisionista es importante porque antes de que exista contrato (consentimiento), la simple oferta de contrato con consignación de mercancías produce obligaciones para el destinatario de la oferta de comisión; así, en el caso de rehusar la comisión, el destinatario de la oferta debe dar aviso de su negativa inmediatamente al oferente “comitente”, o por el correo más próximo al día en que recibió la oferta de comisión, si el comitente no reside en el mismo lugar (art. 275, CCo).

Al parecer, mientras que por lo general nadie está obligado a contestar las propuestas de contrato y, como consecuencia, el silencio del destinatario no engendra ninguna responsabilidad para este, en la comisión el auxiliar del comercio que en forma habitual se dedica a este género de actividad, el desempeño de la comisión, está obligado tanto a comunicar su negativa como a realizar actos por cuenta del oferente. Ello se debe a que su silencio faculta al oferente para presumir su aceptación, lo cual no significa que la ley considere ese silencio como aceptación, pues iría contra lo previsto por la Constitución mexicana (art. 5º) y la libertad de contratación, sino solo que, como normalmente dicho comisionista actúa como un profesional, el oferente de la comisión tiene la seguridad de que el destinatario del encargo ha aceptado la oferta si nada se le responde;²⁹ por ello debe avisar, en su caso, su negativa

inmediata, lo cual no se justifica cuando el destinatario de esa oferta es una persona que no hace de la comisión su ocupación habitual.

Otra obligación impuesta al comisionista que rehúsa el encargo es la relativa a practicar las diligencias indispensables para conservar los efectos remitidos por el comitente, mientras este no provea de nuevo encargado, sin que por ello se entienda tácitamente aceptada la comisión (art. 277, CCo), precepto que, como señala Rodríguez,³⁰ no se comprende si se desconoce el verdadero propósito del legislador, y aun conociéndolo tampoco es justificable porque dicho propósito en todo caso es obsoleto, ya que seguramente se tomó en cuenta el carácter profesional del comisionista. Sin embargo, el carácter subjetivo del comercio y del derecho mercantil fue superado hace casi dos siglos, y a la fecha cualquier persona puede realizar y de hecho ejecuta en forma accidental actos concretos de comercio que otro le encarga, por lo que dicha exigencia legal solo puede prevalecer para quienes, como se dijo, hacen de la comisión su ocupación habitual. Por otra parte, si el comisionista acepta de manera tácita la comisión, esto es, si realiza actos tendentes al desempeño del encargo y ejecuta el mismo sin manifestar expresamente su consentimiento, queda obligado a cumplirla hasta su conclusión, a menos que su ejecución exigiera provisión de fondos y no se hubiera comprometido a suministrarlos (arts. 281 y 276, CCo).

Objeto. El objeto de la comisión se constituye con los actos concretos de comercio. El CCo expresa que la comisión es el mandato aplicado a actos concretos de comercio; al parecer, esta concreción de los actos se tomó del proyecto de CCo italiano que se refería a “operaciones individualmente determinadas”, concepto que, sin embargo, después se suprimió del citado código. Por *actos concretos de comercio* se entienden los señalados de manera individual y determinados en el contrato, y no genéricamente cualquier acto de comercio, porque entonces podrá tratarse de otras figuras como la agencia e incluso el factor, quien puede contratar, respecto de todos los negocios concernientes a la empresa o establecimiento fabriles o comerciales, por cuenta y en nombre de los propietarios de los mismos (art. 309, CCo); por ello, tales actos han de ser determinados o determinables, uno solo o varios especificados y comprendidos en el mismo género o categoría (compras, ventas, transportes, seguros, valores, etcétera).³¹

Para Arturo Díaz Bravo,³² con dicha expresión el legislador “quiso proscribir la existencia de un poder general para actos de comercio, que únicamente es

admisible respecto al factor”, de ahí que considere válida la comisión para una o varias clases de actos, a condición de que no abarque todos ni se hagan de manera habitual o permanente, sino esporádica, ya que de lo contrario se trataría de otro contrato, como el de agencia si se actúa por nombre y cuenta del empresario para realizar actos de comercio, o el de factor.³³

La Suprema Corte de Justicia ha señalado la concreción de actos de comercio como uno de los elementos caracterizantes de la comisión, y sostiene que se trata de un contrato mercantil y no laboral cuando se demuestran los siguientes presupuestos: a) que el contrato se concertó solo para que el comisionista llevara a cabo un acto o actos precisos y determinados, concluidos el o los cuales feneció el contrato; b) que la duración de este quedó limitada al tiempo necesario para la ejecución de los actos que motivaron su celebración, y c) que los actos celebrados por el comisionista fueron precisamente de comercio:

COMISIÓN MERCANTIL. NO BASTA PROBAR FORMALMENTE SU EXISTENCIA CUANDO SE NIEGA LA RELACIÓN LABORAL, SINO TAMBIÉN SE REQUIERE DEMOSTRAR LOS ELEMENTOS FÁCTICOS O MATERIALES SI SE TRATA DE NEGOCIOS COMERCIALES EN CADENA. Cuando la demandada se exceptiona con base en la negativa de la relación laboral y aduce la existencia de una relación mercantil, en la que otorgó a la actora un local para comercializar los productos objeto de las estipulaciones del contrato de comisión mercantil, no basta que ésta se acredite formalmente, sino también se requiere demostrar los elementos fácticos o materiales; entre otros, el que todo lo que se comercializa en ese local es en nombre del comisionista, así como la expedición de facturas o tickets; o bien, demostrando que la persona encargada del establecimiento comercial es la que decide qué productos vender y su precio; de manera que si en el caso no se acreditan tales situaciones fácticas, deben considerarse insuficientes las estipulaciones del contrato para reputarla como una comisión mercantil.³⁴

COMISIÓN MERCANTIL. CRITERIO PARA DETERMINAR SU EXISTENCIA CUANDO SE ADUCE UNA RELACIÓN DE TRABAJO. Para determinar la naturaleza jurídica de un contrato no debe atenderse exclusivamente a su denominación sino a su contenido, pues, en algunos casos, contratos denominados de comisión mercantil son verdaderos contratos de trabajo, de ahí que resulte indispensable tomar en cuenta los términos y condiciones pactados, con la finalidad de concluir si el llamado comisionista está o no subordinado a las órdenes del comitente, pues no debe olvidarse que conforme al artículo 20 de la Ley Federal del Trabajo, la subordinación es el elemento característico de una relación laboral. Por tanto, si analizando el contrato respectivo, se advierte que el comisionista se compromete a vender y promocionar los productos, mercancías y artículos

entregados por el comitente, en calidad de consignación, por sí o a través de terceros, manifestando que cuenta con recursos y personal adecuado para realizar la venta y promoción (es decir, la venta no la realiza necesariamente aquél); que podrá presentarse o ausentarse cuando así lo desee, debido a que no está obligado a cumplir personalmente la comisión; que el contrato no confiere exclusividad para ninguna de las partes, por lo cual tiene plena libertad para contratar con otros comisionistas o comitentes y que podrá realizar su actividad en forma independiente (lo que excluye la subordinación), es evidente que se está ante un contrato de comisión mercantil, aunque se establezcan diversas cláusulas relativas al depósito de las ventas, la conservación de la mercancía, a los faltantes, los cortes de caja, inventarios y auditorías, así como las atinentes a las limitaciones a contratar con otros comitentes, las cuales no son órdenes, en la forma como se entienden en una relación de trabajo, sino normas contractuales que posibilitan el adecuado desempeño de la comisión.³⁵

Elementos de validez

La forma del contrato. Conforme al CCo, el contrato de comisión es de carácter consensual y se perfecciona por el simple acuerdo de las partes; la ley admite que el contrato puede otorgarse por escrito o verbalmente. Aunque se trata de un mandato para actos concretos de comercio, por el cual se faculta al comisionista a realizar actos de dominio, no se exige que sea por escrito ni que conste en escritura pública, como ocurre en el caso del mandato civil.

En efecto, y dada la exigencia del comercio, el CCo (art. 277) se muestra menos formalista que el CCF; por ello excluye a la comisión de algunas formalidades previstas para el mandato en el derecho civil, ya que mientras en este se exige que conste en escritura pública, el CCo exenta a la comisión de este requisito y solo preceptúa que en caso de que se haya conferido verbalmente, se requiere su ratificación por escrito antes de la conclusión del negocio,³⁶ requisito cuya ausencia no priva de existencia al contrato de comisión, el cual puede probarse por cualquier medio legal.

Incluso esa ratificación no debe ser ante fedatario público ni con todos los pormenores de la comisión: basta que se haga por escrito, como puede ser con el envío y la aceptación de la factura o nota de remisión del comisionista al comitente en donde se señale el importe de su comisión, tal como lo considera, por ejemplo, el art. 405, segundo párrafo, del Código Civil ruso, que admite el

perfeccionamiento del contrato, en caso de la venta de productos agrícolas, mediante el envío de la nota de remisión, por el comitente (*koljos*), a la organización cooperativa de consumo que recibe los productos (comisionistas). Pero en tal caso dicha nota, que sería la ratificación del contrato, debe contener la especificación de los productos, la cantidad, el nombre de quien los entrega y recibe, así como la calidad, el precio de venta y los plazos de cumplimiento o los datos necesarios para acreditar que se trata de una comisión.

Elementos personales

Dos son las partes en este contrato: el *comisionista* y el *comitente*; el primero es aquel que se encarga de ejecutar actos concretos de comercio en su propio nombre y a cuenta del segundo frente a terceros; el segundo es el que confiere el encargo a un auxiliar del comercio (general, pero no de manera necesaria un profesional de la comisión). La ley no exige la calidad de comerciantes para actuar como partes del contrato, pero establece limitaciones generales, como la incapacidad o inhabilitación, y especiales para algunos sujetos como los corredores públicos que pueden desempeñar la comisión (art. 20, fracc. 1, *Ley Federal de Correduría Pública*). Sin embargo, es evidente que tanto el comitente como el comisionista pueden ser comerciantes, el primero por ser el fabricante, constructor o prestador de bienes o servicios objeto de la comisión, y el segundo por hacer de la comisión su ocupación ordinaria, además de que la comisión en sí misma es una operación auxiliar del comercio.

En esta tesitura, son comerciantes ambas partes tratándose de la comisión de ventas, de transporte y de operaciones bancarias, si bien en este último supuesto dichas operaciones deben realizarse a nombre y por cuenta de las instituciones de crédito comitentes, quienes responden por las operaciones que los comisionistas celebren por cuenta de dichas instituciones, aun cuando estas se lleven a cabo en términos distintos a los previstos en los contratos respectivos, por lo que más que tratarse de un contrato de comisión es un contrato de representación.

Obligaciones del comisionista

Sujeción a instrucciones del comitente. En primer lugar, el comisionista debe

proceder conforme a las instrucciones precisas del comitente, sin que en ningún momento pueda actuar en contra de ellas (art. 286, CCo); a falta de instrucciones, debe pedir las siempre que la naturaleza del negocio lo permita, y solo puede proceder a su arbitrio, haciendo lo que la prudencia dicte, cuidando el negocio como propio, cuando la consulta fuere imposible o cuando se le hubiere autorizado expresamente para ello (art. 287, CCo). Este ordenamiento solo permite suspender el cumplimiento de la comisión cuando un accidente imprevisto (*sic*) haga perjudicial la ejecución de las instrucciones recibidas, pero en tal supuesto debe comunicarlo al comitente por el medio más idóneo (art. 288, CCo) e informarle de los hechos o circunstancias que puedan determinarle a revocar o modificar el encargo (art. 290, CCo).³⁷ Asimismo, las operaciones hechas con exceso o violación del mandato (*ultra vires*) traen la obligación del comisionista de indemnizar a favor del comitente los daños y perjuicios y la posibilidad de este de optar por su ratificación o dejarlas a cargo del comisionista. Será responsable el comisionista tanto por la negativa de la ejecución del contrato, si no cumple con las instrucciones recibidas, como por lo previsto en la ley o por la ejecución defectuosa de la comisión.

Ejercicio personal del encargo. El comisionista debe desempeñar por sí mismo el encargo que recibe y no puede delegarlo sin estar autorizado para ello (art. 280, CCo); esta obligación se funda en el carácter y las cualidades personales del comisionista (competencia, honorabilidad, experiencia, crédito, etc.), cuya designación obedece, entre otras razones, a la confianza que su persona inspira en el comitente; por ello lo único que puede hacer dicho comisionista es emplear bajo su responsabilidad, y en el desempeño de la comisión, dependientes en las operaciones subalternas que, como expresa el CCo (art. 280), según costumbre del lugar, se confían a estos.³⁸

Un problema que podría surgir es el relativo a las personas morales como comisionistas frente al carácter personal del desempeño del encargo. El CCo no exige que el comisionista sea una persona física; de hecho, la práctica mexicana recomienda que no lo sea para evitar la calificación del comisionista como trabajador del empresario; además, diversas leyes admiten la comisión por personas morales, como ocurre en los contratos para intermediación de valores, en los cuales se autoriza y limita a sociedades anónimas su desempeño. Cuando se alude al carácter personal del desempeño del encargo, la ley no excluye a las personas morales para celebrar actos concretos de comercio que otra persona le

encargue, sino que en tal caso dichas operaciones se realicen por esa persona moral, naturalmente por medio de sus representantes legales o convencionales o mediante sus empleados o dependientes, pero que la sociedad sea quien actúe frente a terceros en su propio nombre mas por cuenta del comitente. Dada la estructura orgánica y funcional de las personas morales, estas pueden desempeñar personalmente la comisión, en cuyo caso, como se dijo, lo harán por medio de sus representantes o dependientes, con sus recursos propios y en nombre propio.

En el caso de la comisión para venta de bienes, el comisionista debe actuar, como en todo caso, en los mejores términos posibles para el comitente y de acuerdo con las instrucciones de este. En cuanto al precio de venta de los bienes, debe sujetarse a las instrucciones precisas del comitente, a no ser que el mismo lo haya autorizado para venderlas al precio elegido discrecionalmente por dicho comisionista o conforme al precio del mercado u otro parámetro, y debe pactarlo de contado cuando no tenga autorización de enajenarlos a plazos o en abonos.

Conservación y adecuado empleo de cosas y dinero recibidos. Por un lado, el comisionista que tiene en su poder mercancías o numerarios por razón de la comisión, responde de su conservación en el estado en que las recibió y conforme a las condiciones y la calidad de la remesa; responde también por quebranto o extravío, a menos que la destrucción o el menoscabo se deban a caso fortuito, fuerza mayor, transcurso del tiempo o vicio propio de la cosa, o que al devolver los fondos sobrantes observase las instrucciones del comitente respecto de la devolución. Dicha responsabilidad se funda en que desde luego no tiene la propiedad de las cosas recibidas, y su carácter de poseedor de cosa ajena por encargo le impone la obligación de conservarla por la función accesoria de depositario que asume.³⁹ En este aspecto es importante considerar que dicho comisionista responde solo de los daños y deterioros de la cosa causados por su culpa o negligencia, porque aunque no tiene la propiedad de la misma, esta se halla a su cuidado; esto es, por el contrato de comisión el comisionista no se convierte en el propietario de los bienes, ya que estos corresponderán, según el caso, al comitente o a un tercero, quienes en su caso asumirán los riesgos por la pérdida de la cosa, por caso fortuito o fuerza mayor, según que las mercancías hayan sido o no enteradas al tercero.

Ese carácter de poseedor de cosa ajena, que el comisionista asume, le impone la obligación de conservar la cosa en el estado en que la recibe; desempeña una

función accesoria de depositario,⁴⁰ de ahí que sea responsable de cualquier pérdida o menoscabo que sufran las mercancías o el dinero que estén en su poder con las limitaciones apuntadas (art. 295, CCo).⁴¹ En todo caso, no basta que los daños o pérdidas de la cosa se hayan producido sin culpa del comisionista, sino que tiene que probar que se debieron a caso fortuito, fuerza mayor, transcurso del tiempo o vicio de la cosa. El comisionista encargado de la expedición de efectos solo está obligado a contratar un seguro sobre los mismos cuando existe orden para dicho aseguramiento por parte del comitente (art. 297, CCo). Por otro lado, la malversación de fondos que haga, además de la acción criminal, le impone la obligación del pago de daños y perjuicios, la devolución de su capital y el abono de intereses legales.

Secreto de la comisión. Solo cuando el comisionista actúa en nombre propio se le impone esta obligación; históricamente se justifica la exigencia de guardar el secreto para eludir prohibiciones impuestas al comitente y aprovecharse del nombre y crédito del comisionista, pero en la actualidad más bien se plantea como un derecho y no una obligación, sobre todo en derechos como el español o el mexicano, en los que se expresa: “no tendrá necesidad de declarar quién sea el comitente” (art. 246, CCo español) o “sin tener que declarar cuál sea la persona del comitente” (art. 284, CCo).

Prohibición de autoentrada. La comisión supone la realización de dos o más contratos entre tres personas; por un lado, el de comisión, entre comitente y comisionista; y por el otro, de compraventa, préstamo o transporte, entre dicho comisionista y un tercero. Por ello, la ley prohíbe al comisionista que en tal calidad ha sido encargado para la compra o venta de bienes, vender los suyos al comitente o comprar para sí los que le han encargado vender, sin el consentimiento expreso del comitente; es decir, se le prohíbe entrar por su cuenta en el negocio de ejecución de la comisión, para evitar que anteponga su interés al del comitente, supuesto diferente al del “negocio de aplicación”, típico en las casas de bolsa que reciben órdenes de dos clientes distintos en sentido inverso (compraventa de cruce o cruzada), en cuyo caso solo interviene un agente de bolsa en lugar de dos, como si se tratara de una compraventa consigo mismo.

En el derecho italiano, Navarrini⁴² comenta que el CCo (derogado por el Código Civil de 1942) establecía la posibilidad para el comisionista de suministrar él mismo la cosa que debía comprar al precio corriente, y retener para sí el precio

de venta, y que se le facultaba con la finalidad de comprar para sí lo que el comitente le había encargado vender, salvo pacto en contrario o que se tratara de una comisión sobre valores mobiliarios. En México, para que el comisionista pueda comprar para sí lo que se le haya dado a vender, o vender él mismo al comisionista lo que le haya pedido comprar, requiere autorización expresa del comitente.

Ventas a plazos. En cuanto a la venta de los bienes, el CCo alude a las ventas a plazo y prescribe que el comisionista no podrá, sin consentimiento del comitente, bajo pena de que este pueda exigirle el pago al contado, vender a plazos las mercancías, dejando a favor del comisionista cualquier interés o ventaja que resulte de dicho crédito a plazo (arts. 301 y 302, CCo).

Este precepto deja la puerta abierta para que el comisionista lucre con los bienes del comitente y en perjuicio de este, pues puede válidamente considerarse que si vende a plazos sin el consentimiento del comitente, en realidad está comprando para sí tales bienes, ya que al exigirle el pago, la ventaja o ganancia obtenida de la venta a plazos es a favor de dicho comisionista, como si los bienes hubieran sido de su propiedad. Esta posibilidad contraría claramente el precepto del art. 299 del CCo, así como la prohibición de autoentrada y la función del mandatario que debe velar por el interés de su mandante en el contrato, actual en provecho del comitente. En este orden de ideas, cuando el comisionista vende los bienes a un precio inferior del estipulado, debe indemnizar a dicho comitente con la diferencia, a menos que pruebe que le era imposible venderlos al precio convenido y que esta venta a precio inferior impidió una pérdida mayor o que tuviera facultades para hacerlo.

Al respecto, conviene determinar los efectos reales de las compraventas de bienes efectuadas por el comisionista; el CCo solo señala los efectos obligacionales de la relación y determina que cuando el comisionista actúa en nombre propio adquiere derechos y asume obligaciones directamente con los terceros con quienes contrata,⁴³ de ahí que en principio quien adquiere la propiedad es el comisionista, o de este el tercero, en su caso. Lo anterior significaría que habría doble transmisión de la propiedad: la primera del comisionista (con facultades de disposición sin ser propietario) al tercero, y la segunda del comitente al comisionista, después de que este transmitió la propiedad al tercero. Para evitar dicha doble transmisión se ha sugerido recurrir a la llamada *representación indirecta*, conforme a la cual en las relaciones

internas entre representantes y representado la existencia de la representación surte plenos efectos: el representante está obligado a transmitir al representado los derechos que adquiere y está facultado a su vez para endosarle las obligaciones correspondientes, de donde se concluye que las cargas y ventajas de la actividad del representante indirecto recaen en definitiva sobre el representado indirecto, puesto que es en interés ajeno en que actúa aquel.⁴⁴

Comisión en garantía o *star del credere*. El comisionista está obligado a actuar con diligencia y a desempeñar el encargo como si fuera propio, pero por el contrato de comisión no se obliga a garantizar los resultados de las operaciones que celebra por cuenta del comitente; quien usa sus servicios lo hace a su propio riesgo y el comisionista queda liberado de responsabilidad por el resultado de las operaciones, ya que el riesgo del impago, de la mora y demás consecuencias de los actos celebrados por cuenta de tercero, los sufre este que es el dueño del negocio. Para eliminar dicho riesgo por lo general se acude a la cláusula *star del credere*, a fin de que el comisionista responda personalmente frente al comitente del cumplimiento del contrato pactado con tercero, a cambio de otra contraprestación extraordinaria llamada *de garantía*,⁴⁵ figura que se usaba en las ventas a crédito (responder del crédito concedido) y que en la actualidad se utiliza, aunque no siempre, por la solvencia y prestigio del comisionista, sino para que este ponga especial cuidado e interés en el negocio en beneficio propio, esto es, en obtener además de la contraprestación pactada por el desempeño de la comisión, otra cantidad extraordinaria y adicional por garantizar al comitente el éxito del negocio. En México no está prevista la garantía del comisionista, pero tampoco prohibida, como sí lo estaba para los corredores, quienes no podían garantizar las operaciones en que hubieren intervenido (art. 69 derogado, CCo).

Rendición de cuentas. Esta es una obligación impuesta por la ley en atención al derecho de toda persona que encarga a un tercero la realización de un acto y le entrega bienes para ello,⁴⁶ y que consiste en hacer saber al mandante el resultado del mandato conferido y el conocimiento constante del desarrollo del mismo, y que se traduce en un derecho de control y vigilancia del mandante sobre la actividad realizada por el mandatario en interés de aquel. La rendición de cuentas constituye una de las obligaciones más importantes del comisionista. No se trata solo de una obligación de contabilidad que exige el detalle de gastos, desembolsos e ingresos, sino también de un informe detallado de la actuación, así como de la restitución, en su caso, de dinero o bienes adquiridos o no

enajenados sin culpa o negligencia del comisionista. En definitiva, el comisionista está obligado a rendir cuenta detallada de los actos concretos objeto del encargo, en los plazos y términos previstos en el contrato y en todo caso a la terminación del mismo.

Obligaciones del comisionista frente a terceros

La ley comercial (art. 283, CCo) distingue entre actos realizados por el comisionista en nombre propio y actos realizados en nombre del comitente. En el primer caso, el comisionista adquiere derechos y obligaciones directamente con los terceros con quienes contrata, sin que tenga que declarar cuál es la persona del comitente salvo el caso de seguros, como lo establece el art. 284 del CCo. En el segundo, es decir, cuando actúa en nombre del comitente, no contrae obligación propia, pues actúa como un simple representante que la ley denomina *mandatario mercantil* (art. 285, CCo). Conforme a la ley, cuando el comisionista actúa en nombre propio debe responder frente a terceros como tal, de suerte que todas las reclamaciones o acciones que deriven de la operación realizada por el comisionista deberán ser enderezadas directamente en su nombre, y este deberá actuar y defender la causa como propia aunque lo haga por cuenta del comitente.

Derechos del comisionista

Venta de bienes. El comisionista tiene en el CCo, respecto de los efectos que en su caso le sean consignados, el derecho de hacerlos vender por medio de dos corredores o, a falta de aquellos, dos comerciantes, cuando el valor de esos efectos no cubre los gastos que haya de desembolsar en el transporte y recibo de ellos (art. 279, fracc. 1, CCo); el mismo derecho tiene el destinatario de una oferta de comisión por las mercancías que le han sido remitidas por el oferente cuando, a pesar de haber rehusado la comisión, el oferente se abstiene de designar a persona alguna que reciba dichas mercancías.

En el primer supuesto, se autoriza al comisionista a vender los bienes que le fueron remitidos porque su valor no puede cubrir los gastos que aquel haya de desembolsar para su encargo, derecho que se basa en el supuesto de que dicho comisionista acepta el encargo, pero que las mercancías, por cualquier motivo no imputable al comisionista, no llegan a valer siquiera lo que tenga que pagar

dicho comisionista por su recibo y conducción. En tal caso, a pesar de haber aceptado el encargo, no estará obligado a respetar las instrucciones del comitente, e incluso puede proceder a su venta en contra de su voluntad. En el segundo caso, cuando el destinatario de la oferta de comisión con consignación de bienes rehúsa la comisión, y el comitente, a pesar de haber sido avisado de ello, no provea a otro comisionista,⁴⁷ aunque no acepte dicho encargo debe realizar todas las diligencias necesarias para su conservación (art. 277, CCo), pero también puede proceder a su venta.

En efecto, aunque el art. 277 multicitado consigne dicha obligación de conservación “hasta que éste (comitente) provea de nuevo encargado”, tal obligación no significa que el comisionista tenga que esperar de manera indefinida hasta que se designe a otro que ha de desempeñar el encargo, pues el art. 279, fracc. II, referido, señala como dicho límite el tiempo en el cual el comisionista avisa y el comitente recibe dicho aviso; si transcurrido ese tiempo no se ha nombrado nuevo comisionista ni este ha aceptado el encargo ni se ha hecho cargo de las mercancías, el destinatario de la oferta de comisión a quien se le remitieron los bienes puede hacerlas vender por medio de dos corredores y, en su defecto, por dos comerciantes, quienes deberán certificar previamente el monto, calidad y precio de ellas.

Aunque la ley no señala un plazo fijo, se entiende que este es brevísimo, inmediato, tan luego como el oferente ha recibido el rechazo de la oferta, lo cual es coincidente con las exigencias del comercio, sobre todo en atención a que el destinatario de la oferta, aunque no está obligado a aceptar la comisión, tiene obligaciones impuestas por la ley que no pueden mantenerse sino por el tiempo estrictamente necesario; así, dicho comitente tendrá que nombrar otro comisionista de inmediato, o de lo contrario se verá en riesgo de que sus mercancías sean vendidas, tal vez a un precio inferior al previsto (arts. 275, 277 y 279, CCo).⁴⁸ En todo caso, en el supuesto de que los venda podrá hacer efectivos sus derechos a que tuviere lugar, y dicha venta deberá hacerse en las mejores condiciones para dicho comitente.

Remuneración. Salvo pacto en contrario, el comisionista tiene derecho a ser remunerado por su trabajo en la forma pactada según el uso de la plaza en donde se realice la comisión (se presume onerosa); dicha remuneración, llamada *comisión*, *premio* u *honorario*, puede ser una cantidad fija, un porcentaje sobre el precio de venta o cantidad percibida de un crédito, el excedente obtenido

sobre un precio fijado o un porcentaje sobre el número de actos realizados. En efecto, el CCo (art. 304) establece que, salvo pacto en contrario, el comisionista tiene derecho a ser remunerado por su trabajo, y en caso de no haberse estipulado previamente el monto de dicha remuneración, se determinará según el uso de la plaza donde se realice la comisión.

De lo anterior se infieren tres posibilidades: a) que el contrato sea gratuito, en el sentido de que el comisionista no reciba remuneración alguna por su trabajo; b) que se determine el monto de su remuneración, en cuyo caso se está a lo pactado; y c) que no habiéndose determinado ese monto, deberá respetarse aquel que según la plaza donde realizó la comisión debe pagarse al comisionista.

Reembolso de gastos. El comisionista tiene derecho al reembolso de los gastos y desembolsos realizados por la ejecución de las operaciones a su cargo. Al respecto, el CCo (art. 305) establece que mediante cuenta justificada el comitente debe satisfacer al comisionista el importe de todos sus gastos y desembolsos, con el interés comercial desde el día en que los hubiere hecho. Esa disposición es justa, ya que de la ejecución de las operaciones las ventajas son para el comitente y, por ello, los gastos y las erogaciones que el comisionista haga deben ser a su cuenta, incluso en el supuesto de que, sin culpa de este, no se hubiera podido realizar toda la operación o no hubiere sido totalmente satisfactoria. Tales gastos, por supuesto, deben entenderse en las cantidades necesarias para la ejecución de la comisión (art. 2577, CCF).

Derechos de retención. El CCo (art. 306) faculta al comisionista a retener los bienes que real o virtualmente estén en su poder para ser preferente y especialmente pagados sus derechos derivados del contrato; este recurso jurídico privilegiado parece que ha sido concedido por los diversos legisladores debido a motivos económicos de carácter universal, para asegurarle al comisionista el cobro de su retribución y de los gastos y anticipos realizados, sin necesidad de exigir fondos de manera constante para transporte, impuestos o depósito,⁴⁹ gozando de un privilegio respecto de los demás acreedores.

En este aspecto, se otorga al comisionista no solo una acción personal, sino también un derecho real sobre las cosas del comitente, que el comisionista mantiene en su poder por razón de su encargo, y se le concede el derecho de preferencia sobre los demás acreedores. De tal forma, dicho comisionista cuenta con todas las mercancías que le hubieren sido consignadas o se hubieren puesto

a su disposición, aun cuando no las hubiere recibido, con tal de que lo pueda comprobar.⁵⁰ Ello significa que no requiere la posesión real de las cosas, sino que basta la virtual para adquirir ese derecho de preferencia sobre dichos bienes.

En ese sentido, el CCo (art. 306) establece que los efectos que estén real o virtualmente en poder del comisionista se entienden especial y preferentemente obligados al pago de los derechos de comisión, anticipos y gastos que el comisionista hubiere hecho por cuenta de ellos, y agrega que no podrá ser desposeído de los mismos sin antes ser pagados. De ello resulta que el comisionista solo podrá ejercitar el derecho de preferencia sobre las mercancías a cuya cuenta hubiere adquirido los derechos de comisión, o efectuado los anticipos y gastos. Ese derecho de retención implica que el comisionista no puede, como se ha dicho, ser desposeído de los efectos que estén en su poder sin que antes se le hayan pagado tales conceptos enunciados. Ello significa, también, que dichos efectos garantizan en su valor el pago al comisionista, de ahí que sobre el precio obtenido de tales efectos el comisionista goza de un privilegio respecto de los demás acreedores del comitente, preferentemente, al pago de los créditos, y solo cuando estos hubieren sido cubiertos de forma íntegra podrá utilizarse el resto al pago de los demás acreedores.

Derechos y obligaciones del comitente

En esta sección, para no ser repetitivos, se remite a lo dicho en el apartado de derechos y obligaciones del comisionista, ya que lo que es un derecho para una de las partes es una obligación para la otra, por lo que aquí se destacan solo algunos de ellos. Como derechos pueden mencionarse los ya dichos de revocar en cualquier tiempo la comisión conferida al comisionista, quedando siempre a las resultas de las gestiones ya practicadas (art. 307, CCo). Por otra parte, el comitente está obligado a satisfacer al comisionista, al contado y mediante cuenta justificada, el importe de todos sus gastos y desembolsos, más el interés comercial desde el día en que los hubiera realizado (art. 305, CCo). A la obligación del comisionista de rendir en relación con sus libros una cuenta completa y justificada del cumplimiento de su obligación, y de entregar el saldo de lo recibido e incluso el pago de intereses en caso de mora (art. 298, CCo), corresponde el derecho del comitente de recibir dicha cuenta justificada y de inspeccionar los bienes adquiridos por él.

En este orden de ideas, el comitente debe aceptar del comisionista todo aquello que este haya hecho en ejecución de la operación encomendada conforme a las instrucciones. Como ya se señaló, esta obligación de rendir cuentas no es exclusiva del comisionista, y en general se trata de una obligación impuesta a todo aquel que maneja intereses por cuenta ajena. Aunque el derecho sujeta al comitente a pedir cuentas hasta terminada la operación de la comisión, en cualquier momento puede pedirla, máxime si así se señala en el contrato o si en el curso de las operaciones tiene sospechas de la capacidad o rectitud del comisionista.

Tal rendición de cuentas descansa en el derecho que tiene el comitente de saber y conocer el desarrollo y resultado de las operaciones realizadas por el comisionista, derecho que no puede limitarse a una verificación *post factum*, sino que se extiende a su inferencia y conocimiento de las operaciones aunque la comisión no haya concluido, ya que dicho comitente tiene derecho a saber del destino de los bienes que ha dado para la comisión, pues tales operaciones son de su interés y en su provecho o perjuicio. Asimismo, la rendición de cuentas debe hacerse conforme a lo pactado, pero en todo caso debe incluir la información, libros, documentos y correspondencia relacionada con las operaciones, así como en su caso permitir al comisionista inspeccionar los estados financieros que arrojen las operaciones realizadas; se trata de un tema muy delicado por cuanto encierra una pérdida del derecho de secrecía del comerciante.

La obligación de concretar la certeza de las cuentas y de suministrar los comprobantes del “debe” y del “haber” de las operaciones corresponde precisamente al comisionista, ya que él los rinde a quien ha realizado las operaciones. Por tanto, el secreto comercial no rige para el comisionista y el comitente, y las normas previstas para este supuesto solo se aplicarían en caso de litigio entre las partes (arts. 33 y ss., CCo).

Clases de comisión

Como se ha señalado, el comisionista debe sujetarse a las instrucciones del comitente, las cuales pueden ser imperativas, facultativas o indicativas, y deben referirse fundamentalmente a las condiciones de venta de productos o a los términos de concertar las operaciones con terceros, pero no respecto del tiempo

u horario para su desempeño, como tampoco respecto de los argumentos para convencer a terceros de celebrar los contratos, ya que se confía en la experiencia, diligencia y prestigio del auxiliar del comercio, y este no puede quedar subordinado al comitente al grado de considerarlo su trabajador.

En atención a dichas instrucciones, la comisión puede ser de diversas clases: *a) imperativa*, conforme a la cual el comitente instruye de manera detallada, específica, los términos del negocio jurídico objeto de la comisión y, por tanto, no hay margen de discrecionalidad o consideración del comisionista; *b) indicativa*, según la cual el comitente proporciona algunos lineamientos y elementos del contrato de ejecución, pero deja a la prudencia y diligencia del comisionista y a los usos del comercio la realización de dicha operación; y *c) facultativa*, aquella en la que el comitente otorga autorización al comisionista para actuar a su nombre o para llevar a cabo la comisión a su discreción, de acuerdo con los usos y costumbres comerciales y lo que su prudencia dicte.⁵¹

Extinción del contrato

Como cualquier otro contrato bilateral, la comisión puede terminar por causas naturales, como sería el incumplimiento del encargo, o por causas extraordinarias, como la revocación del nombramiento o la muerte del comisionista. En efecto, la voluntad aislada del comitente puede, a diferencia de otros contratos, terminar con el negocio jurídico, porque la ejecución del encargo repercute de manera directa y preferente en sus intereses y no puede quedar obligado a continuar con el contrato si corre el riesgo de perder incluso su patrimonio, además de que la designación de comisionista descansa en la confianza de que ejecutará el encargo con diligencia y fidelidad.

Por ello, pese a que el CCF establece (art. 1949) que 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, y de que, agrega, el perjudicado pueda escoger entre el cumplimiento forzoso o la resolución de la obligación del contrato, la resolución de este no puede dejarse al arbitrio de una de las partes en materia de comisión; tal principio no opera, pues la ley reconoce la rescisión del contrato por la única voluntad del comitente. La voluntad aislada del comitente puede, en efecto, revocar en cualquier momento el encargo conferido al comisionista. Esa facultad parece justificada, ya que la ejecución o inejecución

del encargo repercute de manera directa y preferente en los intereses del comitente, quien no puede quedar obligado a continuar con el contrato si corre el riesgo de perder incluso su patrimonio; sin embargo, si no existe causa de revocación y dicho comitente procede a ella, el comisionista tendría derecho a exigir el pago de los perjuicios ocasionados, ya que, en tal supuesto, habría dejado de obtener una ganancia lícita.

En el segundo caso, es decir, cuando la revocación se verifica después de que el comisionista ha realizado o iniciado algunas operaciones o ha hecho algunas erogaciones a causa de la comisión, esta se extingue, pero quedan subsistentes las obligaciones nacidas del contrato, respecto del comitente como del comisionista, de suerte que el comisionista deberá ser indemnizado de cualquier daño que resulte por tales actos, y tendrá derecho al reembolso de los gastos, al resarcimiento de los perjuicios y al pago de los derechos de la comisión.

El propio art. 307 del CCo agrega: “La revocación intimada únicamente al comisionista, no puede ser opuesta a terceros contratantes que no la conociesen, salvo el derecho del comitente contra el comisionista.” Tal precepto, a decir de Tena,⁵² se debe a que “se impone la realidad a los hechos y las más altas consideraciones de conveniencia y equidad”, pues si no fuera así, agrega el autor, quedarían expuestos a funestas contingencias los negocios y el crédito, para el que son vitales condiciones de firmeza y seguridad.

En términos similares a dicha revocación se pronuncia el Código Civil de la Rusia soviética (art. 421), que establece que por la revocación del contrato por el comitente, total o parcialmente, antes de que el comisionista haya concluido las operaciones correspondientes con los terceros, el comitente deberá pagar a dicho comisionista la remuneración de la comisión por las operaciones realizadas por este con antelación a la revocación de la operación, y también los gastos efectuados por él anteriores a la propia revocación. Agrega dicho precepto que cualquier ciudadano puede, en cualquier momento, exigir la restitución de los bienes dados para su venta en comisión a una tienda, reembolsando los gastos de conservación de los bienes conforme a las tarifas establecidas.

Otras de las causas de terminación del contrato son la muerte y la inhabilitación del comisionista (art. 308, CCo), pero no la muerte o inhabilitación del comitente, aunque sus representantes (albacea, síndico o tutor) pueden revocar el nombramiento. El fundamento de esta causa de extinción estriba en que en la

celebración del contrato influye la consideración de la persona del comisionista (*intuitu personae*), pues, como se ha dicho, su designación obedece a la confianza que inspira en virtud de sus cualidades personales, probidad, crédito, relaciones comerciales o eficacia en el manejo de las operaciones de comercio.

Por ello, el cargo de comisionista es intransferible: este no puede transmitirlo a sus herederos, quienes no tendrán más obligación que la de avisar al comitente la desaparición del comisionista y realizar las diligencias que sean indispensables para evitar cualquier perjuicio (art. 2602, CCF), y solo tendrán el derecho que corresponda a su causante para exigir del comitente el pago de los derechos derivados del contrato, gastos, anticipos y demás indemnizaciones procedentes. Por lo que se refiere a la inhabilitación, es natural que el contrato termine, ya que estará incapacitado para desempeñar la comisión (art. 12, fracc. II, CCo).

La declaración de concurso mercantil de cualquiera de las partes, comitente o comisionista, no trae como consecuencia la resolución del contrato, salvo que el conciliador determine que deba darse por terminado (art. 100, LCM). El estudio de la comisión tiene gran importancia práctica, de suerte que la comunidad internacional, a través del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, se ha ocupado de algunos aspectos relativos a la representación, y junto con el Comité de Conflictos de Leyes ha elaborado algunos estudios también en materia de mandato y comisión, e incluso instituyó una comisión para el contrato de referencia.

La comisión en relación con los contratos de agencia, consignación y mediación o corretaje

De la definición del contrato de comisión se advierte que el comisionista se obliga a realizar actos concretos de comercio en nombre propio, pero por cuenta del comitente, lo que lo diferencia de los contratos de agencia, mediación y consignación, toda vez que en el de agencia el agente asume el encargo duradero de realizar diversos actos de comercio, pero en nombre y cuenta del comerciante representante. En la consignación, el consignatario solo asume la obligación de pagar el precio estimado de la cosa cuya disponibilidad se le transfiere, o bien restituirla al vencimiento del plazo concedido,⁵³ mientras que en la mediación el mediador o corredor no celebra acto jurídico alguno, y simplemente se encarga de conseguir clientes a su cliente, de proponer y hacer llegar ofertas y

contraofertas y de indicarle la oportunidad para celebrar el acto jurídico promovido, pero no actúa ni en nombre ni por cuenta de su cliente.

El contrato de comisión se ha desarrollado en la vida de los negocios al mismo tiempo que en las relaciones económicas desde tiempos remotos; en la actualidad sigue vigente su importancia, sobre todo en ciertos géneros de negocios como el comercio internacional y las operaciones bursátiles, de seguros y fianzas, actividades todas ellas que pese a los avances en los medios de comunicación mantienen en primer orden a los comisionistas, al grado de que en materia de valores mobiliarios tienen el monopolio del mercado. Asimismo, la comisión ofrece una serie de ventajas: mantener en secreto el nombre del comitente sin necesidad de proporcionar información sobre este; el tercero no trata con un “representante”, sino con una persona que aparece y actúa frente a él como contratante directo, y el crédito del comisionista beneficia al comitente desconocido y alejado.

Por otra parte, la comisión presenta, en el aspecto doctrinal, un interés de primer orden, sobre todo hoy en día, cuando merced al ingenio de los comerciantes se han creado diversas figuras jurídicas similares a la de este capítulo; tal es el caso del corretaje, agencia, concesión, distribución y estimatorio, todas ellas diferentes de la comisión pero con puntos de interés afines que deben ser resueltos por la doctrina y el legislador.

Autoevaluación

1. ¿Cómo se define el contrato de comisión mercantil?
2. ¿Qué diferencias existen entre comisión y mandato mercantil?
3. ¿Qué normas regulan los derechos y las obligaciones de la persona que asume el encargo de celebrar actos jurídicos concretos de comercio en nombre y cuenta de otro?
4. ¿En qué consiste la comisión propiamente dicha?

5. ¿Qué requisito de forma exige el CCo para la comisión?
6. ¿Puede una persona moral tener el carácter de comisionista, a pesar de que la ley exige a este ejecutar los actos concretos de comercio en forma personal?
7. ¿En qué consiste la autoentrada?
8. ¿Debe el comisionista por ley garantizar el cumplimiento de obligaciones de terceros asumidas en los actos concretos celebrados por aquel en ejecución de la comisión?
9. ¿Cuáles son las consecuencias de que el comisionista venda a plazos, sin autorización del comitente, los bienes dados en comisión para su venta al contado?
10. ¿Qué obligaciones asume el comisionista frente a los terceros con quienes contrata en virtud de la comisión propiamente dicha?

¹ El desarrollo del comercio se vio favorecido por negocios jurídicos semejantes a la comisión como la *commenda*, por la cual el mercader encomendaba a sus dependientes dirigir sus delegaciones o comerciar sus productos de un lugar a otro, en su representación o a nombre propio pero en su interés, como se observa en el Libro del Consulado del Mar: “... muchos de los que van por el mundo como encomenderos no tienen nada suyo en lo que llevan; y, además, a no ser por las encomiendas que les hacen, quedarían en mal lugar y en deshonor; y, sobre todo si las encomiendas se pierden en nada les afecta, puesto que no les cuesta nada de lo suyo y nada pierden. Pero lleve o no mercancías el patrón, siempre vale más lo que es suyo en la nave, puesto que no obtiene gran provecho de las encomiendas que lleva y tomó a su cargo.” Cfr. Juan Ramón Parellada, Tr., Ministerio de Asuntos Exteriores, Dirección General de Relaciones Culturales, MCMLV, Madrid, 1954, p. 99.

² Cfr. G. Sautel, *Le contrat de commission*, Dalloz, París, 1949, pp. 25 y 26.

³ Para Paul Rehme, *Historia universal del Derecho mercantil*, trad. E. Gómez Orbaeja, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944, *op. cit.*, p. 45, efectivamente corresponde a la *commenda*, interpretación que no contraría los preceptos del *Código de Hammurabi*, pues en su opinión sólo sería válido considerarla sociedad en comandita si tuviese lugar un reparto de beneficios entre las partes, lo cual no se indica expresamente en los preceptos de dicho ordenamiento (arts. 101 a 107). Para el estudio del *Código de Hammurabi*, cfr. Edwards Chilperic, *The Hammurabi Code*, 3a. ed., Londres, 1921; y S. N. Kramer, *La historia empieza en Sumer*, AYMA, Barcelona, s/a, pp. 101 a 104. Para el estudio de la *commenda*, véanse, entre otros, a Levin Goldschmit, *Storia del diritto commerciale* (trad. de Vittorio Pouchain y Antonio Scialoja), Turín, 1933; J. Martínez Gijón, “La *commenda* en el derecho español. II. La *commenda* mercantil”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, serie 1a., t. XXXVI, núm. 1,

Madrid, 1966, pp. 380 y ss., y Ageo Arcangeli, *Scritti di Diritto Commerciale de agrario*, Cedam, Padua, 1935.

- 4 Véase Jorge Barrera Graf, *La representación voluntaria en el derecho privado*, UNAM, México, 1967, p. 94.
- 5 Cfr. G. Sautel, *op. cit.*, pp. 25 y 26. Asimismo, confirma la inexistencia de la representación no obstante la admisión del contrato estimatorio, pues, como dice, jurídicamente la diferencia entre este y la comisión es amplia, ya que no existe esa representación del interés ajeno que es característica de la comisión; el *accipiens* venderá por su propia cuenta y no del comitente, de suerte que si vende a mayor precio será en su beneficio, y si lo hace a más bajo, a su riesgo.
- 6 *Ibidem*; en el mismo sentido, Joaquín Garrigues, *Tratado de derecho mercantil*, t. III, vol. I, Revista de Derecho Mercantil, Madrid, 1964, p. 42.
- 7 Angelo Sraffa, *Del mandato commerciale e della commissione*, 2a. ed., Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milán, 1933, pp. 231 y siguientes.
- 8 Joaquín Garrigues, *op. cit.*, p. 452.
- 9 José Martínez Gijón, “La práctica del comercio por intermediario en el tráfico con las indias durante el siglo XVI”, *Anuario de historia del derecho español*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1970 (separata), p. 12. Para Sautel, *op. cit.*, pp. 35 y 36, el epíteto *comisión* se emplea “en nuestra materia a partir del siglo XII, pero no en un sentido más preciso que el de mandato”; únicamente se le añade el calificativo de *mercantil*.
- 10 Comisión llamada *propia*, a cuyo lado en Alemania existe la *impropia* (art. 406, CCo), cuando concluye asuntos o negocios distintos de los señalados en el art. 383.
- 11 Umberto Navarrini, *Trattato elementare di diritto commerciale*, Fratelli Bocca, Turín, 1935, p. 229. Al respecto, resulta interesante la siguiente tesis de la Suprema Corte de Justicia: “COMISIÓN MERCANTIL, RESPONSABILIDADES DEL COMITENTE, RESPECTO DE CONTRATOS CELEBRADOS A SU NOMBRE, POR EL COMISIONISTA... Conforme a la ley y a la doctrina, el comisionista puede desempeñar la comisión de dos maneras: contratando a nombre propio o en el de su comitente. En el primer caso, no es necesario expresar el nombre del comitente, y el comisionista se obliga en forma directa, como si fuese suyo el negocio, con las personas con quienes contrae, las cuales no tienen acción alguna contra el comitente, ni éste contra ellas, quedando a salvo las que corresponden al comitente y al comisionista entre sí. En el segundo caso, cuando el comisionista contrata en nombre del comitente, deberá manifestarlo así; y si en la especie tal manifestación fue perfectamente pública, pues el comisionista tenía a su cargo una agencia de la empresa comitente, en la fecha en que celebró los contratos, de esto se sigue que todas las acciones que de esos contratos se deriven producen efectos únicamente entre el comitente y las personas que contrataron con el comisionista; y si bien todas las responsabilidades en que haya incurrido este último, le pueden ser exigidas civil y aun penalmente por el comitente, no por ello puede éste escudarse en lo dispuesto en el artículo 289 del Código de Comercio, en relación con el artículo 306 del mismo código, para eludir las obligaciones y responsabilidades a su cargo, derivadas de los contratos celebrados a su nombre, por el comisionista, porque las citadas disposiciones legales únicamente rigen las relaciones jurídicas entre el comitente y el comisionista, y no afectan los derechos de terceras personas que de buena fe han contratado con el último.” Cfr. Quinta Época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo XCI, Página 1784. Amparo civil directo 6042/46, 1º de marzo de 1947.

- 12 M. Delamarre y M. Le Poitvin, *Traité du contrat de commission*, t. I, N. Delamotte, París, 1840, p. 52.
- 13 Charles Lyon-Caen y Louis Renault, *Traité de droit commercial*, 5a. ed., t. III, Pichon, París, 1923, p. 414.
- 14 Fernando Sánchez Calero y Juan Sánchez Calero Guilarte, *Instituciones de derecho mercantil*, 32a. ed., vol. II, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 206.
- 15 Cfr. los arts. 94 y 95 del Código Civil francés en *Code de Commerce, Petits Codes*, Dalloz, París, 1979-1980, pp. 106 a 110; el Código Civil italiano en L. Franchi, V. Feroci y G. Ferrari, *Codice Civile* (coordinamento a cura di Santo Ferrari y D. Roberto e Gregorio Ferrari), Ulrico Hoepli, Milán, 1978, pp. 294 y 295; y el CCo español en Antonio Polo, *Leyes mercantiles y económicas*, t. II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, pp. 1166-1252.
- 16 Jorge Barrera Graf, *op. cit.*, p. III.
- 17 Joaquín Rodríguez Rodríguez, *Curso de derecho mercantil*, t. II, Porrúa, México, 1981, pp. 34 y siguientes.
- 18 Cfr. Joaquín Garrigues, *op. cit.*, p. 455; en el mismo sentido, M. Delamarre y M. Le Poitvin, *op. cit.*, p. 52.
- 19 Umberto Navarrini, *op. cit.*, p. 223.
- 20 Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo CII, Página 2212. Precedentes: Tomo CII, Liquidación Judicial, Página 2212, 7 de diciembre de 1949.
- 21 A. Sraffa, *op. cit.*, p. 8, añade que la palabra *mandato* viene a ser eliminada en el caso de la comisión y que el vocablo *comisión* indica el contrato de mandato en las relaciones comerciales, en oposición al mandato civil.
- 22 Jorge Barrera Graf (*op. cit.*, p. 160) señala que *representante* es quien obra en nombre de otro; *representado*, aquel en cuyo nombre se obra; que la representación supone un negocio de sustitución del representado por el representante; y por otra parte, la afectación de un patrimonio ajeno por el comportamiento del sustituto.
- 23 S. Pugliatti, “II rapporto di gestione sottostante alla rappresentanza”, *Studi sulla rappresentanza*, Giuffrè, Milán, 1965, pp. 160 y siguientes.
- 24 Cfr. Jorge Barrera Graf, *op. cit.*, p. 109.
- 25 Desde tiempos remotos, los jurisconsultos consideraron la comisión como un mandato, sin hacer distinción alguna; cfr. el cap. CCXII “*De commenda presa com a cosa propia*”, de las antiguas costumbres de mar en las cuales se contienen las leyes y ordenanzas de los actos marítimos y mercantiles, en Antonio Capmany (trad.), *Libro del Consulado del mar*, Cámara Oficial del Comercio y la Navegación, Barcelona, 1965, p. 261. Tímidamente se infiere el carácter no representativo de la *commenda*, e incluso se señala “... *qui la commenda los faran que ells puguén fer de la commenda axi com de la sua cosa propia...*”.

- 26 “... *commenda axi com de la sua cosa propia...*” Joaquín Garrigues, *op. cit.*, p. 461.
- 27 Cfr. F. Arturo Puente y Octavio Calvo Marroquín, *Derecho mercantil*, 27a. ed., Banca y Comercio, México, 1982, p. 135.
- 28 En cambio, en Rusia debe constar por escrito para que sea válido, pues de lo contrario es nulo (arts. 405 y 406, Código Civil).
- 29 Cfr. Vázquez del Mercado, *op. cit.*, p. 77, y Felipe de J. Tena, *Derecho mercantil mexicano*, 10a. ed., Porrúa, México, 1980, p. 212; N. Navarrini (*op. cit.*, p. 224) funda el aviso inmediato en la necesidad de reforzar los vínculos entre los comerciantes y la expectativa que su función puede suscitar. Hemos de advertir que la ley habla de *inmediatamente*, lo cual constituye un error porque se copió de forma textual del CCo español de 1829, que consideraba a los comisionistas profesionales de la comisión, y no desde el punto de vista del contrato.
- 30 Joaquín Rodríguez Rodríguez, *op. cit.*, pp. 35 y 36.
- 31 Jorge Barrera Graf, *op. cit.*, p. 112; véanse también Joaquín Rodríguez Rodríguez, *Derecho mercantil*, t. II, Porrúa, México, 1982, p. 34; y Felipe de J. Tena, *op. cit.*, pp. 210 y ss. El CCo dice en su art. 309 que se considerarán factores quienes tengan la dirección de alguna empresa o establecimiento fabril o comercial, o estén autorizados para contratar respecto a todos los negocios concernientes a dichos establecimientos o empresas, por cuenta y en nombre de los propietarios de los mismos. Por ello, el concepto de *acto concreto de comercio* debe quedar claro para no confundir al comisionista con el factor, ya que ambos realizan actos por cuenta de terceros, si bien el segundo lo hace en nombre del principal y el primero en nombre propio.
- 32 Arturo Díaz Bravo, *Contratos mercantiles*, Harla, México, 1983, pp. 221 y 222.
- 33 Incluso la extinta Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia sostenía lo siguiente: “CONTRATOS PARA AUXILIAR EN SUS VENTAS A SOCIEDADES (COMISIÓN MERCANTIL). Los contratos que se refieren al encargo que hacen los comitentes al comisionista, para que mediante una retribución fija promueva las ventas en una zona determinada y durante un término de duración indefinido, de acuerdo con su naturaleza no pueden designarse técnicamente como contratos de comisión mercantil en los términos que define el artículo 273 del Código de Comercio, ya que se distinguen de este último en que no son para actos concretos de comercio, sino que se desenvuelven durante un término indefinido y para una zona determinada, circunstancias que les otorgan sus características propias de continuidad y colaboración permanente y que hacen del llamado comisionista un verdadero auxiliar respecto de sus llamados comitentes, y debe aceptarse, por tanto, como lícita, la posibilidad de que el llamado comisionista concierte operaciones a crédito y que dentro de esa hipótesis los comitentes le hagan el cargo correspondiente a dichas operaciones, sin que por ello se desnaturalice el contrato pactado.” Sexta Época, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo: Tercera Parte, Página 88, Revisión fiscal 341/56, 14 de noviembre de 1957.
- 34 Décima Época, Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XXIV, Septiembre de 2013, Tomo 3, Página 2496, Amparo directo 170/2013, 4 de abril de 2013.
- 35 Contradicción de tesis 246/2009, Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero, ambos del Vigésimo Segundo Circuito, 9 de septiembre de 2009, Novena Época, Segunda Sala, Tesis de

Jurisprudencia 2a./J. 149/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXX, Octubre de 2009, Página 64.

- ³⁶ En Rusia, en cambio, el contrato de comisión es de carácter formal y debe aclararse por escrito (art. 405, Código Civil), de manera tal que si se omite dicha forma requerida el acto es nulo (art. 46, Código Civil).
- ³⁷ Joaquín Garrigues (*op. cit.*, pp. 466 y ss.) manifiesta que el comisionista ha de desempeñar la comisión no según su opinión, sino la del comitente; deberá conocer las expresiones técnicas usuales del comercio y que el comitente haya empleado al dar su encargo, y si estas son dudosas u oscuras debe pedir las aclaraciones necesarias al comitente porque no está autorizado a interpretar la voluntad de este, consulta que es consecuencia del acato de instrucciones, las cuales, en su opinión, pueden ser imperativas, facultativas o indicativas, clasificación que por cierto se adapta a las que reciben las casas de bolsa. Sin embargo, hay que tomar en cuenta que esas instrucciones deben referirse fundamentalmente a las condiciones de venta de productos o a los términos de concertar las operaciones con terceros, pero no respecto del tiempo u horario para su desempeño, como tampoco respecto de los argumentos para convencer a terceros en celebrar los contratos, ya que se confía en la experiencia, diligencia y prestigio del auxiliar del comercio y este no puede quedar subordinado al comitente al grado de considerarlo su trabajador.
- ³⁸ Sería discutible si se permite o no la subcomisión como se ha autorizado en otros ordenamientos, como en Rusia (art. 408, Código Civil de la Federación Rusa), que a pesar de las modificaciones de estilo socialista durante el periodo soviético (1922 a 1991) fue influenciado por el derecho continental europeo desde la década de 1990.
- ³⁹ *Cfr.* Felipe de J. Tena, *op. cit.*, p. 231, y Luis Muñoz, *Derecho mercantil*, t. II, Herrero, México, 1952, p. 309.
- ⁴⁰ *Cfr.* Felipe de J. Tena, *op. cit.*, y Luis Muñoz, *op. cit.*
- ⁴¹ En el derecho ruso el comitente conservaba la propiedad de los bienes dados en comisión; el art. 407 de su Código Civil expresa que los bienes que se encuentran en poder del comisionista procedentes del comitente, o adquiridos por aquel para este, son propiedad de dicho comitente; de ahí que también el comisionista responda de daños o perjuicios.
- ⁴² N. Navarrini, *op. cit.*, p. 233.
- ⁴³ Desde luego que tanto el comitente como los terceros tendrían para sí la acción oblicua, aunque como expresa B. Starck, en *Le contrat de commission. Etudes de droit commercial, sous la direction et avec une préface de Joseph Hamel*, Dalloz, París, 1949, p. 150, no siempre es posible, ya que dicha acción está sujeta a determinadas condiciones que pueden dificultar la posibilidad de demostrar la insolvencia del deudor o su negligencia para atender sus propias acciones. Véase Joaquín Rodríguez Rodríguez, *op. cit.*, p. 19.
- ⁴⁴ Joaquín Garrigues, *op. cit.*, pp. 492 y siguientes.
- ⁴⁵ En España se limita a la comisión de venta de los mismos plazos pactados por el comprador (art. 272, CCo). A. Sraffa (*op. cit.*, pp. 235 y ss.) define el *star del credere* como la asunción de la obligación de pagar al vencimiento la suma debida por el tercero contratante.

- ⁴⁶ Obligación que también pesa sobre los albaceas, síndicos, gestores oficiosos, administradores, asociantes, etcétera.
- ⁴⁷ Debe recordarse que el art. 275 del propio CCo prescribe la obligación del destinatario de la oferta de comisión para avisar al comitente que rehúsa el encargo.
- ⁴⁸ Además, si el comitente dispone en el término prescrito de los bienes que se hallan en poder del comisionista, este puede dar dichos bienes en depósito por cuenta del comitente, o bien, a fin de cubrir sus derechos contra el comitente, venderlos a un precio si es posible más favorable para el comitente.
- ⁴⁹ Por ello, por primera vez se reconoce en Francia ese derecho de retención (arts. 93 a 95 del CCo de 1807) en su favor, y luego en España (arts. 109 a 171 del CCo de 1829). Según D. Roger Pallard, en *Le contrat de commission, op. cit.*, pp. 131 y ss., este derecho no comporta algún derecho de preferencia y pierde todo interés desde que el comisionista ejecuta el contrato, o se desapodera de las mercancías.
- ⁵⁰ Véase Felipe de J. Tena, *op. cit.*, p. 245.
- ⁵¹ José Miguel Cabello González, *La contratación internacional: Guía práctica*, Esic Editorial, Torrejón de Ardoz, Madrid, 2000, p. 67.
- ⁵² Felipe de J. Tena, *op. cit.*
- ⁵³ *Ibidem*, p. 248.

El contrato de agencia

Propósitos

Al concluir este capítulo, el lector comprenderá el concepto de contrato de agencia, su importancia, el carácter de agente, los derechos y obligaciones de las partes, así como las clases de agencias y agentes comerciales.

Función económica

El contrato de agencia y la figura del agente aparecen tardíamente en el derecho mercantil. Según Joaquín Garrigues,¹ su aparición coincide con la expansión económica del siglo XIX, cuando el agente surge como una figura compleja en la que se funden los elementos de otras figuras mercantiles. Al igual que el corredor y el comisionista, el agente es un auxiliar del comercio por cuya intervención se celebran actos de comercio; sin embargo, aunque entre comisión, mediación y agencia existe una estrecha relación funcional, mientras que la comisión permite una colaboración aislada y esporádica para contratar por cuenta de tercero, la agencia instituye una colaboración estable o duradera para que un empresario desarrolle su actividad por medio de un agente representante en una zona determinada. A su vez, respecto de la mediación, el mediador no celebra acto jurídico alguno, como sí lo hace el agente; únicamente pone en mutua relación a las personas interesadas en celebrar un contrato o busca a la persona que pueda satisfacer las necesidades manifestadas por otra.²

El agente también se diferencia del factor, representante para todos los actos concernientes a la empresa o establecimiento, a que se refiere el art. 318 del CCo, por la absoluta independencia de su ejercicio profesional y por la asunción a propio cargo del costo y de los riesgos del ejercicio mismo. De ahí que el

contrato de agencia adquiera autonomía respecto de la mediación y la comisión y, por ello, cuando un empresario desea extender en forma masiva o constante su actividad en una zona determinada sin necesidad de desplazarse a la misma, no recurre a un comisionista ni a un mediador, sino a dos posibles y distintas formas de colaboración: crear una sucursal o delegación propia que, integrada en su empresa y con dependencia económica y jurídica de ella, promueva su actividad contractual (captación de clientela) en su nombre y por cuenta de aquel o, por el contrario, nombrar a un agente que con su propia empresa, en forma jurídica y económicamente independiente y, como consecuencia, fuera de la empresa del empresario representado, se dedique de forma profesional a captar clientela para él, bien mediante su simple promoción o bien por medio de la conclusión de contratos por cuenta, en nombre e interés de aquel.

Esta forma de colaboración posee sobre la primera la ventaja de ahorrar al empresario representado la inversión en bienes y el pago de costos fijos que exigen la creación y el mantenimiento del establecimiento propio en otra zona (instalaciones, salarios, cuotas de seguridad social, etc.) trasladándolos sobre el agente, el cual suele limitarse a percibir una retribución conforme a los contratos promovidos o concluidos. La inconveniencia de la agencia estriba en que el empresario representado no percibe los beneficios directos que genera la agencia, cuando está en pleno rendimiento, introducida y acreditada en la zona; sin embargo, sus bienes o servicios promovidos se acreditan por la actuación del agente, lo que ha dado pauta en Europa a establecer a favor del agente el derecho a percibir una indemnización, en caso de terminación del contrato.

La agencia es una forma de colaboración utilizada de manera muy frecuente tanto por las instituciones de seguros y fianzas como por las industrias de la producción y de la transformación, las que logran poseer extensas cadenas de comercialización por medio de agentes, sin las grandes inversiones que exigiría la creación o instalación de sucursales o establecimientos con sus propios recursos. El contrato de agencia parece no estar reconocido expresamente en el CCo, como sí ocurre con las operaciones de comisión (fracc. XII del art. 75) y de mediación en negocios mercantiles (fracc. XIII del art. 75); sin embargo, en la fracc. X del art. 75 se alude a las empresas de agencias. En cambio, otros ordenamientos como la *Ley de Instituciones de Seguros y de Fianzas* (LISF), la *Ley Aduanera* (LA) y la *Ley de Navegación y Comercio Marítimos* (LNCM) se refieren a los agentes de seguros, de fianzas y agentes aduanales, respectivamente, quienes están regulados tanto en esas leyes como en sus

reglamentos respectivos.

Concepto

El art. 91 de la LISF define a los agentes de seguros como las personas físicas o morales que intervienen en la contratación de seguros mediante el intercambio de propuestas y aceptación de las mismas, comercialización y asesoramiento para celebrarlos, para conservarlos o modificarlos, según la mejor conveniencia de los contratantes. Asimismo, el art. 92 de la LISF (antes, art. 87 de la *Ley Federal de Fianzas* abrogada) define al agente de fianzas como la persona física o moral que interviene en la contratación de fianzas y en el asesoramiento para contratarlas, conservarlas o modificarlas, según la mejor conveniencia de las partes. El mismo ordenamiento exige previa autorización de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas y señala que dichas personas deben satisfacer los requisitos exigidos por el reglamento respectivo y ser personas físicas dedicadas a esa actividad con base en contratos mercantiles, o personas morales que se constituyan para operar en esta actividad. El art. 93 determina que para el ejercicio de la actividad de agente de seguros o de agente de fianzas se requerirá autorización de la Comisión. Esta, previa audiencia de la parte interesada, podrá suspender dicha autorización hasta por dos años o revocarla, además de aplicar amonestaciones y multas a dichos agentes.

A su vez, la *Ley Aduanera*, en el título séptimo, regula expresamente a los agentes aduanales, a quienes define en el art. 159 como la persona autorizada por el Servicio de Administración Tributaria, mediante una patente, para promover por cuenta ajena el despacho³ de las mercancías, en los diversos regímenes aduaneros previstos por la ley. La LNCM considera agente naviero a la persona facultada para que en nombre del naviero u operador, bajo el carácter de mandatario o comisionista mercantil, actúe en su nombre o por su cuenta en cualquiera de las clases a que se refiere dicho ordenamiento (art. 23).

El CCo, en la fracc. x del art. 75, se refiere a las empresas de agencia como un acto de comercio, aun cuando no reglamenta el contrato. Asimismo, en el art. 285 dentro del capítulo primero, relativo a la comisión, señala que cuando el comisionista contrate expresamente en nombre del comitente, no contraerá obligación propia, rigiéndose en este caso sus derechos y obligaciones como simple mandatario mercantil por las disposiciones del derecho común. De ahí

surge la cuestión de saber si ese mandatario mercantil a que se refiere la ley es el agente de comercio, lo que se habrá de resolver una vez que se analice el concepto y las características de la agencia.

La Directiva 86/653/CEE del 18 de diciembre de 1986 de la Comunidad Económica Europea define el contrato de agencia como aquel por el cual una persona física o moral (agente) se obliga frente a otra de manera continuada o estable, a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio y a concluirlos por cuenta y nombre ajenos, como intermediario independiente sin asumir, salvo pacto, el riesgo y la ventura de tales operaciones.

En España, el art. 1º del *Reglamento de Agentes Comerciales* del 21 de enero de 1942 define al agente señalando que es “todo comerciante que esté encargado de un modo permanente de realizar o de preparar contratos mercantiles en nombre y por cuenta ajena”; dicho concepto se reproduce para los agentes de seguros privados en su Reglamento del 30 de diciembre de 1969.⁴ A su vez, el art. 1º de la Ley 12/1992 española, *Ley sobre el Contrato de Agencia*,⁵ señala que por el contrato de agencia, una persona natural o jurídica, denominada *agente*, se obliga frente a otra de manera continuada o estable, a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promover y concluirlos por cuenta y nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y la ventura de tales operaciones. Dicho ordenamiento señala que el agente debe realizar por sí mismo o por medio de sus dependientes la promoción y conclusión de los actos u operaciones encomendadas y que para la subagencia requiere autorización expresa. El Proyecto de Código de Comercio español (art. 542-1) señalaba que por el contrato de agencia una persona denominada agente se obliga, de manera continuada o estable y a cambio de una remuneración, a promover, por cuenta de otra, alguna de las actividades de comercio o a promoverlas y concluir las por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario profesional independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones.

El Código Civil italiano, en su art. 1742, señala que con el contrato de agencia una parte asume establemente el encargo de promover, por cuenta de la otra, contra una retribución, la conclusión de contratos en una zona determinada. Con la reforma del 15 de febrero de 1999 se precisa que el contrato debe ser probado por escrito y que cada parte tiene el derecho irrenunciable de obtener de la otra un documento del mismo, suscrito por las partes, que reproduzca el contenido

del contrato y de las cláusulas pactadas.

El contrato de agencia es aquel por virtud del cual una persona, denominada *agente*, asume de modo permanente y mediante una retribución el encargo de promover y/o de concertar actos y contratos en nombre y por cuenta de un empresario, en una zona determinada, sin asumir el riesgo de tales operaciones, salvo pacto. Domenico Barbero lo conceptúa como el contrato por el cual una parte asume establemente, contra una determinada compensación, el encargo de promover la conclusión de contratos por cuenta de la otra en una zona determinada.⁶

Notas características

Las notas características del contrato de agencia son las que se detallan enseguida.

- a) *Tracto sucesivo o permanencia.* La agencia es un contrato de duración porque, a diferencia del comisionista, el agente no asume el encargo de ejecutar un negocio o un contrato determinado o esporádico, sino todos cuantos integrando el objeto de la agencia pueda promover y estipular el agente en la zona encomendada y en nombre del principal, mientras subsista el contrato. Tanto el Código Civil italiano como la ley española citada se refieren al carácter estable o duradero del agente, de ahí que tampoco se pueda decir que el mandatario mercantil a que se refiere el art. 285 del CCo mexicano sea un agente de comercio, porque la ley exige que dicho mandatario se encargue de actos concretos de comercio realizados en nombre del mandante, mientras que la agencia es de carácter duradero, no esporádica como ocurre con la comisión o el mandato mercantil, al que el CCo sujeta a las normas del Código Civil para regular las relaciones entre las partes.
- b) *Entre sujetos de derecho mercantil.* El contrato de agencia es un contrato estipulado entre empresarios, pues lo son tanto el principal como el agente cuya profesionalidad se caracteriza precisamente por hacer de la agencia su actividad económica habitual, poniendo su propia empresa a disposición de la colaboración de su representado (art. 75, fracc. x, CCo); el contrato de agencia no pone en relación a un comerciante con un subordinado suyo,

sino a dos empresarios independientes.

- c) *Objeto*. Es un contrato cuyo objeto directo consiste en promover y concluir contratos en nombre y por cuenta del empresario representado, de modo que la actividad parcial del agente, a favor del empresario, se separa de la actividad imparcial de los mediadores que se limitan a buscar clientes, aproximándolos para que contraten directamente con el empresario. El agente dotado de poder de representación contrata con terceros en nombre del empresario representado; el agente promotor de operaciones está obligado no solo a promover actos comerciales, sino a influir en la voluntad del tercero y celebrar con este tales actos. En cuanto al objeto indirecto del contrato, puede estar constituido por mercancías o cualquier otro bien, pues como dice la exposición de motivos de la ley española,⁷ el acto u operación de comercio que el agente promueve puede estar dirigido a la circulación de mercancías o, de manera más genérica, a la circulación de bienes muebles y aun de servicios.
- d) *Retribución*. La retribución del agente es una nota característica de los contratos por cuenta ajena. En este caso, generalmente depende de los resultados de su gestión en nombre y por cuenta del principal. La ausencia de pacto respecto de su retribución no implica que sea gratuito, sino que la contraprestación en tal caso se rige conforme a los usos del lugar en donde se ejecutó la agencia (art. 304, CCo, por analogía).
- e) *Independencia*. Una característica fundamental de la agencia mercantil es la independencia del agente. La diferencia sustancial entre el factor, representante de comercio, y el agente comercial radica precisamente en esa independencia o autonomía del agente que no tiene el representante. El agente debe ser independiente respecto de la persona por cuenta de la cual actúa; por ello se diferencia de los representantes y de los agentes viajantes de comercio dependientes y de las personas que se encuentran vinculadas por una relación laboral con el empresario por cuya cuenta actúan. El agente de comercio debe organizar su actividad profesional y el tiempo dedicado a la misma conforme a sus propios criterios y recursos, con absoluta independencia del principal.

Como consecuencia de lo anterior, el agente cuenta con una organización, empresa y estructura propias, y sus actividades independientes no están

sujetas a horario; el agente es libre de emplear los recursos técnicos, retóricos, económicos y humanos propios; las erogaciones por sus servicios son por cuenta del agente y no del empresario; no existe percepción fija en favor de agente. Asimismo, salvo pacto en contrario, el agente debe asumir los gastos de la agencia, todo ello a cambio de una remuneración, de lo cual se deriva que no es agente de comercio el agente viajante que depende de un horario y no tiene las características antes señaladas, ni cualquier persona vinculada por una relación laboral con el empresario por cuya cuenta actúa.

- f) *Actuación personal.* El agente debe realizar por sí mismo o por medio de sus dependientes la promoción y conclusión de los actos de comercio que se le hayan encomendado, exigencia que se justifica porque, al igual que el comisionista o el mediador, el agente es una persona en la cual se confía, por su experiencia, crédito, solvencia y diligencia. La agencia es un contrato *intuitu personae*, en razón de lo cual se requiere que el desempeño del encargo se realice en forma personal⁸ por el agente, salvo pacto en contrario.
- g) *Actuación por cuenta ajena.* En virtud de la agencia, el agente no actúa por cuenta propia, sino ajena, ya por cuenta de uno o de varios empresarios, aun cuando puede actuar en forma exclusiva si así se conviene entre las partes, por lo que cuando concluye actos de comercio debe hacerlo en nombre del principal. La actuación por nombre y cuenta de varios empresarios puede hacerse, en cuyo caso es necesario el consentimiento del empresario respecto de la agencia en bienes o servicios de igual o análoga naturaleza y concurrentes o competitivos con aquellos respecto de los que se obliga a promover frente a terceros.
- h) *Exclusividad.* Como dice Barbero, una característica fundamental de la agencia es la exclusividad, la cual puede no presentarse si las partes así lo pactan, pero dicha exclusividad no constituye una característica esencial de la agencia aunque es común en ella. Ya que el agente tiene derecho a una remuneración por sus servicios, es necesario que cuente con autorización exclusiva para promover y concluir actos y operaciones, aun frente al propio empresario, para que en equidad perciba los beneficios de esa promoción y conclusión debidos a su actuación, porque la agencia supone una relación estable o duradera entre el agente y el empresario por virtud de la cual el agente promueve los bienes del empresario, prestigia su nombre y marcas y

concluye operaciones de comercio en nombre y cuenta del principal, lo cual implica para el agente organizar su propia empresa, asumir el pago y control de los elementos necesarios para la promoción y la conclusión de operaciones en una zona determinada o en relación con un grupo determinado de personas. Sin embargo, el agente puede desarrollar su actividad por cuenta de varios empresarios, pero requiere el consentimiento del empresario con quien haya celebrado el contrato de agencia para ejercer por su propia cuenta o por cuenta de otro empresario una actividad profesional igual o similar de la que es objeto el contrato de agencia, ya que podría existir conflicto de intereses o dejar de buscar en mejor beneficio para alguno de los empresarios que incluso sean competidores entre sí, pues como agente debe velar por los intereses del principal.

Mandato mercantil

El agente actúa en nombre y cuenta del principal como el mandatario mercantil que tiene el encargo de realizar un cúmulo de actos de comercio de manera estable o duradera, un conjunto de actos de todo un género de comercio, tantos como pueda realizar durante la vigencia del contrato y, por tanto, es un mandatario especial para actos de comercio con representación. La agencia es un mandato especial en cuanto a la naturaleza de actos encomendados (de comercio), pero general y siempre representativo; finalmente, la intermediación bursátil es un mandato también especial en cuanto a valores mobiliarios, pero general respecto de los actos y operaciones que la casa de bolsa (intermediario bursátil) puede llevar a cabo a nombre propio, pero por cuenta del inversionista; la diferencia entre agente de comercio e intermediario bursátil es que el primero es un mandato representativo, en tanto que el segundo es sin representación, salvo casos excepcionales. Por último, también existen los mandatos bursátiles, mandatos de seguros y mandatos de fianzas, contratos con representación por los cuales el apoderado bursátil, de seguros o de fianzas está facultado para desempeñar actividades de intermediación a nombre de sus mandantes.

Elementos personales en la agencia

El agente es un auxiliar del comercio por cuya intervención y actuación se celebran actos de comercio, así que él y el principal son los elementos personales

del contrato; dicho principal debe ser un empresario, productor, fabricante o distribuidor de bienes. La ausencia de regulación general para este contrato, extraño al ordenamiento positivo a pesar de su frecuencia e importancia, hace que sea relativamente difícil reseñar su contenido obligatorio. El análisis de la realidad contractual, las aportaciones doctrinales (escasas en la bibliografía mexicana), el derecho extranjero y la jurisprudencia permiten afirmar que las partes contraen y deben cumplir las obligaciones generales o comunes a todo comitente y comisionista,⁹ parcialmente modificadas, por la naturaleza de la agencia, ya que el agente, a diferencia del comisionista, no mantiene una relación esporádica o transitoria con el principal, sino de carácter duradero; el agente siempre actúa en nombre del principal y no en nombre propio como lo hace el comisionista; en fin, el objeto de la agencia puede ser tanto la conclusión de actos jurídicos como la promoción de los mismos para que sean celebrados directamente entre el principal y los terceros, respecto de los cuales el agente actúa como simple intermediario, mientras que la comisión solo tiene por objeto la celebración de actos concretos de comercio.

Obligaciones del agente

- a) *Desempeñar la agencia de manera personal o por medio de sus dependientes.* El carácter personal del desempeño de la agencia no se desvirtúa por el hecho de que el agente de comercio sea una persona moral, puesto que en tal caso la desempeña por medio de sus dependientes, quienes de acuerdo con la organización empresarial de la persona moral y su objeto social desempeñan la comisión en nombre y representación de esta. En México, tanto los agentes de seguros como los de fianza, cuando son personas morales, deben tener como objeto social precisamente la realización de operaciones de agencia de seguros o de fianzas.
- b) *Actuación de manera diligente, leal y de buena fe.* El agente de comercio debe velar por los intereses del empresario a quien representa. Por ello, si bien no es consustancial a la agencia la exclusividad, para que el agente pueda representar a otros empresarios respecto de los mismos o análogos bienes o concurrentes o competitivos con los de su representado, debe obtener el previo consentimiento de este (véase el art. 1746 del Código Civil italiano).

- c) *Promover y concluir los actos de comercio en nombre del empresario.* Por virtud de la agencia, el agente debe promover y concluir los actos y las operaciones de comercio necesariamente en nombre del representado conforme a las instrucciones razonables y que no afecten su independencia, sin esperar instrucciones concretas (pero sí las generales) del empresario, como ocurre en la comisión, sino que tiene que actuar para promover y concluir todos los contratos posibles en nombre y por cuenta del empresario, buscando cuantas ocasiones propicias se presenten mediante la adecuada vigilancia del mercado.¹⁰
- d) *Proporcionar al principal toda la información que se genere u obtenga* durante la gestión y conclusión de su actividad, así como en particular sobre las operaciones realizadas con los terceros y la solvencia de estos, así como aquella que sea necesaria para la buena gestión de los actos u operaciones objeto de la agencia.
- e) *Sujetarse a las instrucciones del empresario que sean razonables y no afecten su independencia.* El Código Civil italiano previene que el agente debe cumplir el encargo confiado de conformidad con las instrucciones recibidas y proveer al empresario la información respecto de las condiciones del mercado en la zona asignada, así como cualquier otra información útil para valorar la conveniencia de las singulares operaciones (art. 1746, Código Civil italiano).
- f) *Recibir en nombre del empresario cualquier reclamación de terceros por defectos o vicios de calidad o cantidad de bienes y servicios, así como defender los intereses del empresario.*
- g) *Llevar una contabilidad,* independiente de la de cada empresario, por las operaciones realizadas en nombre y cuenta de estos, en el evento de que no desempeñe la agencia por varios de ellos, y que es posible solo cuando los empresarios no son competidores entre sí, ya que de lo contrario podría actuar en beneficio de algunos de ellos y en perjuicio de los demás.
- h) *Asumir el riesgo y las consecuencias de los actos u operaciones por él ejecutados si existe acuerdo expreso y por escrito.* El agente no está obligado a garantizar el resultado de las operaciones que concluye en nombre y cuenta del empresario; sin embargo, es válido el pacto por el cual asuma el riesgo de la operación o acto, en cuyo caso la legislación

extranjera impone al empresario la obligación de pagar una comisión adicional por esa garantía (art. 19, ley española citada), conocida en la doctrina como *star del credere* y que también es válida en México.

- i) *No competencia*. Las partes pueden pactar en el contrato de agencia la restricción o limitación de la actividades del agente en el sentido de no competir con el empresario o de no promover ni concluir actos u operaciones por cuenta propia o de terceros respecto de los mismos o similares bienes objeto de la agencia, tanto durante la vigencia del contrato como después de su extinción. La ley española señala para este último caso que dicho pacto no puede ser superior a dos años contados a partir de la extinción de la agencia (art. 20.2) y que la limitación de no competencia solo puede referirse a la zona o grupo de personas respecto de las cuales se concedió al agente su exclusividad y únicamente sobre los bienes y servicios objeto de la agencia (art. 21); en igual sentido se pronuncia el art. 1751 del Código Civil italiano.
- j) *Exclusividad*. Para el Código Civil italiano, el contrato de agencia implica la exclusividad concebida a favor tanto del empresario como del agente. El art. 1743 establece que el empresario no puede valerse al mismo tiempo de más agentes en la misma zona para el mismo ramo de actividades, ni el agente puede asumir el encargo de tratar en la misma zona y por el mismo ramo los negocios de más empresarios en competencia entre sí. Dicha exclusividad tiene su razón de ser en virtud de que, como se dijo, el agente de comercio realiza actos por nombre y cuenta ajena, y como tal debe velar por los intereses de su representado y actuar con lealtad y buena fe, lo que malamente haría si al mismo tiempo realiza actos por cuenta de dos o más empresarios competidores entre sí.
- k) *Rendición de cuentas*. Como se mencionó en la comisión, el agente tiene obligación de rendir cuentas al principal de su gestión y de sus resultados, así como de los actos objeto de la agencia, con toda la extensión, periodicidad y detalle pactado o suficiente y razonable para que el principal tenga pleno conocimiento de la misma.

Obligaciones del empresario

- a) Poner a disposición oportuna del agente los bienes objeto de la agencia, y en su caso los muestrarios, catálogos, tarifas de los mismos y demás documentos necesarios para la actuación del agente (*cfr.* art. 1748, Código Civil italiano). Esto es, el empresario también debe actuar con lealtad y buena fe ante el agente, por lo que ha de proporcionarle dicha información, así como la relativa a la ejecución de las operaciones concluidas por el agente.
- b) Pagar la remuneración pactada a favor del agente. El art. 16 de la ley española citada previene que dicho pago debe hacerse a más tardar el último día del mes siguiente al trimestre natural en que se hubiere devengado la comisión, salvo plazo inferior pactado.
- c) Comunicar la captación o rechazo de la operación.

Remuneración

El contrato de agencia es un contrato de carácter oneroso. El agente tiene derecho a recibir una remuneración por su actuación en la conclusión de actos u operaciones en nombre del empresario. Si bien el CCo nada dice respecto de la misma, surte la aplicación por analogía de lo dispuesto por el art. 304 del CCo en relación con el contrato de comisión, en el cual prevé que salvo pacto en contrario, el comisionista tiene derecho a recibir como contraprestación una cantidad igual a la que se acostumbra en el lugar en donde se ejecuta la comisión.

Para el Código Civil italiano, el agente tiene derecho a la remuneración desde el momento y en la medida en la cual el empresario ha ejecutado o habría debido ejecutar la prestación con base en el contrato concluido con el tercero, por lo que inderogablemente corresponde al agente la provisión a más tardar en el momento y en la medida en que el tercero ha ejecutado o habría debido ejecutar la prestación, en el caso de que el empresario hubiese ejecutado la prestación a su cargo. En caso de que el tercero y el empresario ejecuten en parte el contrato, el agente tiene derecho a su comisión en esa medida, conforme a los usos o el juez según la equidad. Por otra parte, según la ley española¹¹ (art. 12) y el art. 1748 del Código Civil italiano, el agente tiene derecho a percibir una contraprestación en los supuestos siguientes:

- a) Por actos u operaciones concluidos durante la vigencia del contrato en los supuestos siguientes: cuando dichos actos sean consecuencia de su actuación; cuando los actos se hayan concluido con una persona respecto de la cual el agente hubiera promovido, y en su caso concluido, con anterioridad, un acto u operación análoga; y cuando el agente tuviera la exclusiva para una zona geográfica o un grupo determinado de personas, siempre que el acto se concluya durante la vigencia del contrato con persona perteneciente a esa zona o grupo, aunque no hayan sido promovidos ni concluidos por el agente.
- b) Por actos concluidos después de la terminación del contrato de agencia, en cualquiera de los casos siguientes: que el acto u operación se deban principalmente a la actividad desarrollada por el agente durante la vigencia del contrato, siempre que se hubiere concluido dentro de los tres meses siguientes a la fecha de extinción de la agencia; y que el empresario o el agente hayan recibido el encargo o pedido antes de la extinción de la agencia, siempre que el agente tuviera derecho a percibir la comisión de haberse concluido el contrato durante la vigencia de la agencia.
- c) El agente no tiene derecho a recibir comisión por los actos concluidos durante la vigencia del contrato de agencia si esa comisión corresponde a un agente anterior, salvo que, en atención a las circunstancias, sea equitativo distribuir entre ambos la comisión. El agente pierde el derecho a percibir la comisión si el empresario prueba que el acto u operación concluidos por intermediación del agente no han sido ejecutados por causas no imputables al empresario.

En estas legislaciones, según los lineamientos de la Directiva de la CEE, se establecen de manera amplia diversos sistemas de remuneración, que pueden ser una cantidad fija, un porcentaje, o una combinación de estos. Dicha remuneración puede ser conforme a los sistemas siguientes:

- a) *Cantidad fija.* El agente tiene derecho a recibir la cantidad fija que las partes convengan por la ejecución de la agencia.
- b) *Comisión.* La ley española define en su art. 11.2 la remuneración como cualquier elemento de remuneración variable de acuerdo con el volumen o el valor de los actos u operaciones concluidos. Dicha comisión por lo general implica un porcentaje de la operación u operaciones celebradas, que

suele aumentarse conforme se incrementa el volumen de las operaciones.

- c) *Mixto*. Sistema de remuneración por el cual se paga al agente su actuación y consiste tanto en una cantidad fija como en una comisión o porcentaje de las operaciones. En la práctica se pacta una cantidad fija segura para el agente de comercio más una comisión o porcentaje como variable que se determina y paga en función de las operaciones realizadas después de un volumen acordado como mínimo.
- d) *Usos de comercio*. En defecto de pacto, cuando las partes no adoptan ninguno de los sistemas anteriores, la remuneración del agente se determina de acuerdo con los usos de comercio del lugar en donde el agente ejerza su actividad. Si estos no existieran, el agente tiene derecho a percibir la retribución que sea razonable teniendo en cuenta las circunstancias que hayan concurrido en la operación.

Asimismo, se concede al agente el derecho de exigir del empresario la exhibición de su contabilidad para verificar el importe de sus comisiones, al igual que en el art. 1749 del Código Civil italiano.

Extinción

El contrato de agencia, como contrato de duración, puede ser de plazo determinado o indefinido; en el primer caso, se extingue al vencimiento del plazo o por las demás causas de terminación del contrato; en el segundo, por la denuncia unilateral del comisionista o por la revocación del encargo por el empresario. En México, siendo la agencia un contrato atípico en la ley, se debe acudir a las reglas de interpretación de los contratos establecidas en el CCF, las que previenen que los contratos que no están especialmente reglamentados se regirán por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y, en lo que fueren omisas, por las disposiciones de contrato con el que tengan más analogía (art. 1858). En la especie, el contrato con el cual guarda mayor analogía la agencia es el contrato de comisión. En ambos existe el encargo por parte de otro para realizar actos jurídicos comerciales, por lo cual resulta aplicable a la agencia lo dispuesto por el art. 307 del CCo, que previene que quedando siempre obligado a las results de las gestiones ya realizadas, el comitente podrá en cualquier tiempo revocar la comisión conferida al

comisionista.

En cambio, la denuncia del contrato por parte del agente, que puede hacerse en cualquier tiempo, solo procede después de que haya dado el aviso correspondiente con al menos un mes de antelación, bajo pena de pagar los daños y perjuicios ocasionados al empresario. Al efecto, es aplicable por analogía lo dispuesto por el art. 2478 del CCF, ubicado en el capítulo VII, “Disposiciones especiales respecto de los arrendamientos por tiempo indeterminado”, incluido en el título sexto, “Del arrendamiento”, y que previene que todos los arrendamientos que no se hayan celebrado por tiempo expresamente determinado, concluirán a voluntad de cualquiera de las partes contratantes, previo aviso por escrito dado a la otra parte con 15 días de anticipación, si el predio es urbano, y con un año si es rústico.

Ello es así porque la agencia tiene por objeto bienes muebles y no inmuebles, y si bien el art. 2460 del CCF se refiere al arrendamiento de bienes inmuebles sin plazo, este precepto no es aplicable en razón de que el mismo exige no solo que en el contrato no se hubiere fijado plazo, sino también que no se hubiere expresado el uso a que la cosa se destina. Dicho precepto faculta al arrendatario a devolver el bien y, como consecuencia, a dar por terminado el contrato cuando quiera; pero si se parte del supuesto de que no se fijó plazo en el contrato de agencia y que en este contrato siempre se fija el destino de los bienes objeto de la agencia (por ejemplo, su venta a terceros), entonces no puede aplicarse dicho precepto, sino el diverso 2478 citado.

Se considera que por la naturaleza de los bienes objeto de la agencia (muebles), debe en su caso aplicarse el término de 15 días y no de un año, porque se trata de un contrato mercantil sujeto a las normas y espíritu del CCo, que establece términos más breves para los contratos mercantiles dada la celeridad del comercio. En todo caso, este término opera solo cuando las partes no han convenido expresamente en ampliar o reducir el mismo.

Conforme a los arts. 25 de la ley española y 542-25 del Proyecto de Código de Comercio, también se exige un preaviso con antelación de un mes para cada año de vigencia del contrato, con un máximo de seis meses, y el primer precepto señala que, salvo pacto en contrario, el final del plazo de preaviso coincidirá con el último día del mes, en tanto que en el proyecto se establece que si el contrato de agencia hubiera estado vigente por tiempo inferior a un año, el plazo de

preaviso será de un mes. La misma ley española establece como casos de excepción el preaviso para la terminación del contrato (art. 26), al igual que el art. 542-26 del proyecto citado, en los que cualquiera de las partes podrá darlo por terminado en cualquier momento, sin necesidad de preaviso, y se entenderá que el contrato finaliza a la recepción de la notificación escrita en la que conste la voluntad de darlo por extinguido y la causa de la extinción, en los casos siguientes: *a)* cuando la otra parte hubiere incumplido, en forma total o parcial, las obligaciones legal o contractualmente establecidas, y *b)* cuando la otra parte hubiera sido declarada en estado de quiebra, o cuando haya sido admitida a trámite la solicitud de suspensión de pagos.

En México se considera que el aviso de terminación del contrato de agencia por parte del empresario no puede hacerse sino pasados cinco días de celebrado el mismo (art. 2460, CCF), y la parte que lo dé por terminado deberá responder, salvo pacto en contrario, de los daños y perjuicios ocasionados a la otra parte.

La muerte e inhabilitación del agente son causas de extinción del contrato por tratarse de un negocio *intuitu personae* que no se transmite a los herederos; en cambio, la muerte del empresario no provoca la extinción del contrato si subsiste la empresa a la que el agente presta sus servicios. Por último, en cuanto a la denuncia del contrato por tiempo indeterminado, Garrigues sostiene que no opera siempre en la agencia porque se trata de un contrato de duración que exige de parte del agente una gran actividad preparatoria para la consecución de nuevos mercados y clientes, aunque en algunos supuestos sí puede admitirse dicha denuncia.¹² Con independencia de la razón que expone el autor, es posible dicha denuncia dejando a salvo los derechos al pago de daños y perjuicios del agente por la terminación del contrato, al igual que en el caso de terminación anticipada.

Indemnización al agente

La ley es silente respecto de la indemnización a favor del agente, pero no cabe duda de que gracias a su intervención se han posicionado marcas y productos del principal o del fabricante y que, por tanto, no es razonablemente justo que se concluya el contrato de forma abrupta mediante un aviso de 30, 15 u ocho días, sino que precisa un término mayor, sobre todo por la exclusividad, los recursos y la actividad del agente hacia uno o varios empresarios cuya pérdida del contrato

le pudieran generar grandes daños y perjuicios, ya que es un agente auxiliar del comercio independiente de las instrucciones, pero dependiente de los actos y contratos del principal cuyo cese implica a su vez terminar contratos laborales, de servicios, de arrendamiento, etc., todos los que ha realizado en virtud del contrato de agencia. Por lo anterior se debe regular dicho contrato y prever una indemnización al agente cuando, sin su culpa o su responsabilidad, se concluye el contrato por el principal sin haber concedido un tiempo suficiente, tal vez de seis meses; algo similar ocurre con el distribuidor, en donde abundaremos al respecto.

Únicamente el art. 1949 del CCF establece la regla general de que la persona que exija el cumplimiento forzoso del contrato o la rescisión del mismo al incumpliente tendrá derecho a exigir el pago de los daños y perjuicios, que están regulados genéricamente por el CCF y están sujetos a demostrar la existencia de la obligación, la existencia de los daños, el acto que los causa y la relación directa entre dichos daños y su causa.

Ripert y Roblot señalan que una de las mayores innovaciones del decreto francés de 1958 ha sido atribuir al agente comercial una indemnización compensatoria del perjuicio que sufre por la resolución del contrato hecha por el empresario, la cual es mantenida en la ley de junio de 1991, pero aplicada tanto para el caso de resolución del contrato por tiempo indefinido como para los supuestos de no renovación de la agencia con plazo de duración, muerte, enfermedad o edad del agente.¹³

En España (arts. 28 de la ley y 542-28 del Proyecto de CCo) y en Italia (art. 1751, Código Civil), de acuerdo con la Directiva de la CEE, se previene el derecho de indemnización al agente una vez terminado el contrato, tomando en cuenta tanto la aportación de clientela al empresario como el incremento sensible de las operaciones con la clientela preexistente, si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y resulta equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran.

Asimismo, el agente tiene derecho a una indemnización por clientela existente en el caso de que el contrato se extinga por muerte o declaración de fallecimiento del agente, así como en el caso de terminación anticipada del

contrato dada por el empresario, en contratos de agencia de duración indefinida, en cuyo caso deben cubrirse los daños y perjuicios causados, si la extinción del contrato no permite al agente amortizar los gastos que hubiere realizado. Esto es, en dichas legislaciones se prevé la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, así como la indemnización por clientela. Ese derecho a indemnización no existe cuando el agente denuncia el contrato por causas no imputables al empresario, cede a un tercero sus derechos y obligaciones con el consentimiento del empresario, o cuando la terminación del contrato es por causas imputables al agente.

Clases de agentes

En este apartado solo se hace referencia a los agentes auxiliares independientes del comercio, a quienes actúan en virtud de un contrato mercantil de agencia, con exclusión de los dependientes.

Agentes de seguros y de fianzas. El *Reglamento de Agentes de Seguros y de Fianzas*, anterior a la LISF, reconoce la actividad de intermediación en la contratación de fianzas y seguros realizada por agentes o apoderados, y conforme a su art. 2º, las actividades de intermediación que pueden realizar los agentes y apoderados consisten en el intercambio de propuestas y aceptación de las mismas, comercialización y asesoramiento para la celebración de contratos de seguros o de fianzas, su conservación o modificación, renovación o cancelación.

El agente es una persona física o moral autorizada por la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas (CNSF) para realizar actividades de intermediación en la contratación de seguros o de fianzas, y pueden ser trabajadores o *agentes auxiliares del comercio*, ya sea personas físicas independientes sin relación de trabajo con las instituciones, que operen con base en contratos mercantiles, o personas morales que se constituyan como sociedades anónimas para realizar dichas actividades. A su vez, los agentes pueden ser agentes mandatarios, designados por las instituciones para que en su nombre y por su cuenta actúen con facultades expresas, y que podrán estar facultados expresamente para expedir pólizas, modificarlas mediante endosos, recibir avisos y reclamaciones, cobrar primas y expedir recibos, y en el caso de las aseguradoras, realizar la comprobación de siniestros, y tratándose de afianzadoras, del incumplimiento de

obligaciones. El apoderado es la persona que, habiendo celebrado contrato de mandato con agentes personas morales, se encuentre expresamente facultada para desempeñar en su nombre actividades de intermediación.

En su trato con el público, así como en su papelería, correspondencia, propaganda y publicidad, los agentes mandatarios deberán hacer mención de tal carácter después de su nombre, denominación o razón social, y obligarán con su firma a las instituciones mandantes para efectos de la aceptación y expedición de pólizas.

Para actuar como agente o apoderado se requiere autorización previa de la Comisión, ante quien se debe acreditar capacidad técnica para ejercer las actividades de intermediación en seguros y fianzas; si se trata de personas morales, deberá acreditarse estar constituidas como sociedades anónimas cuyo objeto social consista en la intermediación de seguros o fianzas, la realización de todos los actos necesarios para la intermediación, así como los que la SHCP le autorice como análogos, conexos o compatibles. Las actividades de intermediación de las sociedades anónimas solo las podrán realizar por medio de apoderados; su denominación deberá ir seguida de la expresión “Agente de seguros”, “Agente de fianzas” o “Agente de seguros y de fianzas”, según corresponda; deberán tener íntegramente pagado el capital mínimo que fije la Comisión mediante disposiciones de carácter general, la cual podrá tomar en cuenta su volumen de operaciones u otros criterios que determine conveniente adoptar.

Las comisiones que provengan de la renovación o modificación de una póliza respecto de un mismo riesgo o responsabilidad asumida corresponderán a los agentes que hayan colocado la póliza inmediata anterior, salvo que abandonen el negocio, que su contrato de intermediación se haya rescindido sin responsabilidad para las instituciones, si hubieren fallecido o el contratante exprese por escrito a las instituciones que ya no desea la intermediación de esos agentes o revoque su designación nombrando uno distinto. En caso de fallecimiento del agente persona física, el derecho al cobro de las comisiones pasará a sus legítimos causahabientes, durante el tiempo en que estén en vigor las pólizas de seguros o de fianzas respectivas. Los agentes que operen con base en contratos mercantiles, y sus causahabientes, pueden ceder a otros agentes los derechos que les correspondan derivados de su cartera de pólizas. Esto deberá hacerse del conocimiento de las instituciones respectivas (art. 26, Reglamento).

Agentes aduanales. La *Ley Aduanera*, en el título séptimo, regula expresamente a los agentes aduanales, a quienes define en el art. 159 como la persona física autorizada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, mediante una patente, para promover por cuenta ajena el despacho¹⁴ de las mercancías en los diversos regímenes aduaneros previstos por la ley.

Agentes navieros. Son los agentes especializados en materia naviera y servicios anexos con la navegación y el comercio marítimo, autorizados para otorgar pólizas de fletamento y firma de conocimientos de embarque. El art. 22 de la LNCM califica de agentes navieros tanto a los propiamente agentes como a los comisionistas, los que no tienen la representación, y señala que dicho agente es la persona física o moral que actúa en nombre del naviero (la persona que opera y explota una embarcación de su propiedad o bajo su posesión) u operador (quien sin tener la calidad de naviero o armador, celebra en nombre propio los contratos de transporte por agua para la utilización del espacio de las embarcaciones que él, a su vez, haya contratado) como mandatario o comisionista mercantil y está facultado para representar a su mandante o comitente en los contratos de transporte de mercancías y de fletamento, nombrar agente consignatario de buques y realizar los demás actos de comercio que su mandante o comitente le encomiende. Existen además:

- a) El agente naviero (“agente naviero general”).
- b) El agente naviero consignatario de buques, persona física o moral que actúa en nombre del naviero u operador con carácter de mandatario o comisionista mercantil para actuar en su nombre o representación como:
 - *Agente naviero general*, quien tendrá la facultad de representar a su mandante o comitente en los contratos de transporte de mercancías, de arrendamiento y de fletamento; nombrar agente naviero consignatario de buques y realizar los demás actos de comercio que su mandante o comitente le encomienden, así como todo lo que corresponda al contrato de agencia marítima.
 - *Agente naviero consignatario de buques*, quien tendrá la facultad de realizar los actos y gestiones administrativas en relación con la embarcación en el puerto de consignación.
 - *Agente naviero protector*, quien será contratado por el naviero o por el

fletador, según sea el caso, para proteger sus intereses y supervisar el trabajo que efectúe el agente naviero consignatario.

Todo agente naviero estará legitimado para recibir notificaciones, aun de emplazamiento, en representación del naviero u operador, para cuyo caso el juez otorgará un término de 60 días hábiles para contestar la demanda.

Agentes de viajes. Son las personas facultadas para reservar espacios en los medios de transporte y en hospedajes, así como para expedir en nombre de los transportistas u hoteleros y a favor de los turistas los boletos, cupones o reservaciones correspondientes. Hoy tiene mucho éxito el agente, pues facilita la realización de operaciones de comercio sin necesidad de instalar nuevos establecimientos, contratar personal o asumir costos en otras plazas que sean del desconocimiento del principal, pues puede hacerlo con la ayuda de un agente que conozca el mercado de que se trate; por lo anterior, esta figura debe ser regulada a fin de que dicho agente sea debida y justamente remunerado y el principal no abuse de este concluyendo el contrato y contratando en su lugar a un agente nuevo y menos experimentado que se aproveche de las relaciones y del prestigio de la marca por la actividad del agente.

Convención sobre Representación en la Compraventa Internacional de Mercaderías

Conforme a la Convención sobre Representación en la Compraventa Internacional de Mercancías, adoptada el 17 de febrero de 1983 en Ginebra, Suiza, ratificada por México¹⁵ y publicada en el DOF el 22 de febrero de 1988, el agente de comercio es una persona que tiene poder (expreso o tácito, verbal o escrito), o pretende tener poder, para concluir por cuenta de su representado, ya sea a nombre propio o de este, un contrato de compraventa de mercaderías con una tercera parte, siempre que el representado y la tercera parte tengan sus establecimientos en distintos Estados y cuando: *a)* el agente tenga su establecimiento en un Estado contratante; o *b)* las reglas de derecho internacional privado indiquen la aplicación del derecho de un Estado contratante. Cuando, al momento de la contratación, la tercera parte no sabía o no debía saber que el agente estaba actuando como representante, la convención solo se aplica si el agente y la tercera parte tenían sus establecimientos en Estados diferentes (arts. 1 y 2). Si la parte tiene más de un establecimiento, su

establecimiento será el que guarde la relación más estrecha con el contrato de compraventa, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes al momento de contratar; si una de las partes no tiene establecimiento, se hará referencia a su residencia habitual.

Para la convención, un agente es una persona independiente, auxiliar del comercio, y por eso excluye: a) al órgano de administración, gerentes, consejeros, comisarios, empleados o socios de una sociedad, asociación u otra entidad, dotada o no de personalidad jurídica; y b) al administrador de fondos fiduciarios, al fideicomitente y al fideicomisario. Dicha convención contiene normas similares a la Convención de Viena respecto de la obligatoriedad de los usos y prácticas convenidos, incluyendo cualquier uso que conocían o que debían haber conocido, y que en comercio internacional es ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en relaciones de representación del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate.

La Convención sobre Representación es aplicable en compraventa internacional de mercaderías; por ello, el art. 255 de la LNCM señala que toda compraventa marítima estará regida por la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, por la *Convención sobre la Prescripción en Materia de Compraventa Internacional de Mercaderías*, por la *Convención sobre Representación en la Compraventa Internacional de Mercancías*, y de modo supletorio por el *Código de Comercio* y el *Código Civil Federal*. Sin embargo, la convención no se aplica a cualquier compraventa de mercaderías y excluye las representaciones siguientes: a) la representación de un intermediario que a título profesional efectúa operaciones en los mercados de valores o de productos; b) la representación de un subastador; c) la representación legal en materia familiar (padre, madre), de derecho de propiedad matrimonial y derecho sucesorio (albacea); d) la representación que deriva de autorización legal o judicial para actuar en nombre de una persona incapaz de hacerlo (tutor o curador); y e) la representación en virtud de la decisión de una autoridad judicial o administrativa, o que se ejerce bajo el control directo de tal autoridad (síndico).

Conforme al art. 12 de la Convención sobre Representación, cuando un agente actúa en nombre de su representado, dentro del alcance de su poder, y la tercera parte conocía o debía conocer que el agente estaba actuando como representante, los actos del agente vinculan directamente al representado y la tercera parte,

salvo que se infiera de las circunstancias del caso, por ejemplo, mediante una referencia a un contrato de comisión, que el agente se compromete a obligarse solo a sí mismo. En cambio (art. 13), cuando el agente actúa en nombre de un representado dentro del alcance de su poder, sus actos vinculan solamente al agente y la tercera parte si: *a)* la tercera parte no sabía ni debía saber que el agente estaba actuando como tal; o *b)* se desprende de las circunstancias del caso, por ejemplo mediante una referencia a un contrato de comisión, que el agente se compromete a obligarse solo a sí mismo; sin embargo, la convención previene diversos supuestos:

- a)* Cuando el agente, sea porque la tercera parte falla en el cumplimiento o por cualquier otra razón, deja de cumplir o no está en situación de cumplir sus obligaciones respecto del representado, este puede ejercer contra la tercera parte los derechos adquiridos por el agente en nombre del representado, sujeto a cualquier excepción que la tercera parte pueda entablar contra el agente.
- b)* Cuando el agente deja de cumplir o no está en situación de cumplir sus obligaciones respecto del tercero con quien contrata, este puede ejercer contra el representado los derechos que posea respecto del agente, salvo cualquier excepción que el agente pueda entablar contra la tercera parte y que el representado pueda entablar contra el agente. Cuando el agente deja de cumplir o no está en situación de cumplir sus obligaciones a la tercera parte debido a la falla en la ejecución del representado, el agente comunicará el nombre del representado a la tercera parte; asimismo, cuando la tercera parte deja de cumplir sus obligaciones bajo el contrato al agente, este comunicará el nombre de la tercera parte al representado.

El representado no puede ejercer contra la tercera parte los derechos adquiridos en su nombre por el agente si se desprende de las circunstancias del caso que la tercera parte no hubiera celebrado el contrato si hubiera conocido la identidad del representado.

En los casos en los que el agente actúa sin poder o con exceso, su acto no vincula entre sí el representado y la tercera parte; pero cuando la conducta del representado conduce a la tercera parte a creer, razonablemente y de buena fe, que el agente tiene poder para actuar en nombre del representado y que el agente está actuando dentro del alcance de su poder, el representado no puede invocar

contra la tercera parte la falta de poder del agente.

Un acto ejecutado por un agente que dicta un poder o que actúa fuera del alcance de su poder puede ser ratificado por el representado y produce al acto los mismos efectos que si inicialmente hubiera sido ejecutado con poder. (En el caso de que, al momento del acto del agente, la tercera parte no sabía o no debía conocer la falta de poder, esta no es responsable ante el representado si en cualquier momento anterior a la ratificación, ella ratifica su intención de no quedar obligada por una ratificación. Cuando el representado ratifica el acto, pero no lo hace dentro de un tiempo razonable, la tercera parte puede rehusar quedar vinculada por la ratificación si lo notifica prontamente al representado. Cuando, sin embargo, la tercera parte sabía o debía saber la falta de poder del agente, la tercera parte no podrá rehusar quedar vinculada por una ratificación antes de la expiración del tiempo establecido para ratificar o, si este no ha sido acordado, del tiempo razonable que la tercera parte especifique. La tercera parte puede rehusar aceptar una ratificación parcial; la ratificación produce efecto al momento de ser notificada a la tercera parte o cuando esta conoce la ratificación de cualquier otra forma. Una vez que la ratificación produce efectos, no puede ser revocada, ello no obstante que el acto mismo no haya podido ser efectivamente ejecutado al tiempo de la ratificación.

Un agente que actúa sin poder o que actúa fuera del alcance de su poder, a falta de ratificación, es responsable de pagar a la tercera parte una compensación tal que ponga a esta en la misma situación que tendría si el agente hubiera actuado con poder y dentro del límite de su poder, excepto que la tercera parte sabía o debía saber que el agente no tenía poder o estaba actuando fuera del alcance de su poder.

Autoevaluación

1. ¿En qué consiste el contrato de agencia?
2. ¿Cuáles son las diferencias entre el agente y el comisionista?
3. ¿Cuáles son las diferencias sustanciales de la agencia respecto de la

comisión?

4. ¿Puede el agente prestar servicios de agencia a un competidor de su cliente el empresario?
5. A falta de pacto, ¿qué retribución debe recibir el agente por su actuación?
6. ¿Cuáles son los sistemas de remuneración al agente conforme al derecho comparado?
7. A falta de pacto, ¿cuándo y cómo puede el empresario dar por terminado un contrato de agencia por tiempo indeterminado?
8. En caso de denuncia del contrato por el empresario, ¿qué derecho tiene el agente?
9. Señale cinco clases de agencias.
10. ¿Quiénes pueden ser agentes de seguros y de fianzas?

¹ Joaquín Garrigues, *Curso de derecho mercantil*, t. II, Porrúa, México, 1981, p. 119.

² Roberto L. Mantilla Molina, *Derecho mercantil*, Porrúa, México, 1996, p. 164.

³ El art. 35 de la misma *Ley Aduanera* define al despacho como el conjunto de actos y formalidades relativos a la entrada de mercancías en el territorio nacional y a su salida del mismo, que de acuerdo con los diferentes tráficos y regímenes aduaneros deben realizar en la aduana las autoridades aduaneras y los consignatarios, destinatarios, propietarios, poseedores o tenedores en las importaciones y los remitentes en las exportaciones, así como los agentes o apoderados aduaneros.

⁴ *Cfr.* su Reglamento, aprobado por decreto del 8 de julio de 1971.

⁵ *Ley sobre el contrato de agencia* del 27 de mayo de 1992, publicada el 29 de mayo de 1992 en el número 129 del *Boletín Oficial del Estado*, contenida en *Código de Comercio y Leyes complementarias*, Civitas, Madrid, 1994, p. 1191. Véase también el Real Decreto de 30 de diciembre de 1977, publicado en el *Boletín Oficial* del 13 de febrero de 1978, que aprobó el estatuto general de colegios de agentes comerciales.

⁶ *Cfr.* Domenico Barbero, *Sistema del derecho privado*, t. IV, “Contratos”, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 1967, p. 253.

⁷ Véase Olga María Fradejas Rueda y Rafael García Villaverde, *Derecho mercantil: código, empresa, sociedades, títulos, contratos, concursal y navegación*, 3a. ed., McGraw-Hill/Interamericana, Madrid,

1998, p. 1102.

- 8 En la ley española, el art. 5º permite la subagencia solo cuando existe autorización expresa del principal.
- 9 La sentencia del 26 de enero de 1943 del Tribunal Supremo de España llegó a afirmar que el de agencia es un tipo o variedad del contrato de comisión.
- 10 Joaquín Garrigues, *op. cit.*, p. 120.
- 11 Se dice lo anterior aun cuando la ley española se refiere a la contraprestación de manera genérica y distingue entre cantidad fija, comisión y el sistema mixto que involucra a las anteriores, porque el derecho a la comisión señalado en dicho ordenamiento se refiere a cualquier caso y no únicamente al supuesto en que se haya fijado una comisión, máxime que el art. 11.2 define la comisión como cualquier elemento de remuneración que sea variable según el volumen o el valor de los actos u operaciones promovidos y, en su caso, concluidos por el agente. En todo caso, en los supuestos señalados él tiene derecho a percibir una remuneración por las operaciones allí señaladas. No obstante que se trata de derecho extranjero, es importante tomar en cuenta que la Convención sobre los Contratos de Intermediación y a la Representación, adoptada el 14 de marzo de 1978 por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, determina la legislación aplicable a las relaciones de carácter internacional que se establecen cuando una persona, llamada *intermediario*, tiene poder para actuar, actúa o se propone actuar en nombre de otra persona, denominada *representado*; que conforme a dicha Convención, la actividad del intermediario consiste en recibir y comunicar propuestas o efectuar negociaciones en nombre de otras personas, quedando comprendidas como tales los agentes y los mediadores independientes, con exclusión desde luego de los organismos, gerentes o miembros de una sociedad, asociación o persona jurídica, el fiduciario, la representación legal, la judicial y la del capitán de un buque. Por último, conforme al art. 6º de la Convención, salvo pacto, la ley aplicable para el contrato será la de donde el intermediario tenga su establecimiento profesional o, en su defecto, su residencia habitual; sin embargo, será ley aplicable la del Estado en donde el intermediario deba ejercer su actividad principal, si el representado tiene su establecimiento profesional o, en su defecto, su residencia habitual en ese Estado.
- 12 *Cfr.* Joaquín Garrigues, *op. cit.*, p. 122.
- 13 *Cfr.* G. Ripert y R. Roblot, *Traité de droit commercial*, 16a. ed., t. 2, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E.J.A., París, 2000, p. 677.
- 14 El art. 35 de la *Ley Aduanera* define al despacho como el conjunto de actos y formalidades relativos a la entrada de mercancías en el territorio nacional y a su salida del mismo, que de acuerdo con los diferentes tráficos y regímenes aduaneros deben realizar en la aduana las autoridades aduaneras y los consignatarios, destinatarios, propietarios, poseedores o tenedores en las importaciones y los remitentes en las exportaciones, así como los agentes o apoderados aduaneros.
- 15 Con las siguientes reservas: “ARTÍCULO 27. México declara de acuerdo al Artículo 2, respecto a que cualquier disposición del Artículo 19, 15 o Capítulo IV que permite dar un poder, ratificar o terminar un poder, por un procedimiento que no sea por escrito, que no la aplicará en el caso de que el representante o agente tenga sus establecimientos en México”. Y “ARTÍCULO 29. México declara que... en el caso de organizaciones de su país, especialmente autorizadas para llevar a cabo en forma exclusiva actividades de comercio exterior, no se considerarán, para los propósitos del Artículo 13 párrafos 2 b) y 4, como intermediarios en sus relaciones con otras organizaciones que tengan sus establecimientos en México”.

Mediación o corretaje

Propósitos

Al concluir este capítulo, el lector comprenderá la importancia de esta actividad en el comercio, distinguirá el contrato de mediación del de comisión, consignación y agencia, y determinará su régimen jurídico, así como los derechos y las obligaciones de las partes.

Ubicación

La mediación o corretaje constituye una actividad realizada por personas físicas o morales, consistente en la promoción de bienes y servicios, así como en la búsqueda de oportunidades de negocios e intermediación entre las personas que desean enajenar un bien o prestar un servicio y otras que desean adquirirlos; esto es, poner en contacto a demandantes y oferentes de bienes o servicios mediante una remuneración para el caso de que las mismas celebren un acto jurídico. No obstante, para algunos la mediación no siempre es un contrato, sino que puede surgir de manera unilateral (cuando el corredor observa que está en venta un inmueble y procede a hacer gestiones para la venta), como Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, quienes afirman que la mediación no es contractual cuando no existe un encargo previo por las partes que lleve al mediador a desplegar su actividad.¹

Este contrato se ubica entre los de gestión de intereses ajenos y de colaboración, como la comisión y la agencia; el mediador desempeña su actividad de intermediación, cuya finalidad es lograr la conclusión de uno o varios contratos entre el dueño de los bienes o el demandante de servicios y el tercero que desea comprar los bienes o prestar sus servicios; es decir, el agente realiza todas las gestiones necesarias para acercar a quienes serán las partes de los contratos que

promueve, para que otros los celebren. Por tanto, son actos en los que el mediador no tiene ningún interés, salvo el de percibir una contraprestación.² Se alude a *correduría privada* para distinguirla de la *correduría pública*, que es la que suele aplicarse a la actividad de los corredores públicos, a pesar de que la propia ley mercantil no empleaba esta expresión, sino que únicamente señalaba que el corredor público “tiene fe pública cuando expresamente lo faculta este Código” (art. 51 derogado del CCo por la *Ley Federal de Correduría Pública*, LFCP).

La actividad de los mediadores o corredores privados es distinta de la del corredor público, el fedatario para actos de comercio, aunque este también puede mediar en negocios mercantiles. En el derecho español tal distinción apareció por primera vez en el *Código de Comercio* de 1829, que configuró al agente mediador como funcionario, y en su art. 63 precisaba que tal oficio es viril, público y “los que lo ejercen y no otros podrán intervenir legalmente”; por supuesto, este es el origen de la escasa regulación contenida en el CCo.

También la SCJN, por medio de su extinta Tercera Sala, ha dejado establecida de manera clara la distinción entre corredor público y corredor privado, y ha reconocido la evolución legal de las atribuciones del corredor al afirmar: “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...”³

El contrato de mediación o corretaje no está regulado en las leyes mexicanas; sin embargo, la fracc. XIII del art. 75 del CCo se refiere al mismo como un acto de comercio, con distinción del contrato de comisión señalado en la fracc. XII, y de la agencia, respecto de la cual tiene dos diferencias principales: a) la intermediación de los mediadores se realiza en actos esporádicos y determinados; b) el corredor privado agota su actuación cuando las partes entran en contacto jurídico, sin representar a una u otra en la operación por él propiciada. Asimismo, los tribunales federales lo han caracterizado como el contrato por medio del cual un sujeto llamado *corredor*, colocado en medio de dos partes con diferentes intereses cada una, sin representar a ninguna de ellas, pone en relación o contacto a una parte interesada en celebrar un contrato o en concertar un negocio con la otra, para satisfacer los intereses y las necesidades

manifestadas por ambas partes; es decir, se trata de un contrato por el cual el mediador pone en contacto y concilia los intereses de las dos partes para lograr un acuerdo de voluntades entre ambas, sin inclinarse a favor de ninguna de ellas ni intervenir en la formalización del acto.

Como se puede observar, la actividad del mediador difiere de la del comisionista en que no celebra actos concretos de comercio como lo hace este, sino que solo promueve su celebración, tal como lo ha reconocido la SCJN en la siguiente tesis aislada.

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 sólo confirió a una persona la facultad de gestionar un préstamo hipotecario, pero no la de celebrarlo a nombre de aquéllos sino que le atribuyó el carácter de ágil entre las partes interesadas, no se está en presencia de un contrato de comisión mercantil, sino de corretaje o mediación en negocios mercantiles (artículos 51 y 52, fracción I, parte final, del Código citado).

Tercera Sala, Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo: XCII, Página: 551, 16 de abril de 1947.

El CCo, en su art. 51 derogado por la LFCP, se refería a la actividad del corredor como mediador y señalaba que era la persona por cuya intervención se proponen o ajustan los actos, contratos y convenios mercantiles. El actual art. 6 del Reglamento de la ley citada señala que los corredores públicos pueden actuar como mediadores, esto es, transmitir e intercambiar propuestas entre dos o más partes respecto de cualquier bien o servicio, función que es precisamente también la del corredor privado o mediador, agente auxiliar del comercio. El contrato de mediación se diferencia del de comisión fundamentalmente porque, como lo establece el art. 273 del CCo, la comisión mercantil es el mandato aplicado a actos concretos de comercio, y puesto que el citado precepto no define lo que es el mandato, surte la aplicación para este único caso del art. 2546 del CCF, con lo que se determina que la comisión es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante actos concretos jurídicos que este le encarga; en cambio, por el contrato de mediación el mediador no recibe el encargo de celebrar actos jurídicos, sino solo de promover

bienes o servicios, así como la realización de gestiones para propiciar la celebración de actos jurídicos directamente entre su cliente y terceros.

Concepto

Para Manuel Broseta Pont, se trata del contrato por el cual una parte se obliga frente a otra u otras, sin relación de dependencia ni de representación, a desplegar una actividad dirigida a procurar la conclusión de un negocio,⁴ concepto que es inadecuado aun cuando no se incluya la remuneración del corredor, ya que por la mediación una parte, llamada *corredor* o *mediador*, se obliga, sin relación de dependencia ni de representación y a cambio de una remuneración, con otra, llamada *propietario* (el propietario, titular del bien o la persona con facultades de disposición del mismo), a desplegar una actividad dirigida a promover la compraventa, o renta de uno o más bienes o la prestación de servicios con terceros, a poner en contacto a dicho propietario o prestador de servicios con demandantes u oferentes de los mismos, llevarle las propuestas y contrapropuestas de terceros, sin estar obligado a manifestar de inicio el nombre del cliente prospecto, sino hasta el momento oportuno, así como aproximando y presentando al propietario y al cliente o clientes para que concluyan directamente el negocio, sin perjuicio de asesorarlos e indicarles el momento propicio para celebrar el contrato, agotando su actuación cuando las partes entran en contacto jurídico, sin representar a una u otra en la operación por él propiciada.

Por su parte, Joaquín Garrigues define la mediación como el contrato “por cuya virtud una de las partes, que puede ser una persona o varias interesadas en la celebración de un contrato, sea entre sí, sea con tercera persona, se obliga a abonar a la otra parte, llamada *mediador* o *corredor*, una remuneración por el hecho de indicarle la oportunidad de celebrar el contrato o por el hecho de conseguir por su propia actividad esa celebración”.⁵ A diferencia de Broseta, Garrigues no incluye en la definición la obligación del corredor de desplegar una actividad tendente a conseguir clientes para que se concluya el contrato entre los terceros y el cliente, pues considera que el corredor no se obliga a nada, que en el caso de que desarrolle alguna actividad lo hace bajo la condición de la efectiva conclusión del contrato, sin que signifique que se trata de un contrato sujeto a condición suspensiva; que la conclusión del contrato previsto no es un hecho que

condiciona la prestación, sino que es una contraprestación. Sin embargo, si bien es verdad que por regla general al corredor solo se le paga la contraprestación pactada cuando se pone en contacto al cliente con el tercero y se celebra efectivamente el contrato entre estos, por virtud de la mediación o corretaje, el mediador asume la obligación de promover los bienes o servicios objeto del contrato y de poner en contacto a las partes, de indicarles la oportunidad de celebrar el contrato.

La actuación de los mediadores es reconocida incluso en las *Ordenanzas de Bilbao*, que los conceptuaban como “hombres de buena opinión y fama, prudentes, secretos, hábiles e inteligentes en todo género de comercio de mercaderías, cambios, seguros y fletamentos... Tendrán obligación de poner en los negocios, y proponerlos con discreción y modestia, sin exagerar las partes y calidades de los unos negociantes, ni vituperar las de los otros...” (cap. quince 2, 3).

El art. 1754 del Código Civil italiano define al mediador como la persona que pone en relación a dos o más personas para la conclusión de un negocio, sin estar ligado a alguna de ellas por relación de colaboración, de dependencia o de representación; de ahí que el mediador o corredor deba asumir esa promoción o gestión. A su vez, el Proyecto de Código de Comercio (seguramente a la fecha en que usted lea este párrafo ya será código vigente) señala en su art. 5441-1 que por el contrato de mediación o corretaje una de las partes, denominada *mediador*, se obliga, a cambio de una remuneración, a promover o facilitar la celebración de un determinado contrato entre la otra parte y un tercero, que habrá que buscar al efecto. Asimismo, en el Código Civil referido se considera mediador al operador de mercado que pone en relación a dos o más personas para la conclusión de un negocio jurídico, sin estar ligado a ninguna de ellas por una relación de dependencia, colaboración, agencia o representación.

Mercantilidad

En cuanto a la mercantilidad del contrato de corretaje, en ocasiones conocido en la práctica como *contrato de mediación*, parece necesario referirla a dos circunstancias a la luz del art. 75, fracc. XIII, del CCo: a) cuando se celebre con motivo de negocios mercantiles, según reza el precepto legal antes transcrito; por tanto, es mercantil cualquier mediación, aun aislada u ocasional y prestada por

un no comerciante, si la operación concertada por medio de ella tiene carácter comercial; y *b*) cuando la correduría constituye la actividad profesional de un individuo o el objeto social de una sociedad mercantil, aunque se despliegue en negocios civiles, pues de ese modo se configura una empresa que, sin duda, realiza actos “de naturaleza análoga” a las comisiones y agencias (art. 75, fraccs. x y xxiv, CCo), y que por ser comerciantes, por hacer de la mediación su ocupación habitual, califica de mercantil a la mediación.

Características

El contrato de mediación o corretaje es un contrato accesorio, bilateral y consensual; por lo común se verifica tácitamente y resulta de la conducta recíproca de las partes. Como afirma César Vivante, su finalidad consiste en promover la ejecución de un negocio comercial que respecto del contrato de mediación tiene el carácter de principal; el que da el encargo al mediador, sea que tome la iniciativa o espere la iniciativa del mediador, debe pagar la retribución si la operación se concreta.⁶

Del concepto del contrato de corretaje se desprenden las notas características siguientes:⁷ *a*) el mediador solo se compromete a desplegar la actividad necesaria para promover la conclusión del contrato, como puede ser promover la venta de inmuebles o la celebración de contratos de crédito, pero no se obliga a obtener el resultado deseado, que escapa a sus posibilidades; *b*) el mediador actúa con absoluta independencia e imparcialidad, sin subordinación alguna de quien le formula el encargo; *c*) el mediador se limita a buscar clientes y aproximar a las partes, a intercambiar las propuestas y contrapropuestas de ambas, pero no contrata en nombre ni por cuenta de ninguna de las partes; incluso suele ocultar los nombres del propietario y de los clientes en sus gestiones preliminares, en virtud de un deber de secreto que caracteriza su función y un derecho para obtener su comisión; *d*) la actividad del mediador debe retribuirse cuando se obtiene el resultado previsto y deseado y conforme a lo previsto en el contrato o de acuerdo con el uso mercantil de la plaza donde se llevó a cabo la mediación; *e*) exclusividad: es una nota frecuente en el corretaje, aunque en la práctica pueden ser abiertos, es decir, sin exclusividad alguna, con exclusividad limitada o exclusivos; *f*) es un contrato bilateral, aunque una parte de la doctrina considera que el corretaje es unilateral, como lo señalan M. Stolfi⁸

y K. Larenz,⁹ quienes se basan en la consideración de que mediante el contrato de corretaje solo se derivan obligaciones para el oferente y no para el mediador. Otra sostiene la existencia de prestaciones recíprocas para las partes del contrato; así, Luigi Carraro¹⁰ define la mediación negocial como un contrato en virtud del cual un sujeto presta a uno u otro un servicio (de lograr concluir un negocio) mediante una retribución en caso de resultados, por lo que reconoce prestaciones equivalentes entre el mediador y por el mediado (una parte presta un servicio y la otra paga una comisión).

Elementos personales, contenido obligacional

Los elementos personales de la mediación son dos: el mediador o corredor privado y el empresario, cuyos derechos y obligaciones se exponen a continuación.

Obligaciones del mediador

Desplegar la actividad de promoción. La primera y más importante obligación que tiene el mediador es promover el acto jurídico por cuya intervención se requiere celebrar; esto es, desplegar la actividad con la diligencia necesaria, según la naturaleza del acto y de los bienes o servicios de que se trate, con el fin de que la gestión encomendada llegue a buen fin, a la celebración del acto jurídico entre las partes. La actividad del corredor es de medios y no de resultados, ya que no depende de él la celebración del acto jurídico, sino de terceros interesados en ella, y aunque por regla general solo se le paga la contraprestación cuando se logra la celebración del acto, el corredor queda obligado a realizar dicha actividad aun cuando no reciba contraprestación alguna, ya que ella dependerá precisamente de la eficacia de su gestión,¹¹ de ahí que en la práctica se pacte que los gastos derivados de la gestión sean a cargo del propio corredor o bien del cliente, como son los relativos a la publicación de anuncios de ofrecimiento de los bienes.

Secrecía. El mediador tiene la obligación y el derecho de reserva respecto del nombre de su cliente, así como las instrucciones que recibe de este y acerca de toda otra noticia que llegue a su conocimiento en el curso de la gestión para la

conclusión del negocio, pero dentro de la promoción de las operaciones debe recibir y entregar las propuestas y contrapropuestas que se le hagan. La secrecía en todo caso beneficia tanto al cliente como al propio mediador, con objeto de evitar que su cliente entre de inicio en negociaciones directas con el tercero a fin de evadir el pago por la promoción.

Información. El mediador está obligado a comunicar al cliente el desarrollo del asunto, recibir e informarlo respecto de las contraofertas de los terceros, así como de cualquier cuestión que surja en relación con la promoción encomendada, actividades que debe desarrollar con la diligencia debida.

Imparcialidad. El mediador, a diferencia del agente y del comisionista o del mandatario, que tienen la obligación de actuar en interés de su cliente, debe situarse en un punto equidistante entre los futuros contratantes; su gestión debe ser imparcial, sobre todo cuando ambas partes le han conferido el encargo para llegar a concluir el mismo contrato, de ahí que el Código Civil italiano, en su art. 1755, señale el derecho del mediador a recibir su contraprestación de cada una de las partes que concluyen el contrato. No obstante, cuando el corredor recibe el encargo solo de una de las partes, parece claro que debe actuar con imparcialidad en favor de su cliente. La imparcialidad es una obligación consustancial a su cargo, en cuyo ejercicio necesita la confianza de todos, incluso de sus clientes potenciales; sin embargo, Vivante dice que este derecho cesa cuando una de las partes se vale de un representante propio o cuando solo alguna de las partes en el contrato por celebrarse pagará la contraprestación al mediador; así como en el caso de que el mediador haya recibido de manera expresa el encargo de una de las partes de llevar la operación por su exclusiva cuenta, por lo que incluso pierde el derecho a la retribución si la gestiona también por cuenta del otro contratante.¹²

El Proyecto de Código de Comercio español señala en su art. 544-2 como únicas obligaciones del mediador realizar la actividad de intermediación necesaria para lograr la conclusión del negocio que le ha sido encomendada, a cuyos efectos debe desplegar la diligencia debida para hallar una contraparte adecuada, e informar a las partes de las circunstancias relativas al negocio que pueden influir en la conclusión del mismo.

Contraprestación

El corredor debe recibir una comisión, premio u honorario por la conclusión del contrato debida a su intervención, tanto porque es común que desde que las partes se ponen de acuerdo en la promoción de los inmuebles convienen en su pago, o bien que sin convenio se sometan a lo que se estipula en el lugar donde se promueve el bien, como porque se trata de un derecho constitucional y porque siendo mercantil el contrato de mediación, este es oneroso, por interpretación analógica del art. 304 del CCo a que se alude más adelante. La contraprestación a favor del corredor ha suscitado múltiples problemas en la práctica, tanto por el abuso de los corredores como por la resistencia o codicia de los clientes en pagar al corredor aquello a lo que tiene derecho en virtud de su intervención, sobre todo cuando el contrato no se formaliza por escrito, pues en muchas ocasiones el corredor aduce que fue él quien promovió el contrato sin que efectivamente lo hubiera hecho, y en otras más el cliente niega haberle autorizado la promoción para no pagar la contraprestación.

El que asume el encargo subordina su derecho a ser pagado a la conclusión del contrato principal. Vivante sostiene que para alcanzar el objetivo del contrato principal por lo general no basta con el contrato de mediación, sino que será necesario que el mediador se entienda con ambos contratantes, aunque advierte que si bien es posible que el tercero también convenga con el mediador para intermediar en el acto y, como consecuencia, que dicho tercero también contrate con el mismo mediador, este segundo contratante (el tercero) no es indispensable para la conclusión del contrato de mediación, el cual aparece cuando el mediador recibe el encargo.¹³ En todo caso, basta que exista la autorización, tácita o expresa, al mediador para promover la venta de bienes o la promoción de otros negocios jurídicos y que el corredor haya actuado en consecuencia de dicha autorización para que se actualice el derecho del mediador al cobro de la contraprestación pactada o usual en el caso de que se celebre el contrato entre el dueño del bien o servicio promovido y el tercero con quien se promovieron los mismos, sin que sea necesario que exista un documento en el cual se consignent todos los derechos y las obligaciones de las partes, pues como se dijo, la mediación puede ser tácita o verbal, e incluso a iniciativa del mediador o del cliente, pero como indica el mismo Vivante, “esto carece de importancia porque en ambos casos la disciplina del contrato es la misma”.¹⁴

En efecto, el contrato de mediación es un contrato de carácter consensual y se perfecciona por el simple acuerdo de voluntades, otorgado de manera expresa,

ya sea verbal o por escrito, o bien tácita, sin que requiera para su existencia el cumplimiento de alguna forma o formalidad, ya que el CCo no la exige, y dicha formalidad es una excepción a la regla general, consistente en que en los contratos mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que quiso obligarse sin que sea necesario documento escrito ni consentimiento expreso.

En las legislaciones que regulan al contrato se especifica que el derecho a la contraprestación nace para el corredor cuando se concluye el contrato celebrado por su intervención; esto es, el contrato de corretaje siempre es oneroso. El corredor tiene derecho a que el cliente le pague por su actuación siempre que se celebre el contrato entre su cliente y la persona con quien promovió el acto, ya que si promovió el acto pero no se concretó la operación, el cliente no está obligado a pagarle ninguna contraprestación aunque haya desplegado su actividad, a menos que las partes hubieran estipulado lo contrario.

El contrato de mediación o corretaje no está regulado en la ley, y aunque el CCo lo reconoce como acto de comercio y lo denomina *de mediación*, ni dicho ordenamiento ni ningún otro establecen arancel alguno en favor de los mediadores, por lo que la remuneración (también llamada *comisión*) que se paga al mediador es la pactada entre las partes y, en su defecto, la que se usa o acostumbra en la plaza comercial donde se promueve el bien o servicio.

Es de explorado derecho, y así lo reconoce el art. 1839 del CCF, de aplicación supletoria al CCo por disposición del art. 2º de este ordenamiento, que las partes pueden poner las cláusulas que crean convenientes en sus contratos, pero las que se refieran a requisitos esenciales del contrato o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria se tendrán por puestas aunque no se expresen. En este orden de ideas, al ser el contrato de mediación o corretaje un contrato atípico en México, las partes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; incluso puede establecerse que la intermediación sea gratuita (algo extraordinario, pero podría suceder como ocurre a veces con la transferencia de tecnología, en cuyo caso tendría que tratarse de una renuncia de ese derecho en forma expresa, clara y sin lugar a dudas, como lo prevén los arts. 6º y 7º del CCF), pero si las partes omitieron fijar la comisión en favor del corredor o mediador, este tiene derecho a cobrar la misma comisión que se usa o acostumbra pagar en la plaza donde desempeñó la mediación, por aplicación análoga del art. 304 del CCo que regula la actividad de comisión, contrato con el que guarda mayor analogía el de mediación o corretaje y que a la letra dice: “Salvo pacto en contrario, todo

comisionista tiene derecho a ser remunerado por su trabajo. En caso de no existir estipulación previa, el monto de la remuneración se regulará por el uso de la plaza donde se realice la comisión.”

Este precepto es aplicable al contrato de mediación, conforme a las reglas de interpretación de los contratos, contenidas en el art. 1858 del CCF, aplicable supletoriamente a los contratos mercantiles por disposición expresa del art. 2º del CCo: “Artículo 1858. Los contratos que no están especialmente reglamentados en este Código, se regirán por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes, y en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía, de los reglamentados en este ordenamiento.”

Diferencias entre agencia y mediación

Al aludir a la comisión hemos señalado sus diferencias, pero ahora nos concretamos a estas dos figuras por su confusión en la práctica. La correduría difiere de la agencia mercantil en las funciones que desempeña el mediador en cada caso, el agente como representante y el corredor como mero intermediario sin representación alguna; de ahí que en la práctica se confundan ambas figuras y que verdaderos contratos de corretaje se denominen en la práctica como supuestas agencias o incluso comisiones, tal como ocurre con las llamadas *agencias de colocación*. En la siguiente tesis aislada se hace una diferenciación precisa del contrato de mediación con el de agencia:

AGENCIAS DE VIAJES. MEDIACIÓN MERCANTIL. NO SON SUJETOS DEL IMPUESTO DE INGRESOS MERCANTILES. De acuerdo con la doctrina, la comisión mercantil es el mandato aplicado a actos de comercio, en virtud del cual una persona llamada comisionista se obliga a ejecutar a nombre y por cuenta de otra llamada comitente los actos de comercio que éste le encomienda, quedando obligado el comisionista a cuidar los intereses y a buscar siempre el mayor beneficio del comitente; en cambio, en la mediación mercantil aparece un sujeto llamado corredor, colocado en medio de dos partes con diferentes intereses cada una, sin representar a ninguna de ellas, y cuya función consiste en poner en relación a una parte interesada en celebrar ya sea un contrato, o bien en concertar un negocio, con otra, para satisfacer los intereses y necesidades manifestados por ambas partes, o sea una actividad es la de conciliar a dos partes para lograr un acuerdo de voluntades entre ellos y llegar a la celebración de un negocio determinado, sin inclinarse a favor de ninguna de esas partes. De conformidad

con lo anterior, y si se tiene en cuenta que la función fundamental de las agencias de viajes es la de reservar a los turistas habitaciones en diversos hoteles, en los que se les puedan proporcionar los servicios que necesiten, para lo cual establecen una relación entre determinada empresa que preste esos servicios y el turista, sin representar a ninguna de las partes, ni procurar sólo la satisfacción de los intereses de una de ellas, cabe concluir que la actividad de dichas agencias es de mediación mercantil y no de comisión mercantil, puesto que no se constituyen en mandatarios ni de la empresa ni de los turistas.¹⁵

Clases de corretaje

Mediación de bienes raíces o inmobiliaria. Arturo Díaz Bravo, al referirse a las manifestaciones prácticas del contrato, señala que “sin duda, la más notable manifestación actual de la correduría es la especializada en la compraventa de bienes raíces”.¹⁶ Es decir, es la actividad que realizan las inmobiliarias de comercializar, promover bienes inmuebles, acercar a las personas que deseen contratar (por ejemplo, el vendedor o arrendador con el futuro comprador o arrendatario), dar a conocer a cada una de las partes interesadas las condiciones de la otra, llegar a una conciliación de intereses, aconsejar la celebración del contrato, presentar a los contratantes e intermediar entre ellos sin celebrar el contrato ni intervenir en el mismo.

Una de las más frecuentes es la especializada en la compraventa de bienes raíces, que funciona con un mecanismo similar al antes expuesto: el interesado en comprar o vender un bien inmueble acude al corredor para que localice vendedor o comprador en el precio y en las condiciones propuestos por el interesado, los que en definitiva serán fijados, naturalmente, entre el vendedor y el comprador, siendo usual que la remuneración del corredor sea pagada por el solicitante de sus servicios, pero es posible que una parte de dicha contraprestación se convenga a cargo del otro contratante de la operación concertada por la intervención del mediador, o por ambos.

Mediación turística o de viajes. De acuerdo con una tesis que se cita enseguida, la intermediación de viajes es un acuerdo de voluntades entre la agencia de viajes (quien percibe una comisión) y el cliente o viajero, mediante el cual la primera se compromete a fungir como intermediaria en la celebración de un contrato de viaje entre el cliente, viajero o turista de viaje, con las empresas

organizadoras o mayoristas, respecto de un conjunto coordinado y combinado de los servicios necesarios de transporte aéreo, marítimo o terrestre; de hospedaje; de alimentos; de excursiones a lugares de interés; de guías de turistas; de compras, etc., donde el proveedor es la empresa organizadora y el beneficiario el turista, quien paga un precio a cambio; con lo cual, señala la tesis, el contrato es un acto de suma complejidad porque participan múltiples sujetos residentes en distintos lugares, quienes adquieren obligaciones propias cuyo cumplimiento debe darse en una unidad armónica, coherente y coordinada, en el tiempo y en el espacio, dada la interdependencia generalizada de unos servicios respecto de otros, de manera que la falta de alguno puede interrumpir la cadena y provocar que no se puedan llevar a cabo los demás.

Esto conduce al surgimiento de diferentes responsabilidades para cada persona vinculada al contrato, las cuales dependen principalmente del incumplimiento de las obligaciones que les corresponden, aunque también se dan en atención a otro tipo de culpas para algunas de las partes, como podría ser la organizadora del viaje, quien tendría que responder por los daños y perjuicios ocasionados al cliente, incluso por los prestadores específicos de servicios (por ejemplo, por culpa en la elección indebida de dichos prestadores). En esta distribución de responsabilidades se encuentran incluidas también las agencias de viajes, porque en la formación y perfeccionamiento de los contratos asumen importantes obligaciones, tanto ante las empresas organizadoras del viaje como ante los viajeros, en su función de intermediarios, cuyo incumplimiento genera el pago de daños y perjuicios a quien resulte afectado.

La complejidad de este servicio de intermediación, ante la necesidad de conocer y tratar una gran variedad de partes vinculadas a distintos aspectos de los viajes en los más diversos lugares del mundo, incluyendo las diferencias de idiomas, de moneda, de trámites migratorios, etc., ha llevado a la profesionalización y especialización de las agencias de viajes, cuyos conocimientos no son de fácil acceso y comprensión para cualquier parte dotada de una cultura y experiencia media, además del tiempo necesario para su desempeño. Por este motivo, se ha incorporado a la naturaleza del servicio que prestan la importante función de asesoramiento a la clientela, que obliga a las agencias, como ocurre con el ejercicio de las demás profesiones, a proporcionar información, orientación y consejos adecuados y suficientes al turista o viajero sobre todos los compromisos y beneficios que le pueden resultar de la aceptación de las condiciones que los organizadores u operadores mayoristas le suelen presentar

en contratos de adhesión, mediante explicaciones accesibles y oportunas, así como sobre los tiempos, calidad, cantidad, modalidades y exigencias para evitar inconvenientes al viajero y brindarle tranquilidad.

El incumplimiento de estas obligaciones, propias de las agencias de viajes, origina su responsabilidad exclusiva para el pago de daños y perjuicios resultantes al viajero, a menos que aduzca y pruebe que su incumplimiento se debió a la vez a alguna conducta atribuible a la empresa organizadora del viaje, caso en el cual tendrá que hacer frente a la responsabilidad, sin perjuicio de su acción en repetición contra la organizadora responsable ante ella.¹⁷

Mediación en servicios. El mediador (agente de colocación) funge como intermediario entre el prestador de servicios y el prestatario de los mismos. Las llamadas *agencias de colocaciones* son mediadoras cuya actividad se limita a poner en contacto a ambos solicitantes (el de empleo y el de empleado) a cambio de una suma alzada o bien proporcionada al sueldo que se pagará al empleado. Igualmente, será contrato de corretaje y no de comisión el contrato en el que se estipula que el futuro inquilino pagará, al mediador que localice un inmueble que se ajuste a los requerimientos del primero, una suma como pago por tal labor de localización.

Formalidades y características

La consensualidad constituye una de las características de este contrato, la cual se desprende no solo de su carácter mercantil, sino también del CCo (art. 78) y del CCF (arts. 1832 y 1839), que reconocen la libertad de contratar y admiten la existencia de contratos atípicos. Específicamente, el primer ordenamiento reconoce en su art. 75 la mediación o correduría privada como un acto de comercio, que se diferencia del contrato de comisión y que, conforme a la doctrina autorizada y la jurisprudencia, es el contrato por el cual el mediador realiza actividades de gestión, no de representación, sino que solo acerca a las partes para que ellas celebren de manera directa el contrato.

Basta que las partes hayan pactado la gestión para la venta o cualquier otro trato en relación con un bien o servicio, o que el cliente haya autorizado al mediador para promover actos jurídicos y este haya aceptado tácitamente el encargo, para que exista contrato de mediación, porque con ellos se determinan los elementos

esenciales del contrato de mediación, autorización de promoción y consentimiento que determinan su naturaleza, sin importar el nombre que las partes le hayan dado al acto ni que en el mismo no se incluyan otras cláusulas, ni incluso la aceptación expresa del derecho a la contraprestación.

En efecto, las partes tienen la libertad de celebrar los contratos que quieran con las únicas limitaciones de ley (arts. 6º, 7º y 8º, CCF), aun cuando los mismos no estén específicamente reglamentados en ella, en cuyo caso se trata de los contratos atípicos, como el de mediación, según el art. 1858 del mismo CCF, los que se rigen por las reglas generales de los contratos mercantiles, por las reglas generales de los contratos civiles, por las estipulaciones de las partes, y en lo que fueren omisas y no contravenga la naturaleza de los mismos o las disposiciones generales de los contratos, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados en primer lugar por el CCo y en segundo por el CCF.

El CCo, en su art. 75, distingue claramente el contrato de comisión del de mediación, pues al enunciar los actos que reputa como mercantiles en la fracc. XII señala las operaciones de comisión, mientras que en la fracc. XIII expresa que son actos mercantiles las operaciones de mediación, y si bien es verdad que no define el contrato de mediación ni señala los derechos y las obligaciones de las partes y solo regula el contrato de comisión en los arts. 273 a 308, ello no implica que dichos preceptos deban aplicarse en forma total e inmediata al contrato de mediación, entre ellos el de la forma escrita, porque previamente deben aplicarse las normas generales de los contratos (arts. 75 y 78, CCo, y 1832, 1858 y 1859, CCF), y solo en defecto de estas las del contrato con el que guarde mayor analogía, que es precisamente el de comisión, siempre que no sean contrarias a la naturaleza del acto ni a las normas generales de los contratos.

El contrato de mediación es un contrato nominado (su nombre lo recoge el CCo en la fracc. XIII del art. 75) pero atípico, por lo que las reglas de aplicación de las normas a estos negocios jurídicos están consignadas en el CCF de aplicación supletoria a la materia mercantil por disposición del art. 2º del CCo; el art. 1859 del primer ordenamiento señala claramente que las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos en lo que no se opongan a la naturaleza de estos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos. El art. 1858 del mismo ordenamiento civil señala que los contratos que no estén especialmente reglamentados en ese código se regirán en

primer lugar por las reglas generales de los contratos, por lo que en caso de conflicto se debe acudir en primer término a esas reglas generales, y solo en defecto de las mismas y del acuerdo de las partes se ha de acudir a las reglas del contrato con las que guardan mayor analogía.

En la especie, el art. 78 del CCo, ubicado en el capítulo II, “De los contratos mercantiles en general”, aplicable a todos los contratos mercantiles, señala que en las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y en los términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados, con las excepciones previstas en el art. 79.

De lo anterior se deduce que en materia mercantil rige la consensualidad en los contratos mercantiles, y si bien la forma escrita hace inaplicable la regla del consentimiento como válido por sí mismo para contraer obligaciones,¹⁸ se necesita que la ley ordene expresamente dicho requisito para que el mismo pueda ser exigido al caso. En la especie, el contrato de mediación, al no estar reglamentado por el CCo, se sujeta a la consensualidad establecida por el art. 79 del CCo, que señala que fuera de los casos previstos por ese artículo no se requiere forma alguna, de manera que “si la ley no exige forma escrita para la mediación mercantil, y no tratándose de un contrato solemne, las manifestaciones y aceptaciones que tácitamente se deducen de los actos ejecutados por las partes deben tener el mismo valor legal que si se hubieran pactado expresamente por escrito”.¹⁹

Ello significa que el otorgamiento por escrito del contrato de mediación es solo un requisito *ad probationem*,²⁰ es decir, una formalidad que no es necesaria para la existencia, sino únicamente para probarlo de modo eficaz, porque “el acto es válido como medio de prueba aunque los formalismos legales no hayan sido observados”, ya que tal requisito no es de solemnidad de manera sustancial, sino solo de perfección, y la existencia del contrato puede probarse por otros medios que la acrediten.²¹ La forma escrita constituye un medio para facilitar la prueba de su celebración y de sus elementos, pero el contrato ya existe; como se expresa en ejecutoria: “así las sociedades irregulares existen y tienen personalidad, según el sistema de la ley de sociedades (art. 2o.), aunque no cumplan con las formalidades requeridas por la propia ley.”²²

En efecto, el art. 79 del mismo código previene que los contratos para los cuales

la ley exige escritura pública o que requieran formas o solemnidades necesarias para su eficacia, así como aquellos celebrados en país extranjero donde la ley exija dichos requisitos, no producen obligación ni acción en juicio en tanto no llenen tales requisitos, pero ninguna de estas exigencias se da para el contrato de mediación, por lo que la circunstancia de que los corredores de ciertas especialidades, como los de bienes raíces, exijan la suscripción de un documento, no es óbice a la afirmación anterior, pues fácil es advertir que los efectos de tal documento son puramente probatorios, por cuanto nada impide que por otros medios pudiera probarse el nexo contractual entre el corredor y el cliente, como puede ser por medio de testigos; entre ellos la eventualmente futura contraparte del cliente, o documentos no contractuales, como los informes o las propuestas dirigidas del mediador al propietario o a la inversa.

Finalmente, las circunstancias antes expuestas en que se desenvuelve este contrato dificultan su caracterización, de manera que solo es posible señalar, además de su consensualidad, el hecho de que es un contrato nominado, atípico, unilateral en ocasiones y bilateral en otras, y aleatorio, por lo que se refiere al pago que de forma eventual se cubrirá al corredor.

Autoevaluación

1. ¿En qué consiste la mediación?
2. ¿Cuál es la diferencia entre la correduría privada y la correduría pública?
3. ¿Puede un corredor público dedicarse profesionalmente a desempeñar la mediación en negocios mercantiles?
4. ¿Por qué se califica de mercantil a la mediación o correduría privada?
5. ¿Cuáles son las características del contrato de mediación?
6. ¿El mediador realiza en la mediación actos jurídicos por cuenta del cliente?
7. ¿Puede el mediador asesorar a su cliente y a la persona ante quien

promueve la venta de un inmueble de su cliente?, ¿por qué?

8. ¿En qué casos el mediador tiene derecho a recibir una retribución?
9. A falta de pacto, ¿cuál es la retribución que debe pagarse al mediador por su intervención en la promoción de un bien que se vende a la persona con quien el mediador promovió dicho bien?
10. ¿Debe ratificarse por escrito el contrato de mediación?

- 1 Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón Ballesteros, *Sistema de derecho civil*, 9ª ed., vol. II, Tecnos, Madrid, 2001, p. 426.
- 2 Así, Joaquín Garrigues, *Curso de Derecho Mercantil*, t. II, Porrúa, México, 1981, p. 122.
- 3 Cfr. Amparo directo 3803/78, resuelto el 30 de julio de 1980.
- 4 Manuel Broseta Pont, *Manual de derecho mercantil*, Tecnos, Madrid, 1977, p. 410.
- 5 Joaquín Garrigues, *op. cit.*, p. 122.
- 6 César Vivante, *Tratado de derecho mercantil*, vol. I, trad. César Silió Belena, Reus, Madrid, 1982, p. 268.
- 7 Manuel Broseta Pont, *op. cit.*, p. 410.
- 8 M. Stolfi, “Mediazione”, en *Commentario del Codice civile (a cura di A. Scialoja e G. Branca)*, libro cuarto, “Delle obbligazioni” (arts 1754-1812), 2a. ed., Zanichelli Editore, Bolonia-Roma, 1970, pp. 13 y siguientes.
- 9 K. Larenz, *Derecho de obligaciones*, t. II, trad. J. Santos Briz, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 332.
- 10 Luigi Carraro, *La mediazione*, Cedam, Padua, 1952, pp. 44-45, 86 y ss. Cfr. Felice Maurizio D’Ettore y Domenico Marasciulo, “La mediazione. Tra modello normativo e prassi negli affari”, en Francesco Galgano (dir.), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, Cedam, Padua, 2011, pp. 67 y siguientes.
- 11 Véase Manuel Broseta Pont, *op. cit.*, p. 411.
- 12 César Vivante, *op. cit.*, p. 273.
- 13 *Ibidem*, pp. 268 y 269.

14 *Idem.*

15 *Cfr.* Amparo Directo 2957/57 citado, p. 30; también véanse los Informes al *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Cuarta Parte, Tercera Sala, Tomo CXXIII, p. 1978, y CXXX, p. 577; Sexta Época, Cuarta Parte, Tercera Sala, vols. II, p. 46 y LII, p. 77; y de la Séptima Época, Cuarta Parte, Tercera Sala, vol. I, p. 14.

16 Arturo Díaz Bravo, *Contratos mercantiles*, Oxford University Press, México, 2002, pp. 189-190.

17 *Cfr.* “AGENCIAS DE VIAJES, SU RESPONSABILIDAD EN LOS CONTRATOS DE INTERMEDIACIÓN EN QUE INTERVIENEN”, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXVI, Septiembre de 2007, Materia(s): Civil, Página 2478.

18 *Cfr.* Roberto Mantilla Molina, *Derecho mercantil*, Porrúa, México, 1981, p. 187.

19 *Cfr.* Amparo Directo 2957/57, citado; p. 30. También véanse los Informes al *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Cuarta Parte, Tercera Sala, Tomo CXXIII, Página 1978 y CXXX, Página 577; Sexta Época, Cuarta Parte, Tercera Sala, vols. II, Página 46 y LII, Página 77; y de la Séptima Época, Cuarta Parte, Tercera Sala, vol. I, Página 14.

20 Es decir, solo de perfección, y el contrato puede probarse por otros medios de los admitidos por la ley. En este sentido, *cfr.* Amparo Directo 1198/57, Informe al *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, Cuarta Parte, Tercera Sala, vol. X, Página 44.

21 *Cfr.* Amparo Directo 1198/57, Página 44.

22 También Ejecutoria, en Amparo Directo 228/59, en Informe al *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, Cuarta Parte, Tercera Sala, vol. III, Página 76.

Asociación en participación

Propósitos

Al concluir este capítulo, el lector comprenderá las características y el concepto de la asociación en participación, así como sus diferencias con las sociedades y asociaciones civiles y mercantiles.

Consideraciones generales

La asociación en participación (en adelante, A en P) surge como una respuesta a las necesidades del comercio, a la falta de capital suficiente para emprender una negociación y a la carencia de una institución *ad hoc*¹ que permitiera la inversión de capitales ociosos que el clero, la milicia y la magistratura no podían utilizar directamente en operaciones de comercio.² Su desarrollo y aceptación son tales que en la actualidad ha adquirido gran importancia en el seno de las altas combinaciones financieras e industriales, tanto para el ramo de la construcción³ como para obtener financiamientos sin necesidad de emitir bonos u obligaciones, de otorgar garantías o de erogar fuertes sumas de dinero.⁴

Antecedentes

Las primeras manifestaciones de la A en P se encuentran en la *commenda*, la cual se practicaba entre los pueblos de tschukchos del norte de Asia y los bereberes del África septentrional para los viajes y expediciones mercantiles en el tráfico de pieles de reno, en donde una de las partes participaba aportando capital (generalmente pieles), y la otra su trabajo en el viaje; así, ambos participaban de los beneficios obtenidos por el trueque efectuado.⁵

También en el pueblo babilónico, en los preceptos del *Código de Hammurabi*, aparece una figura semejante a la comandita simple;⁶ en sus arts. 101 a 107 establecía una relación jurídica entre dos personas, en la que una de ellas entregaba a otra dinero o géneros para obtener un beneficio, y se ha considerado que la misma correspondía más bien a la *commenda*,⁷ ya que no se desprende que hubiere lugar a un reparto de beneficios entre las partes.⁸ Asimismo, se ha sostenido que la A en P tiene su origen en el derecho romano, con la *admissio* o *asumptio*,⁹ que consistía en la admisión de un tercero en la sociedad con desconocimiento de los otros socios y que quedaba a los resultados relativos a su aportación, sin convertirse por ello en socio de la misma; o en las sociedades vectigales, en donde la asociación tenía forma más administrativa que jurídica¹⁰ y se destinaba a la percepción de impuestos (vectigal), a los derechos de puerto y a la explotación de bienes públicos. Sin embargo, estas sociedades, *societates vectigalium* o *publicanorum*, constituyen un antecedente de las sociedades mercantiles, pero no de la A en P, a pesar de carecer de personalidad jurídica, ser eficaces únicamente de manera interna y aunque los terceros solo tenían derechos y obligaciones con quien contrataban.¹¹

La *commenda* mercantil evoluciona del negocio para venta de mercancías o adquisición de otras, en la que el *tractator* actuaba en nombre propio y la responsabilidad se limitaba al capital por él aportado, para dar lugar a otras instituciones como la sociedad en comandita, el seguro de riesgos y la propia A en P,¹² por lo que algunos tratadistas admiten que la *commenda* dio origen a la sociedad en comandita¹³ y que es la génesis de la A en P, sobre todo cuando el que realizaba las operaciones actuaba en nombre propio, sin que se diese a conocer el participante.¹⁴ Así, Joaquín Garrigues¹⁵ expresa que la *commenda* presenta dos derivaciones: una en la que el capitalista se manifiesta al exterior como partícipe del negocio, dando origen a la sociedad en comandita, y otra en la que aquel permanece oculto para los terceros, sin responsabilidad, en la cual el negocio se manifiesta al exterior como propiedad individual del comerciante, compañía secreta, antecedente directo de la A en P.

En el mismo sentido, Manuel Broseta Pont¹⁶ considera la *commenda* como el origen de la A en P, al indicar que presupone la suma de aportaciones y beneficios para participar en los beneficios que se obtuvieran de una actividad o empresa, limitando el riesgo de pérdidas de cada miembro a su aportación;

precisa el tratadista que la relación que engendraba la *commenda* se mantenía oculta de la misma manera que el contrato, de ahí que se llamase *compagnia secreta*; esta es precursora de la A en P.¹⁷

Regulación en México. El primer *Código de Comercio para el Distrito y Territorios Federales*, promulgado del 16 de mayo de 1854, obra de Teodosio Lares, reguló a la A en P en el libro segundo, sección quinta, bajo la denominación *sociedad accidental* o *cuentas en participación*, designación acogida por la influencia que ejerció la legislación española tanto en los jurisconsultos mexicanos como en los comerciantes.¹⁸ El art. 265 del código reconoció a la A en P como “compañía mercantil en participación”, pero en la sección segunda, “De las compañías de comercio” (art. 234), solo reconoció tres compañías de comercio: la sociedad colectiva, la sociedad en comandita y la sociedad anónima. Conforme a este ordenamiento, la A en P no estaba sujeta a las formalidades requeridas para las “otras” sociedades (arts. 265 y 266) y tenía lugar para las operaciones mercantiles, con las proporciones de interés y condiciones estipuladas entre las partes; asimismo, señaló que la responsabilidad de la A en P pesaba exclusivamente sobre el comerciante que la dirigía en su nombre particular, a quien se reconocía personalidad para intentar cualquier acción contra terceros (art. 267).

El CCo de 1884, que fue el primer ordenamiento de carácter federal, por virtud de la reforma del 15 de diciembre de 1883 al art. 73, fracc. x, de la Constitución Política de 1857, y de corta duración, adoptó del anterior el carácter de sociedad de la A en P; la ubicó en el libro segundo, “De las operaciones de comercio”, título segundo, “De las compañías de comercio”, y la reguló de manera más amplia en el capítulo XI (arts. 620 a 628), con la nueva denominación de *asociación en participación*.

Conforme a su art. 620, las A en P eran “sociedades” internas entre los “socios” (art. 623), formadas por dos o más personas, de las que por lo menos una era comerciante, con el objeto de realizar uno o más negocios determinados. No estaban sujetas a requisitos ni formalidades legales y cada una de las partes podía proceder en la parte que le correspondiera en nombre propio y bajo su responsabilidad personal, conservando la propiedad de los bienes que hubiere aportado;¹⁹ el asociante debería efectuar las operaciones procurando llevarlas a buen término, liquidarlas y presentar las cuentas mediante comprobación (art. 627).

El CCo de 1890 reguló la A en P en el título “De las asociaciones” y distinguía dos tipos de ellas: la momentánea y la A en P propiamente dicha. Respecto de esta última, en su art. 270 establecía que la asociación en participación es aquella en la cual se interesan dos o más personas en operaciones que tratan en su propio nombre una o varias, siempre que estas constituyan una sola entidad jurídica. Según dicho ordenamiento, no existe ninguna relación ni acción directa entre los asociados y los terceros, ya que solo el asociante actúa en nombre propio, y por tanto los asociados no se exteriorizan ni contraen obligación alguna con dichos terceros. Por disposición del propio CCo de 1890, las A en P, ambas momentánea y propiamente dichas, tenían lugar entre los asociados para los objetos, en las formas, con las proporciones de interés y condiciones que las partes estimaren convenientes.

La LGSM de 1934, que derogó los artículos respectivos del CCo en materia de sociedades, regula la A en P como un contrato, sin reconocerla como sociedad ni con personalidad jurídica ni patrimonio propios.

Naturaleza jurídica de la asociación en participación

Consideraciones preliminares. Se ha discutido si la A en P es una sociedad o incluso si es un contrato *sui generis*, pues algunas legislaciones la califican de sociedad, como la argentina y la francesa; otras, como las de España, Honduras, Colombia y México, establecen que se trata de un contrato, y otras más la denominan simplemente *asociación*, como en Perú e Italia. Las dudas afloran frente a las legislaciones que la regulan inmediatamente después de las sociedades mercantiles y que le niegan tal carácter, y aún más cuando no obstante la calificación de contrato, determinan expresamente aplicables las reglas de las sociedades de nombre colectivo, de comandita o de las sociedades mercantiles en general.²⁰ Por ello se analiza la figura de la A en P en función de la terminología utilizada en distintas legislaciones, así como su concepto, estructura, notas características y elementos.

Terminología

La A en P es denominada de diversas maneras. Así, en nuestra ley se le llama

asociación en participación (art. 252, LGSM), al igual que en Venezuela (art. 339, CCo del 23 de julio de 1955); en España, *cuentas en participación* (art. 239, CCo del 22 de agosto de 1885), epíteto que adoptan legislaciones como las de Perú (art. 232, CCo del 2 de agosto de 1932), Cuba (art. 239, CCo) y Colombia (art. 507, CCo del 23 de noviembre de 1865); Ecuador (art. 400, *Ley de Compañías* del 15 de febrero de 1964) la denomina *asociación* o *cuentas en participación*. En Argentina (art. 361, *Ley de Sociedades* de 1972) y Uruguay (art. 444, CCo del 24 de enero de 1966) recibe el nombre de *sociedad accidental* o *en participación*; en Brasil (art. 325, CCo del 5 de julio de 1934), *sociedades em conta de participação*. Francia (art. 1871, Código Civil, Ley núm. 78-9 del 4 de enero de 1978) la llama *société en participation*; Italia, por su parte, la denomina *associazione in partecipazione* (art. 2549, Código Civil de 1942, modificado por última vez mediante la Ley del 9 de agosto de 2013), y en Guatemala (art. 452, CCo del 15 de septiembre de 1942) se utiliza la expresión *contrato de participación*.

Concepto de asociación en participación

La LGSM señala que la A en P es un “contrato por el cual una persona concede a otras que le aportan bienes o servicios, una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio” (art. 252). El régimen jurídico de la A en P se determina en el capítulo XIII, “De la asociación en participación”, y comprende los arts. 252 a 259 de la ley citada, después del capítulo “De las sociedades extranjeras” y antes del respectivo del registro de las sociedades mercantiles.

A su vez, en el derecho comparado, el Código Civil francés dispone en su art. 1871 que la A en P es una sociedad (*société en participation*) cuya existencia no se revela a terceros; que no constituye una persona moral y en la que cada socio contrata con terceros en su nombre personal; que no está sujeta a las formalidades prescritas para las “otras” sociedades y que no pueden emitir títulos cesibles o negociables en provecho de los “socios”. Se trata de una “sociedad de personas”, distinta de las comerciales, por cuanto que no goza de personalidad jurídica, los partícipes permanecen ocultos y carece de patrimonio propio.

El art. 2549 del Código Civil italiano determina que con el contrato de

associazione in partecipazione (art. 2549) el asociante atribuye al asociado una participación en las utilidades de su empresa o de uno o más negocios, a cambio de la aportación correspondiente, y que salvo pacto en contrario, el asociado participa en las pérdidas en la misma proporción en que participa en las utilidades, aunque las pérdidas que le correspondan no pueden superar el valor de su aportación (art. 2553).

Su denominación (*associazione in partecipazione*) hace mantener la idea de que se trata de un contrato asociativo y su colocación en el código, junto a las sociedades, la asimila a estas; sin embargo, “las diferencias subsisten e incluso parecen más claras que en el antiguo Código de Comercio”.²¹ Carece de patrimonio propio y de personalidad jurídica, y no hay ejercicio en común de una actividad económica, que es una característica esencial del contrato de sociedad (art. 2247, CCF).

Tanto en el Proyecto de Código de Comercio de 2014 (art. 239) como en el CCo español se le denomina *cuentas en participación*; el art. 239 prescribe: “Podrán los comerciantes interesarse los unos en las operaciones de los otros, contribuyendo para ellos con la parte del capital que convienen y haciéndose partícipes de sus resultados prósperos o adversos en la proporción que determine.” Este ordenamiento no exige formalidad alguna para su celebración (art. 240), no hay razón social y no puede usarse más crédito directo que el del asociante, quien obra bajo su nombre y responsabilidad personal y los terceros únicamente tienen acción contra este.

La *Ley de Sociedades Comerciales* de Argentina la caracteriza como una sociedad cuyo objeto es la realización de una o más operaciones determinadas y transitorias, y que opera mediante aportaciones comunes y en nombre personal del “socio” gestor. La “sociedad accidental” no es sujeto de derecho, persona jurídica, carece de denominación social, no está sujeta a requisitos de forma ni a registro. En la exposición de motivos se establece que la comisión decidió regularla como “sociedad anómala”, por carecer de personalidad jurídica y en razón de que entre sus integrantes “crea en las relaciones internas un vínculo social, que diferencia sustancialmente la A en P de los demás negocios parciarios”.²² Se trata de una sociedad oculta, transitoria y para una o más operaciones determinadas.

En Brasil, aunque el CCo (arts. 325 a 328) denominaba a la A en P como

sociedad accidental, momentánea o anónima, el actual Código Civil (art. 991) reitera que se trata de una *sociedad de cuentas en participación* y que la actividad constitutiva del objeto social es ejercida únicamente por el *socio ostensible*, en su nombre individual y bajo su propia y exclusiva responsabilidad, participando a los demás de los resultados correspondientes. En Chile, el CCo (arts. 507 a 511) la define como “un contrato por el cual dos o más comerciantes participan en una o muchas operaciones mercantiles, instantáneas o sucesivas, que debe ejecutar uno de ellos en su nombre y bajo su crédito personal, con la obligación de rendir cuenta y dividir con sus asociados en la forma convenida, las ganancias o pérdidas”. En Colombia (art. 507, CCo), la participación, o cuentas en participación, es un contrato por el cual dos o más personas que tienen la calidad de comerciantes toman interés en una o varias operaciones mercantiles determinadas, que deberá ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, con cargo de rendir cuenta y dividir con sus partícipes las ganancias o pérdidas en la proporción convenida.

Carácter contractual

Nuestra LGSM califica de contrato a la A en P; se trata de un acuerdo de voluntades que produce o transfiere obligaciones y derechos (art. 1793, CCF) entre las partes,²³ para cuya existencia, además del consentimiento, es indispensable el objeto que pueda ser materia del mismo. En la A en P una de las partes conviene en aportar bienes o servicios y la otra en darle una participación en las utilidades o pérdidas de una o varias operaciones de comercio o de una negociación mercantil. Se trata de un negocio contractual diverso del de sociedad, porque aunque la LGSM determina que le son aplicables las disposiciones previstas para las sociedades en nombre colectivo, su aplicación solo es parcial, en tanto no contravenga la naturaleza contractual de la A en P reconocida por el legislador, quien intentó dejar claros dicha naturaleza y régimen jurídicos, oscuros en nuestro CCo de 1890,²⁴ pues se trata de un contrato de colaboración, y para algunos es una asociación mercantil debido a su objeto, la explotación de una negociación mercantil,²⁵ pero dista mucho del concepto y funcionamiento que de asociación prescribe nuestro CCF en su art. 2670.

Contrato de colaboración

La A en P es un contrato de colaboración económica,²⁶ habida cuenta del interés común que existe entre las partes, ya que si bien se dan intereses encontrados, antagónicos, entre ellas, como ocurre en las sociedades en el momento de la celebración del contrato social, también aparecen prestaciones paralelas cuya finalidad consiste precisamente en la consecución de un fin que es el mismo para ambas, y esto no es obstáculo para considerarla bilateral.

En efecto, en las sociedades se presentan dos momentos diferentes: la celebración del contrato social y su organización (de ahí el nombre de *contrato de organización* señalado por Garrigues, o de *colaboración*, por Ascarelli); es decir, en las sociedades se dan dos fases: la constitutiva y la de funcionamiento;²⁷ en esta última los socios presentan interés común en lograr y cumplir el fin para el que la sociedad fue creada.²⁸ En cambio, en la A en P aparece únicamente la celebración, pero no el ejercicio en común de una actividad económica, ni la organización para tal ejercicio, y si el art. 252 de la ley citada establece que se trata de un contrato en el que una de las partes concede a otra una participación, parecería superflua la disposición del art. 253, que prescribe que la A en P carece de personalidad jurídica, de razón y denominación social. La explicación de esta norma es histórica, ya que nuestro primer ordenamiento mercantil (el CCo de 1854) le otorgaba carácter de sociedad, dispensándola de las formalidades requeridas para las sociedades mercantiles. Desde su constitución y en su funcionamiento, la A en P es un contrato de colaboración económica porque existe en ella la colaboración en recursos o esfuerzos para la realización de una o varias operaciones de comercio, o en la explotación de una negociación mercantil por una de las partes y la colaboración económica para obtener resultados y participar en ellos.

Elementos del contrato

Consentimiento. Para la existencia del contrato de A en P como para la de cualquier otro se requiere el acuerdo de voluntades, es decir, la concurrencia de la voluntad del asociante y del asociado, el ánimo, la intención o resolución del asociado para dar una cosa o prestar un servicio al asociante y la voluntad de este para realizar las operaciones mercantiles, aportar, en su caso, bienes, y hacer

partícipe a aquel de las utilidades y pérdidas de las mismas. Basta el acuerdo de voluntades de las partes, su consentimiento, para la existencia del contrato, sin que se requieran formalidades, es decir, aunque no se otorgue por escrito, porque la forma escrita en la A en P constituye un medio de prueba, pero no un elemento de existencia. Por no tratarse de un contrato solemne, las manifestaciones y aceptaciones que se deducen de actos ejecutados por las partes tienen el mismo valor que si se hubieren hecho por escrito,²⁹ pero si no existe acuerdo de voluntades, el contrato será inexistente (art. 2224, CCF), y si es dado por error, violencia o dolo será nulo (arts. 1812 a 1823 y 2230, CCF, y 81, CCo). No se requiere la tradición de los bienes en que consistan las aportaciones y tampoco la presencia de las partes en el momento de la celebración del contrato, ya que puede quedar perfeccionado desde el momento en que el oferente recibe la aceptación de la propuesta o las condiciones con que esta fue modificada (art. 80, CCo).

Objeto de la asociación en participación. El objeto del contrato constituye otro de sus elementos de existencia y está constituido por la cosa que el obligado debe dar y el hecho que debe hacer (art. 1824, CCF); se trata de una prestación cuyo contenido es dar bienes o prestar servicios destinados al cumplimiento del fin o causa del contrato de A en P. En materia de A en P, la prestación de la cosa consiste en la transmisión del dominio, uso o goce de bienes que el asociado transfiera al asociante para participar en la negociación u operación comercial del asociante, y respecto de la prestación de este, consiste en emplear los bienes a que se comprometió para la realización de las operaciones de comercio; en la restitución de aquellos bienes de los que el asociado no transmitió la propiedad, y en la entrega del porcentaje de utilidades o de pérdidas que le correspondan al asociado en la actividad económica efectuada. Pueden ser materia de aportación bienes muebles e inmuebles, tanto por su naturaleza como por disposición de la ley (arts. 14 y 747 a 789, CCF); ellos deben existir en la naturaleza en el momento de la conclusión del contrato (art. 1826, CCF) y deben estar dentro del comercio, es decir, que sean de naturaleza patrimonial, que tengan un valor económico y que su transmisión no esté prohibida por la ley.³⁰

Causa de la asociación en participación. El fin que las partes de la A en P buscan alcanzar por medio de ella consiste en la realización de las operaciones mercantiles por el asociante, en los medios de que se valga para ello y en la participación en las utilidades y pérdidas de estas por ambos. Esta finalidad del

contrato será normalmente de carácter económico, lucrativo, pues se trata de un contrato mercantil.³¹ La causa de la A en P debe ser una actividad comercial en virtud de su carácter mercantil (y desde este punto de vista es que se la analiza); el problema que se nos plantea entonces no es determinar si es mercantil o civil, sino saber si este contrato puede tener por objeto una actividad mercantil determinada en su género o si, por el contrario, debe recaer necesariamente en una o varias operaciones comerciales determinadas de manera específica.

Al respecto, algunos autores sostienen que el carácter esencial de este contrato radica en su accidentalidad, es decir, que la finalidad del contrato, a la que en forma errónea se denomina *objeto* –tal vez haciendo alusión al objetivo, pero que jurídica y técnicamente son diferentes–, está constituida por una o varias operaciones determinadas, de suerte que si realiza una serie de negocios que no están determinados de forma específica, o si es de carácter permanente, se convierte en sociedad irregular.³²

En este supuesto, se considera que los caracteres dominantes de la A en P se encuentran en el hecho de que es un contrato cuyo fin es una sola operación, o algunas operaciones determinadas, las cuales deben ser ejecutadas dentro de un plazo breve. Tal es la opinión de M. Lacré,³³ quien señala que “la característica distintiva de la sociedad en participación, que no permite confundirla ni con la sociedad colectiva ni con la sociedad en comandita, es la de estar formada para una o varias operaciones momentáneas y pasajeras, de suerte que ella termina con estas operaciones”. Otros autores,³⁴ en cambio, si bien admiten que la A en P se caracteriza por ser accidental, para realizar una o varias operaciones de comercio determinadas, nada impide que su carácter sea continuo o permanente, como ocurre en nuestra ley que regula tanto la A en P momentánea, accidental o transitoria, como la permanente, y en la legislación italiana, donde puede constituirse respecto de cualquier empresa del asociante, o de uno o varios negocios determinados.³⁵ En la legislación argentina se establece su carácter transitorio y accidental (art. 361, LGSM), pero la doctrina diferencia entre “sociedad accidental” y “sociedad en participación” y sostiene que la primera se forma únicamente para una o varias operaciones determinadas y transitorias, mientras que la segunda se constituye para la explotación de una empresa comercial,³⁶ e incluso la exposición de motivos de la *Ley de Sociedades* argentina identifica ambas figuras y señala como requisitos de ellas su carácter oculto, transitorio y el ser aptas para una o más operaciones determinadas. De

ello resulta que se excluye todo lo que represente el ejercicio de una profesión comercial, el ejercicio habitual del comercio mediante la A en P, pero además, la propia ley argentina distingue este contrato del de sociedad, e incluso de sociedad irregular.

En las legislaciones española (art. 239, CCo) y francesa (art. 1872-2, Código Civil) la A en P puede tener por finalidad la realización de una o varias operaciones de comercio o una participación temporal o permanente, de suerte que en el derecho francés puede existir una A en P de naturaleza civil, lo que al parecer no es muy común, porque generalmente se constituye para operaciones de comercio y no de otra índole.³⁷ En términos generales, el fin o la causa de la A en P puede ser tanto la ejecución de una o más operaciones de comercio determinadas como la explotación de un negocio permanente y la participación en las utilidades y pérdidas. No sería suficiente aludir a un comercio cualquiera o una especulación sobre mercancías genéricas, sino que debe precisarse el género y la especie de las operaciones materia de la A en P, con lo que no sería posible extender el alcance y la aplicación de esa A en P a otras actividades diversas de las previstas, salvo que las partes modifiquen el pacto (*cfr.* art. 255, LGSM). Es decir, el asociante no está facultado para ampliar el objeto o fin de la A en P sin contar para ello con la anuencia del asociado.

La A en P es de carácter mercantil, aunque la legislación francesa prevé la existencia de una A en P de naturaleza también civil, exigiendo para esta un documento escrito para su constitución; pero la ley mexicana excluye la posibilidad de que pueda existir una A en P de naturaleza civil, porque por su propia definición debe tener un fin u objeto de carácter especulativo (art. 252, LGSM); en cambio, la asociación civil solo puede ser de carácter permanente y no transitorio y no puede tener un fin preponderantemente económico ni especulativo (art. 2670, CCF).

Forma del contrato de asociación en participación. De conformidad con nuestra LGSM (art. 254), la A en P es un contrato formal, que debe constar por escrito y no está sujeto a registro. El principio de la forma escrita hace inaplicable la regla del consentimiento como válido por sí mismo para contraer obligaciones,³⁸ pero dicha forma escrita no es un elemento esencial para su existencia, sino únicamente un medio de prueba del contrato y un requisito de validez: el acto existe aunque los formalismos legales no hayan sido observados.³⁹ En todo caso, le son aplicables las disposiciones del CCF (art.

2228) respecto de la nulidad relativa, y aun cuando no se hubiere celebrado por escrito la A en P, las partes tienen derecho a pedir ante tribunales que se otorgue la forma omitida.

La forma escrita puede colmarse mediante escrito privado, sin necesidad de testigos y sin estar sujeta a registro; en el mismo sentido se expresa el CCo de Venezuela (art. 369). El Código Civil francés, no obstante calificar a la A en P de sociedad, la dispensa de los requisitos y las formalidades prescritas para las sociedades mercantiles, y cuando es de naturaleza mercantil ni siquiera exige documento escrito. En Italia, el contrato de A en P es de carácter consensual; se perfecciona por el simple acuerdo de voluntades: no se requiere documento escrito;⁴⁰ el contrato es perfectamente válido si se estipula de modo verbal, a menos que se aporten en propiedad o en uso bienes inmuebles o derechos reales por un tiempo que exceda de nueve años (art. 1350, Código Civil). En Argentina tampoco se exige formalidad alguna ni se le sujeta a registro (art. 361, *Ley de Sociedades*), pues mantiene el criterio del CCo (art. 397), tendente a facilitar la fluidez del tráfico comercial mediante la eliminación de formas de celebración. La prueba de la existencia de la A en P se rige por la de los contratos.

La capacidad en el contrato. La capacidad es la aptitud de las personas para ser titulares de derechos y obligaciones y de hacerlos valer por sí mismas, en el caso de las personas físicas, o por representantes legales, en el caso de las personas morales. Por ello cualquier persona que tenga capacidad legal para contratar puede celebrar un contrato de A en P; basta que los contratantes tengan capacidad legal (art. 5º, CCo) para ser asociante o asociado; pero no pueden ser asociantes, en virtud de que no pueden ejercer el comercio, los corredores, los quebrados que no hayan sido rehabilitados, ni los que por sentencia ejecutoriada hayan sido condenados por delitos contra la propiedad, incluidos en estos la falsedad, el peculado, el cohecho y la concusión (art. 12, CCo); ni los extranjeros, o sociedades con capital mayoritariamente extranjero, respecto de actividades reservadas de manera exclusiva a mexicanos (art. 4º, LIE). En cambio, si el extranjero celebra una A en P con un mexicano que actúe como asociante, dicho extranjero puede ser asociado, aunque sea propietario de 100% del capital empleado en la negociación del contrato, si el mexicano no solo se ostenta externamente como dueño exclusivo, sino que además administra y determina el manejo de la negociación. En tal supuesto no habría inversión extranjera,⁴¹ aunque debe evitarse el fraude a la ley y tomarse en cuenta que otra

limitación a la inversión extranjera consiste en que no se maneje o controle la administración de una empresa, y si el asociante es un mexicano y es él quien determina la administración y el control de la empresa, no existiría esa inversión; es decir, la capacidad para ser asociante o asociado solo tiene las limitaciones que el derecho mercantil y el derecho común expresamente imponen a la capacidad de contratar en general.

La calidad de comerciantes. Conforme a nuestra LGSM, no se requiere que las partes sean comerciantes (art. 252), aunque el asociante debe tener capacidad y habilidad para realizar las operaciones de comercio, y cuando el objeto es una negociación mercantil, normalmente es un comerciante, ya sea desde que celebra el contrato de A en P o bien durante el contrato, con la ejecución de las operaciones o la explotación de la negociación mercantil (art. 5º, CCo). Otras legislaciones, como las de Venezuela (art. 364, CCo), Ecuador (art. 357, CCo), Argentina (art. 361, *Ley de Sociedades*) e Italia (art. 2549, Código Civil), tampoco exigen la calidad de comerciantes a las partes para celebrar una A en P. En cambio, los CCo chileno (art. 507), colombiano (art. 507) y español (art. 239)⁴² expresan que la A en P es un contrato entre comerciantes.

Derechos y obligaciones de las partes

Obligaciones del asociado. Conforme a nuestra LGSM (art. 252), la obligación del asociado consiste en aportar bienes, servicios o ambas cosas. Puede aportar⁴³ cualquier bien y derecho que pueda constituir el objeto de un contrato de cambio, y que implique la transmisión de la propiedad o del uso de tales bienes o derechos, como la venta o el arrendamiento.⁴⁴ Tratándose de bienes, el asociado puede aportar dinero, bienes muebles e inmuebles que estén dentro del comercio (arts. 747 a 749, CCF); créditos, derechos y acciones que tengan por objeto cosas muebles o cantidades exigibles en virtud de acción personal (art. 754, CCF, y 384, CCo), en cuyo caso deberá responder no solo de la existencia y legitimidad del bien, sino también de la solvencia del deudor en la época de la aportación (art. 12, LGSM); acciones de sociedades (art. 755, CCF); títulos de crédito (art. 1º, LGTOC); derechos reales sobre inmuebles como el usufructo (arts. 980, 996 y 1002, CCF); en fin, frutos naturales, industriales o civiles (art. 990, CCF); sobre capitales impuestos a réditos (art. 995, CCF). Dicha aportación puede ser de dominio o de uso o goce.

La LGSM exige que las aportaciones se valoricen en el momento de su entrega o que se determine el procedimiento seguido para dicha valoración (art. 6º), y añade que, salvo pacto en contrario, las aportaciones se entenderán traslativas de dominio (art. 11). Situación similar ocurre en la A en P, y respecto de terceros, los bienes aportados por el asociado pertenecen en propiedad al asociante. Cuando el asociado no es propietario del bien, confiere los derechos más limitados que tiene sobre una cosa. Ese derecho será el objeto de la aportación, porque esta puede consistir en hacer posible el goce de un bien mueble o inmueble por parte del asociante. La aportación puede consistir en la transmisión de la propiedad de bienes o solo en el uso o goce de ellos, pero el riesgo de la cosa será a cargo del asociante a partir del momento en que el asociado la haya entregado (art. 11, LGSM), y no a partir de la transmisión de la propiedad, como acontece en la compraventa mercantil (art. 377, CCo).

El asociado puede aportar únicamente su trabajo como una obligación de hacer contraída en el contrato de A en P; se admiten estas aportaciones en sociedades civiles (art. 2688, CCF) y en mercantiles personales (arts. 49 y 57, LGSM). El CCF permite de alguna manera valorizar dichas aportaciones (art. 2732) al establecer que “Si el trabajo del industrial pudiera hacerse por otro, su cuota será la que corresponda por razón de sueldos u honorarios...”

La prestación de servicios puede hacerse en forma directa o por un tercero; en el primer caso, el obligado realiza personalmente los trabajos que se comprometió a hacer, sin que por esto medie alguna relación de trabajo, ya que la aportación tiene por objeto participar en el álea de las operaciones del contrato, no solo en sus ganancias sin sujeción a pérdidas, como ocurre en la relación de trabajo, sino también en las pérdidas. En un contrato de A en P no existe una relación de subordinación ni de dependencia económica, sino de coordinación.⁴⁵ En el segundo caso, es decir, la prestación de servicios del asociado realizada por un tercero (art. 2064, CCF), es posible siempre que no se hubiere pactado el cumplimiento personal del obligado o que se hubieren elegido sus conocimientos especiales o sus cualidades personales. Pero aunque un tercero preste los servicios a que estaba obligado el asociado, el contrato de A en P solo se celebra y surte sus efectos entre asociante y asociado, y la injerencia de un tercero, como en este supuesto, no afecta la relación; en todo caso, dicho tercero sería un dependiente económico (trabajador) y subordinado del asociado, o un prestador de servicios del asociado, pero no de la A en P ni del asociante.

La aportación constituye un elemento ajeno del cual el asociante se beneficia de diversa manera, según lo que indique el contenido del contrato de A en P.⁴⁶ Es un medio (y objeto del contrato) para realizar una operación de comercio o una negociación mercantil y tiene una función económica e instrumental respecto de la actividad ejercida por el asociante, de donde se desprende la importancia de su existencia, pero no la naturaleza de la prestación. Es decir, el contrato de A en P permanece idéntico independientemente del contenido de la prestación,⁴⁷ pero si esta no existe, el contrato sería inexistente por carencia de objeto.⁴⁸ No pueden ser materia de aportación los créditos inexistentes, los derechos indeterminables, los aleatorios o aquellos que carecieran de algún valor propio e independiente.⁴⁹ Los derechos reales de uso y habitación que dan derecho para recibir los frutos de una cosa ajena, que basten a las necesidades del usuario y su familia, no pueden aportarse, en virtud de que no se pueden enajenar, gravar o arrendar (arts. 1049 y 1050, CCF).

Además de la obligación de aportar que pesa sobre el asociado, este tiene la obligación de sufrir las pérdidas de las operaciones en la proporción convenida (art. 258, LGSM); sin embargo, si nada se convino, nuestra LGSM expresa que deberá observarse lo dispuesto en el art. 16 de la propia ley, aunque las pérdidas que correspondan al asociado no podrán ser superiores al valor de su aportación. De lo anterior se desprenden varios supuestos: a) si el asociado aportó dinero o bienes, responde de las pérdidas de la asociación en proporción a su aportación (art. 16, fracc. I); b) si el asociado aportó industria, no reporta pérdidas, salvo pacto en contrario, y todas corren a cargo del asociante, aun cuando fueren varios los asociados, si todos estos hubieren aportado industria (art. 16, fracc. III). En este supuesto debe entenderse que sí reporta pérdidas en la medida en que no le será retribuido el trabajo que prestó en calidad de aportación para la A en P; y c) si el asociado aportó capital y el asociante solo industria, aunque frente a terceros el único que responde sea el asociante, en sus relaciones internas el asociado responde hasta el monto de su aportación.

Si las pérdidas de la A en P son superiores al valor de la aportación del asociado y el asociante aportó industria, no obstante la disposición del art. 16, fracc. III, que prescribe que el “socio industrial” no reporta pérdidas, dichas pérdidas serán cubiertas por el asociante, en virtud de que este precepto solo se aplica en forma supletoria y siempre que no vaya contra las disposiciones expresamente previstas para la A en P. En efecto, no es aplicable al caso anterior el art. 16 porque la

LGSM establece que, salvo pacto en contrario, las pérdidas que correspondan al asociado no podrán ser superiores al valor de su aportación (art. 258).⁵⁰ En cambio, en países como Argentina, cuando se da a conocer la identidad del asociado frente a terceros, aquel asume el carácter de obligado solidario e ilimitado por los actos y las obligaciones contraídas por el asociante con motivo de la A en P, si su nombre se dio a conocer con su consentimiento, e incluso también responde de manera directa si contrata con terceros.

Obligaciones del asociante. En primer lugar, el asociante tiene la obligación de realizar en su nombre las operaciones o los negocios pactados afectando los recursos o servicios comprometidos. Frente a terceros es el único dueño del negocio o de la operación, y como tal actúa directamente o por medio de un representante, mandatario, que incluso puede ser el propio asociado,⁵¹ encargado de la dirección y administración de la negociación mercantil, sin que este quede obligado de manera personal con aquellos terceros, sino que obliga directamente al asociante, incluso por los actos ilícitos que cometiera dicho mandatario y de los que surgieran por mantenerle en su puesto después de cometidos los actos perjudiciales para las operaciones o los terceros.⁵²

La gestión corresponde al asociante, lo que significa que la iniciativa económica está determinada por él, y aunque no actúa en representación de algún ente con personalidad jurídica, ni a nombre del asociado, en sus relaciones internas y ocultas con este deberá observar la normal diligencia del mandatario. Quien realiza en su nombre la gestión no solo tiene el derecho, sino también el deber de emplear la aportación del otro contratante de manera adecuada a la naturaleza y finalidad del negocio.⁵³ El asociante debe realizar las actividades convenidas en el contrato y está obligado a hacer todo lo posible para dar impulso a las operaciones de cuyos resultados participa el asociado y obrar en su propio nombre, con voluntad individual, pues se confía a su diligencia el éxito del negocio. Es el exclusivo *dominus* y gestor de la empresa, de la misma manera que si no existiese asociado, en virtud de que la titularidad del negocio y, en consecuencia, la responsabilidad frente a terceros son del asociante.⁵⁴

Por otra parte, el asociante tiene también la obligación de rendir cuentas al asociado de las operaciones pactadas, obligación que deberá prestar cada semestre, por aplicación supletoria de las normas de la sociedad en nombre colectivo (art. 43), salvo que se hubiere pactado otra cosa.⁵⁵ Nuestra LGSM no

establece obligación del asociante de permitir al asociado un control sobre las operaciones y gestiones,⁵⁶ sino únicamente la obligación de realizar las operaciones, rendir cuentas y participar en las utilidades y pérdidas.

Derechos del asociado y del asociante

Entrega de la aportación. El asociante tiene el derecho de exigir al asociado la entrega de la aportación pactada y este, a su vez, tiene el derecho de exigir al asociante la realización de las operaciones, y si no las realiza, de pedir la resolución y, como consecuencia, la liquidación de la A en P (arts. 50, fracc. II, y 230, LGSM). Si se ha pactado una pena contra el incumpliente, podrá exigirse la indemnización convenida o bien el cumplimiento de la obligación, pero no ambos (art. 88, CCo).

Rendición de cuentas y derecho de control. El asociado tiene derecho a saber y conocer el desarrollo y los resultados de las operaciones realizadas por el asociante, a observar y verificar las operaciones que este realiza, y puede hacerlo incluso si se pacta que actúe como mandatario, gerente o administrador del asociante o de la negociación de este, lo que le permitiría ejercer un control no solo de la voluntad negocial del asociante,⁵⁷ sino también de la observación de los actos de gestión que este haya cumplido, lo anterior con base en el art. 255 de la LGSM, que otorga libertad a los contratantes para que en el contrato de A en P fijen “los términos, proporciones de interés y demás condiciones en que (las A en P) deban realizarse”. Sin embargo, dicho control no deriva de la participación del asociado en la titularidad del negocio, porque externamente ella corresponde en forma exclusiva al asociante, sino del pacto entre las partes y no del hecho de la aportación y la consiguiente participación en las utilidades y pérdidas de los mismos negocios y operaciones.⁵⁸

En la doctrina, Giovanni Grandi⁵⁹ considera que las partes pueden pactar la facultad del asociado de vigilar la gestión; es decir, de ayudar al titular, de limitar sus actividades, ejercitar control sobre los balances, sobre la tenencia de la contabilidad y de los libros de comercio, etc. Sin embargo, este derecho confirmaría que existe reunión de recursos y de esfuerzos entre asociado y asociante, lo que no se puede aceptar porque se trataría de una sociedad irregular u oculta entre los contratantes,⁶⁰ ya que no existe entre ambos la *affectio*

societatis; no hay la intención de las partes de constituirse en socios de una sociedad, y aunque el asociado aporte su industria y realice externamente actividades de la negociación mercantil del asociante, no lo hace en nombre de algún ente, sino en nombre y por cuenta del asociante. El control del asociado es *post factum* y no anterior o concomitante a tales operaciones.

Al derecho de rendición de cuentas del asociado corresponde la obligación del asociante de efectuarla; tal rendición, salvo pacto en contrario, debe hacerse semestralmente (arts. 43 y 259, LGSM) y en cualquier tiempo en que lo acuerden los contratantes. En la doctrina extranjera⁶¹ esa rendición de cuentas se reputa obligatoria y debe ser anual; para Uria,⁶² dicha rendición encuentra su fundamento en el uso o práctica comercial y debe ser conforme a lo pactado en el contrato, pero en todo caso deben observarse ciertas reglas, como la presentación de documentos, facturas, libros, correspondencia comercial y balances; es decir, se deberá mostrar y permitir inspeccionar por dicho asociado o por la persona que designe –contador– los estados financieros que arrojen las operaciones realizadas.

La obligación de concretar la certeza de las cuentas y de suministrar los comprobantes del “debe” y “haber” de la negociación corresponden precisamente al asociante, porque él es quien los rinde y quien ha realizado las operaciones; por tanto, el asociante debe entregar cuenta justificada de los resultados con participación al asociado de las ganancias o pérdidas que le correspondan, esto es, el asociante, en virtud de los estados financieros, debe establecer el saldo final a favor del asociado o bien la cantidad que este deba abonarle. Se trata de un balance de determinación de resultados del ejercicio que debe establecer el resultado total de acuerdo con la verdadera situación.

Restitución de los bienes aportados. Cuando el asociado aportó únicamente el uso o goce de un bien y no transmitió la propiedad, tiene derecho a que tal bien se le restituya o, en su defecto, tiene derecho al resarcimiento de daños.⁶³ Tal restitución obedece a que se aporta el uso de bienes para una negociación mercantil, pero una vez concluida esta y no absorbidos aquellos bienes por las pérdidas, deben reingresar al patrimonio de su propietario. Lo que acontece es que el asociante no se convierte en propietario del bien porque si lo fuera podría disponer de él, lo cual no puede hacer en aquellos bienes de los que el asociado solo aportó su uso o goce, y quien tiene la facultad de disponer de ellos es su propietario.

Ni interna ni externamente el asociante tiene la propiedad del bien aportado, cuando este bien no se transmitió con las debidas formalidades. Si la simple tradición de los bienes implicara la transmisión de la propiedad, el asociante no tendría la obligación de restituir dichos bienes al asociado y los terceros acreedores de aquel podrían ejercitar sus acciones contra el asociante y obtener sus créditos con los bienes aportados por el asociado, lo cual no pueden hacer sino, en todo caso, en los bienes muebles e inmuebles no registrables o en aquellos sobre los que el asociado hubiera transmitido debidamente la propiedad. El hecho de que el asociado no pueda accionar para obtener la restitución de los bienes o la suma aportados hasta en tanto no hayan sido satisfechos los otros acreedores del asociante responde a la idea de que es partícipe de las deudas contraídas por el asociante hasta el monto de su aportación, por lo que permitir al asociado que obtenga la restitución de los bienes aportados, antes de que el asociante pague a sus acreedores las deudas contraídas por la A en P, implicaría liberarlo de su obligación de participar en las pérdidas derivadas del contrato e imponer únicamente al asociante la responsabilidad por las mismas, con lo cual quedaría desvirtuado el propósito de compartir el álea de una negociación mercantil, pero concluida la liquidación el asociante debe reintegrar al asociado los bienes que este hubiera conferido sin transmisión de propiedad.

Por otra parte, el asociado, cuando existe otro u otros acreedores del asociante (*cfr.* art. 21, LCM), tiene derecho a pedir su concurso, si este se ha hecho deudor de las utilidades y del capital, y no las paga puntualmente y ha incurrido en incumplimiento generalizado de sus deudas (art. 11, LCM).⁶⁴

Percepción de utilidades y pérdidas. La participación en las utilidades y en las pérdidas constituye un derecho y a la vez una obligación de las partes. El asociante debe participar al asociado en las utilidades y en las pérdidas que resulten de la A en P en la proporción convenida en el contrato, pero si nada se ha pactado, la distribución se hará en la forma establecida por la LGSM (arts. 16 y 17); en todo caso, el asociado responde hasta por el monto de su aportación.

Cuando uno de los contratantes aportó únicamente su industria, tiene derecho a obtener la mitad de las utilidades (art. 16, fracc. II); situación similar ocurre en las sociedades civiles (art. 2732, fracc. III, CCF). Si son varios los asociados y todos ellos aportaron servicios, entre los mismos se dividirá por igual la mitad de las ganancias y la otra corresponderá al asociante (también *cfr.* art. 2732, fracc.

IV, CCF). Para la distribución de las pérdidas, nuestra LGSM (art. 16, fracc. III) estipula que, salvo pacto en contrario, el “socio industrial” no reportará las pérdidas, pero este postulado surte efectos entre los contratantes y respecto del asociado, ya que el asociante responde ilimitadamente frente a terceros. Además, quien ha prestado su trabajo reporta pérdidas, ya que no recibe una contraprestación como remuneración por sus servicios, y en esta medida participa en las pérdidas de la negociación, a menos que se le hubieran entregado cantidades de dinero para su subsistencia a cuenta de utilidades, en cuyo caso no tendría obligación de restituir las pérdidas.

Propiedad de los bienes aportados

Expresa nuestra LGSM que, respecto de terceros, los bienes aportados por el asociado pertenecen en propiedad al asociante (art. 257), lo que significa que las aportaciones del asociado se entregan por un título traslativo de dominio (por lo menos frente a terceros), pero también que entre los contratantes cada uno conserva la propiedad de dichos bienes, salvo pacto. Candian considera que el asociante adquiere la propiedad de esos bienes, ya que si únicamente se diera la disposición de ellos al asociante, los terceros acreedores de este carecerían de la garantía debida sobre dichos bienes, los cuales no responderían, entonces, de las deudas de la A en P. Sin embargo, el asociante no tiene la propiedad de los bienes aportados por el asociado y ni siquiera la disposición amplia de los mismos, ya que aquella es presupuesto de esta, sino solo la afectación de los mismos a los fines del negocio o de la operación. Puesto que quien es propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las únicas limitaciones y modalidades que fijen las leyes (art. 830),⁶⁵ el asociante no puede libremente disponer de los bienes que el asociado le aportó, sino solo para los fines de la A en P, y aun en el caso que pudiera disponer de ellos, tampoco por ese solo hecho es propietario de los mismos, tal como ocurre en el fideicomiso y en la consignación, en los cuales se transfiere la disposición de bienes, pero no su propiedad.

En efecto, la propiedad confiere el *jus utendi*, *jus fruendi* y *jus abutendi*; es decir, el derecho de usar la cosa y obtener la utilidad que pueda procurar, el derecho de gozar de una cosa percibiendo los frutos del bien, tanto por actos materiales como jurídicos, y por último el derecho de “abusar” de la misma

disponiendo de ella, por ejemplo, consumiéndola o enajenándola. Si el asociante únicamente tiene un poder de hecho sobre la cosa que no coincide con el de propiedad y solo tiene el *corpus*, la detentación y el goce de los bienes, y el *animus*, la voluntad de tener la cosa como propietario y de servirse de ella para los fines propuestos, entonces no es propietario, sino un poseedor de las aportaciones que puede o no tener la disposición de las mismas, según los fines de la A en P y la calidad de la aportación, ya que puede solo aportarse el uso pero no la disposición para terceros. Esto si el asociado entrega al asociante una cosa, concediéndole el derecho de retenerla temporalmente en su poder en calidad de depositario, comodatario o usufructuario; para los fines de la A en P, los dos son poseedores de la cosa: el que la posee a título de propietario tiene la posesión originaria y el otro una derivada (art. 791, CCF).

En este orden de ideas, el poseedor derivado es el tenedor temporal de la cosa o derecho para disfrutarla y conservarla, y corresponden el dominio y la disposición de la misma al propietario, de donde resulta que el asociante, de manera similar al arrendatario o al depositario, no tiene la propiedad de las aportaciones del asociado, sino solo la posesión; que puede eventualmente tener la disposición de los mismos, si se ha pactado en el contrato y, como consecuencia, que lo previsto en el art. 257 de la LGSM debe interpretarse en el sentido de que respecto de terceros el asociante es propietario de los bienes muebles no registrables aportados por el asociado, en tanto que de los demás bienes registrables (tanto muebles como inmuebles) tiene únicamente la posesión y como poseedor está facultado para disfrutarlos, sin que pueda disponer de ellos, ya que la propiedad y disposición corresponden al asociado.

El supuesto que algunas legislaciones plantean (*cfr.* el art. 361 del CCo de Venezuela) de que el asociado no tiene algún derecho de propiedad sobre las cosas otorgadas para la A en P, aunque hubieren sido suministradas por él, parecería confirmar que las aportaciones pasan a propiedad del asociante; sin embargo, aun en estas legislaciones, para que surta efectos la transmisión de propiedad se requiere satisfacer las formalidades propias de la naturaleza del bien y de la calidad de la transmisión, por lo que el asociante no adquiere la propiedad de dichos bienes por la simple tradición que de ellos hace el asociado, sino que se requiere analizar el tipo de bien y la naturaleza de su transmisión. A falta de patrimonio social, los bienes permanecen en propiedad de sus aportadores, a menos que una convención particular haya fijado su suerte de manera diferente,⁶⁶ pero si la transmisión de la propiedad no se inscribe en los

registros públicos a favor del asociante o no hubo voluntad para transferirla, solo se transmite la posesión (el uso y goce de ellos)⁶⁷ y, en su caso, la disponibilidad, pero no la propiedad.

Esta interpretación no deja indefensos a los terceros acreedores del asociante por causa de la asociación, pues la misma ley señala: “... a no ser que por la naturaleza de la aportación fuere necesaria alguna otra formalidad, o que se estipule lo contrario y se inscriba la cláusula relativa en el Registro Público de Comercio...” (art. 257, LGSM). Es decir, el principio general (los bienes aportados, respecto de terceros, pertenecen en propiedad al asociante) presenta serias excepciones; es decir, para que el asociante sea considerado propietario de un bien mueble o inmueble registrable, la transmisión de la propiedad debe cumplir las formalidades legales de transmisión, sin las cuales subsiste como propietario su aportador, y si se cumplieron tales formalidades, los terceros acreedores del asociante pueden hacer efectivos sus créditos sobre dichos bienes.

Otra excepción se presenta cuando tampoco se transmite la propiedad, y ello consta en una de las cláusulas del contrato de A en P. En este supuesto, para que dicha cláusula surta efectos frente a terceros la LGSM exige su inscripción en el Registro Público de Comercio, la cual no es necesaria porque no se necesita reservar la propiedad si el propietario es quien aparece como tal en esos registros públicos. Además, dicha norma solo podría operar cuando se trata de bienes muebles e inmuebles no registrables, en virtud de que en tales supuestos la posesión del bien hace título, a no ser que el tercero tenía o debía tener conocimiento de que la propiedad correspondía al asociado (interpretación del art. 257 de la LGSM, lo cual constituiría otra excepción a la regla general). En todo caso, esa propiedad presunta o expresa es solo para los fines de la A en P.

Esto significa que cuando se trata de bienes muebles e inmuebles no registrables, aun cuando se transmita su propiedad, los terceros acreedores del asociante, haciendo valer su buena fe, tienen a su favor la presunción legal de que es propietario el poseedor del bien (art. 798, CCF), aun cuando el asociado no haya transferido la propiedad de ellos (arts. 3003 y 3007, CCF, y art. 26, CCo). En este orden de ideas, se dan varios supuestos:

- a) Que los contratantes no pacten nada al respecto y de su aportación. En tal caso se tratará de transmisión de la posesión de bienes muebles o inmuebles registrables, pero no de la transmisión de la propiedad, ni aun frente a

terceros, quienes, en cambio, pueden presumir que los bienes muebles e inmuebles no registrables son propiedad del asociante.

- b) Que el asociado dé su aportación y determine la calidad de ella. En este supuesto se está a lo pactado por las partes, a los términos del contrato, y para que el pacto surta efectos respecto de terceros, si en dicho pacto se reserva la propiedad, debe inscribirse en el Registro Público de Comercio (de acuerdo con el art. 257, pero ya se expuso que no es necesaria dicha inscripción). Ahora bien, según el art. 25 del CCo, los actos que conforme a dicho código u otras leyes deban inscribirse en el Registro Público de Comercio deben constar en: i) instrumentos públicos otorgados antes notario o corredor público; ii) resoluciones y providencias judiciales o administrativas certificadas; iii) documentos privados ratificados ante notario o corredor público, o autoridad judicial competente, según corresponda, o iv) los demás documentos que de conformidad con otras leyes así lo prevean.

En realidad, no sería la cláusula la única que se inscribiría, sino que por efecto de la inscripción de esta también se daría a conocer el contrato, porque en toda inscripción debe expresarse la naturaleza del acto o contrato de que se trate, su objeto, valor, intereses, plazos, condiciones y nombres y apellidos de quienes intervienen en él, dado que debe inscribirse el documento que lo contiene, y si los contratantes omiten dicha inscripción, el pacto de reserva de propiedad no producirá perjuicio alguno a terceros, los cuales podrán aprovecharlo en lo que les fuere favorable (art. 27, CCo).

- c) Un tercer supuesto es el que ocurre cuando el asociado aporta bienes cuya transmisión requiera alguna formalidad, en cuyo caso deberán cumplir las partes con ella; así, la transmisión de propiedad de bienes inmuebles y muebles se rige por las disposiciones del derecho común, por lo que solo mediante el cumplimiento de ciertas formalidades opera la transmisión, y en tanto no se cumplan el propietario será quien aparezca como tal en el registro público, y si lo es el asociado, los terceros deben saber que este es el propietario; además, saben que el asociante no puede disponer de esos bienes en virtud de que él no es el propietario.⁶⁸

De ahí que si tales formalidades se omiten, no puede presumirse que el

asociante tenga la propiedad de las aportaciones, sino que en todo caso dicha presunción solo opera respecto de los bienes muebles, por lo que ni aun respecto de terceros le pertenecerán en propiedad al asociado, sino solo aquellos bienes no registrables, porque en los demás no solo interna, sino también externamente, cada uno permanece propietario de ellos.

- d) Un cuarto supuesto es aquel en el cual las partes convienen en que las aportaciones de bienes muebles no se transmiten en propiedad, sino solo en posesión, pero no se registra la cláusula relativa; en esta hipótesis dicha cláusula solo surte efectos contra tercero si se demuestra que este tenía o debía tener conocimiento de la misma (art. 257 *in fine*, LGSM). Materia de prueba constituye este supuesto y la carga de ella corresponde al asociado, quien es el principal interesado en demostrar que no se transmitió la propiedad, o que el tercero es de mala fe, puesto que sabía o debía saber que el asociante era el propietario y no el asociante.

Los supuestos considerados confirman que el asociante no tiene ni frente a terceros la propiedad de los bienes aportados, cuando esta no se transmite por el asociado con las debidas formalidades, y cuando esto no acontece, el asociante tampoco tiene la libre disposición de esas aportaciones y por ello no podría (disponiendo de ellos) vender los bienes, ya que para que la compraventa surta efectos se requiere que el vendedor tenga la propiedad del bien que pretende vender (art. 2269, CCF), porque la venta de cosa ajena es nula (art. 2270, CCF), y porque la aportación de dicho asociado “no significa material consigna o transferencia del bien, sino significa asunción de la obligación de otorgamiento”.⁶⁹

Por último, para el Código Civil francés (art. 1872) las aportaciones pueden constituir indivisión entre los contratantes; en principio cada parte permanece propietaria de sus bienes, pero pueden pactar que los bienes que aporten y los que se aporten durante la vigencia de la A en P permanezcan en indivisión; asimismo, se reputan indivisos los bienes adquiridos con los recursos provenientes o derivados del contrato y los que se encuentren en indivisión después de ser puestos a disposición de la A en P. Las partes también pueden convenir que respecto de terceros cada una conserve la propiedad total o parcial de los bienes que se adquieran en virtud del contrato; en todo caso, dicho código prevé que hasta en tanto no sea disuelto el contrato, las partes no pueden demandar la partición de los bienes (art. 1872-2, segundo párrafo).

Que el asociado no intervenga en la administración de la negociación del asociante en la que participa no lo priva del derecho de propiedad sobre los bienes cuyo uso o disposición aporta, puesto que si no se realizó la transmisión de bienes con las consabidas formalidades o no se aportó su propiedad, no se puede considerar que la propiedad de ellos corresponda al asociante, aun cuando no pueda sustraerlos del patrimonio del asociante, ya que se obligó a aportar dichos bienes o algún derecho real o personal sobre los mismos para participar en el álea de la negociación, pero si no transmitió la propiedad sigue siendo propietario y los terceros están obligados a saberlo cuando se trata de bienes inmuebles. En este sentido, la SCJN ha manifestado que la aportación de un bien raíz a una asociación en participación debe hacerse constar en escritura pública, y si no se otorga esa formalidad, se está en el caso a que se refiere el art. 257 de la LGSM en relación con el art. 2690 del Código Civil, supletorio de la ley mercantil, y los terceros a quienes al asociante venda ese bien están en posibilidad y en la obligación de saber que la propiedad de tal bien no ha pasado al dominio del asociante. Por ello, como dice De Solá Cañizares, “para los terceros el propietario de los bienes de la participación será quien sea su legítimo titular, según las reglas del derecho”.⁷⁰

Relaciones con terceros

El asociante, como titular de las operaciones o los negocios que se celebran en virtud de la A en P, es el único que tiene vínculos jurídicos con terceros, frente a los cuales responde con todo su patrimonio (art. 256, LGSM). La legislación francesa admite que ambos contratantes traten en su nombre con los terceros, y en este caso cada uno de ellos responde por las operaciones realizadas,⁷¹ sin que la actuación de alguno de ellos, en determinado negocio, comprometa la responsabilidad de los otros asociados que no tomaron parte en tal negociación, en virtud de que quien actúa responde en nombre personal.

Precisamente porque el asociante obra en nombre propio es el único que responde frente a terceros;⁷² ese obrar en nombre propio entraña que los actos que realiza el asociante, directamente o por medio de representante, deben cumplirse en su nombre y responsabilidad,⁷³ lo que implica también que solo él tiene capacidad procesal, tanto activa como pasiva, para todos los actos que realiza. En consecuencia, los acreedores que resulten de dichos actos podrán

dirigirse solo en su contra y viceversa (*cfr.* arts. 284, CCo, y 2561, CCF); responde frente a terceros con todo su patrimonio y, por supuesto, con las aportaciones del asociado incluso por operaciones diversas de las que sean propias de la A en P, si dicho tercero ignoraba la existencia del contrato o no tenía por qué conocerlo y los bienes fueron transmitidos en propiedad, en cuyo caso no existe distinción entre aquellos por actos de la A en P y acreedores particulares,⁷⁴ por lo que en caso de concurso del asociante tienen preferencia: a) sus acreedores singularmente privilegiados, b) los hipotecarios, c) los que tienen privilegio especial, y d) los acreedores comunes de operaciones mercantiles (arts. 217 a 228, LCM). Ello significa que incluso los acreedores particulares del asociante pueden tener preferencia sobre los derivados de la negociación mercantil. Si se trata de operaciones mercantiles, no hay distingo entre los acreedores que son por operaciones propias del asociante y los que resultan de las operaciones de la A en P.

Por ello, en el ejercicio de sus acciones los terceros pueden perseguir y ejecutar todos los bienes que constituyen el patrimonio del asociante, incluidos los bienes aportados por el asociado, salvo aquellos que requieran para su transmisión alguna formalidad y esta no se hubiere cumplido, sin que dicho asociado pueda oponer la existencia del contrato o la titularidad de la propiedad, independientemente de que se trate de acreedores por créditos que hubieren surgido de la explotación de la negociación en que se participa o de que se trate de acreedores particulares del asociante. A su vez, el o los asociados tienen acción contra el asociante si este no respeta las instrucciones y los límites de la A en P.

En otras palabras, los acreedores no pueden dirigirse a un patrimonio social que no existe ni solicitar el concurso mercantil de un ente social que tampoco existe; ni podrían ejecutar sobre el patrimonio del asociado que permanece como si no existiera, en virtud de que el asociante actúa como exclusivo *dominus a nomine proprio*, y no a *nomine alieno*, aun cuando en las relaciones recíprocas entre asociante y asociado participe a este de las eventuales pérdidas del asociante, en la proporción convenida o en la determinada por la ley; e incluso, aunque tuvieren el derecho de exigir al asociado el cumplimiento de su obligación de aportar, valiéndose a este efecto de los medios que la ley concede al acreedor (*cfr.* art. 71, fracc. I, LCM, antes art. 128, fracc. IV, inc. c, LGQSP). Pero frente a terceros, solo el gestor aparece y se vincula, y también exclusivamente él puede ejercitar los derechos adquiridos en virtud de los negocios jurídicos que hubiere

celebrado y que al mismo tiempo ha realizado en nombre propio y no como representante, ni menos como órgano de alguna voluntad colectiva.

El asociado y los terceros

Los terceros adquieren derechos y asumen obligaciones exclusivamente frente y con el asociante; no hay relaciones entre aquellos y el asociado, quien permanece oculto o no realiza las operaciones de la A en P, de ahí que este no responda frente a dichos terceros, aun cuando ellos conozcan su condición de asociado, excepto en los casos en que este, como tal asociado, actúa en las operaciones con los terceros, o bien, que la ley prevea su responsabilidad solidaria (*cfr.* art. 1917, CCF). Sin embargo, dichos terceros pueden ejercitar la acción oblicua o subrogatoria, por la contribución que adeude aquel al asociante,⁷⁵ y solo cuando llegaran a conocer la relación de A en P, salvo el caso de que el asociante dispensara de manera fraudulenta al asociado de la entrega de su aportación o de parte de ella, porque entonces los terceros, al conocer tal actuación fraudulenta, tendrían derecho a invocar la acción pauliana (arts. 2163, 2169 y ss., CCF).

En principio, todo asociado carece de legitimación pasiva para responder de las acciones deducidas por actos del asociante, y de la misma manera falta la correspondiente legitimación activa de los terceros para invocar dichos actos frente al asociado (art. 256, LGSM), quien ordinariamente solo responde de manera limitada por el valor de su aportación frente al asociante.

Obligación solidaria del asociado

En nuestro derecho positivo, con excepción de las operaciones de crédito (art. 5º, LGTOC), la solidaridad no se presume: resulta de la ley o de la voluntad de las partes (art. 1988, CCF), por lo que en materia de A en P tampoco existe la obligación solidaria del asociado, ni aun cuando haya dado a conocer su participación o realice actos de la negociación, ya que en este último caso respondería directamente por ellos de la misma manera que responde el gestor o, en su caso, el representante. En cambio, en algunas legislaciones se prevé dicha solidaridad para el asociado: *a)* cuando celebra o firma con el asociante los contratos pactados con terceros, sin expresar la participación que cada uno

adquiere (art. 449, CCo de Uruguay); *b*) cuando el asociante, con el consentimiento del asociado, da a conocer su nombre (art. 363, *Ley de Sociedades* argentina); *c*) cuando desaparece el carácter oculto del asociado, ya sea porque él lo revele o porque autorice que se dé a conocer (Argentina y Colombia); y *d*) en el derecho francés, cuando los participantes actúan en calidad de socios, cada uno de ellos es considerado obligado solidario por las obligaciones nacidas en actos cumplidos en tal calidad por la otra parte (art. 1872-1, párr. 2º, CCF).

Obligación directa del asociado

Sin olvidar que, en principio, el asociado no entra en relación con los terceros y que no tiene responsabilidad frente a ellos de las obligaciones asumidas por el asociante, se debe precisar que si ese asociado contratara en su nombre propio como único dueño de los negocios dados en A en P, se obligaría en los mismos términos del asociante y respondería directamente con su patrimonio individual frente a quienes hubiere contratado, y en este caso también podría accionar directamente en contra de dichos terceros.⁷⁶

Acción subrogatoria

Los acreedores del asociante por operaciones de la A en P están en posibilidad de ejercitar la acción subrogatoria en contra del asociado y este en contra de los terceros deudores del asociante en las mismas situaciones.⁷⁷ El ejercicio de la acción subrogatoria por los acreedores del asociante puede operar cumplidos ciertos requisitos: *a*) que conste su crédito en título ejecutivo; *b*) que el deudor haya sido compelido para deducir sus deudas y descuide o rehúse hacerlo; y *c*) que las acciones que ejercite no sean derivadas de derechos inherentes a la persona del deudor. Si se satisfacen tales requisitos, los acreedores del asociante, que en principio solo tienen acción contra él, pueden hacer valer sus derechos, primero frente al asociante en virtud de las operaciones que los ligan, y después contra el asociado, si conocen su participación, a quien pueden exigir que cumpla con el asociante;⁷⁸ es decir, pueden exigir que entregue la aportación que no entregó o que asuma la participación que le corresponda en las pérdidas de la negociación.

La utilización de la acción subrogatoria por el asociado o por los terceros no contradice el art. 256 de la LGSM porque, ciertamente, señala que los acreedores del asociante solo tienen acción contra él y no contra el asociado. Si bien el contrato tiene efectos limitados a las partes, la acción subrogatoria aparece como una excepción para hacer efectivo el pago de las deudas del asociante deudor a los terceros sus acreedores. Sin embargo, para que pueda ejercitarse dicha acción subrogatoria es necesario que se haya hecho previa persecución de todos los bienes del deudor, de forma tal que solo por la acción subrogatoria los acreedores puedan hacer efectivos sus créditos.

Acción pauliana

Otra excepción al principio de que el asociante es el único que responde frente a terceros y que no existen relaciones jurídicas entre el asociado y los terceros la constituye la acción pauliana de los acreedores del asociante para impugnar los reembolsos, quitas, remisiones y compensaciones otorgadas por él al asociado, cuando de estos resulte la insolvencia del asociante y siempre que el crédito de aquello fuere anterior a dichos actos (art. 2163, CCF). Y si el asociante es un comerciante (que es la situación normal), y como consecuencia de haber dispensado al asociado de la obligación de entregar su aportación o de participar en las pérdidas de la negociación deja de cumplir sus obligaciones con terceros, estos pueden solicitar su concurso y, a su vez, esta puede ser fraudulenta, de conformidad con el art. 113 y siguientes de la LCM.

Extinción y liquidación de la asociación en participación

Extinción de la A en P conforme a la ley. La extinción de la A en P, como la de cualquier otro contrato bilateral, puede tener lugar por las causas comunes a estos, como el vencimiento del término pactado, el acuerdo de voluntades, la disconformidad del contrato con la norma que lo regula o por hechos sobrevenidos con posterioridad a la celebración del acto que provoquen la cesación de sus efectos (por ejemplo, condición resolutoria pactada, renuncia o mutuo acuerdo). Además, la A en P se extingue por las otras causas previstas para la extinción de las sociedades en nombre colectivo (art. 259, LGSM), es decir, por la rescisión del contrato respecto de uno de los contratantes, por muerte de alguno de estos y por imposibilidad de continuar realizando el objeto del

contrato (arts. 50, 229 y 230, LGSM). A continuación se analizan las causas de extinción de la A en P.

En atención a la libertad contractual reconocida a las partes del contrato A en P en el art. 255 de la LGSM, que establece: “En los contratos de asociación en participación se fijarán los términos, proporciones de interés y demás condiciones en que deban realizarse”, en el contrato A en P por lo general se establecen las normas que regulan las relaciones internas de las partes y aquellas que prevén la extinción de la A en P; así, si el pacto establece un término fijado en el contrato, pero si nada se ha pactado y se presentan algunas de las circunstancias antes indicadas, puede llegarse también a la extinción de dicho contrato. La A en P, dada su naturaleza contractual y su regulación en la LGSM, queda sujeta a las normas previstas para la terminación de los contratos en general, pero también, por disposición de la ley, a las previstas para la sociedad en nombre colectivo (arts. 50, 229, 230 y 259, LGSM) que no contravengan la naturaleza del contrato.

Expiración del término fijado en el contrato. Este supuesto de expiración del término que la LGSM establece (art. 229, fracc. I) es el más común para la terminación del contrato; la A en P se extingue por el vencimiento del término establecido en el pacto, siempre que no hubiere acuerdo de prórroga, que puede darse ya sea porque no se hubiere conseguido el fin o causa del mismo, porque siendo inicialmente para una operación aislada de comercio se convenga en prorrogar su existencia para la ejecución de otras operaciones o la explotación de una negociación mercantil.

Imposibilidad de cumplir con el objeto. La imposibilidad de seguir realizando el objeto del contrato o su consumación provocan la extinción de la A en P (art. 229, fracc. II, LGSM); en efecto, cuando es imposible continuar con la realización de las operaciones mercantiles y la participación en las utilidades y en las pérdidas de las mismas, procede la extinción del contrato, que se registraría en el registro público si se hubiere inscrito el contrato o la cláusula en la que se determinó la calidad de la transmisión de los bienes aportados (art. 257, LGSM). Esta imposibilidad del objeto la define nuestro CCF como hecho imposible, es decir, como aquel que impide la subsistencia del contrato, porque resultaría incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización (art. 1828); por supuesto, se excluye el hecho de que no pueda

ejecutarse por el obligado, pero sí por otra persona en su lugar (arts. 1829, 2027 y 2064, CCF, y 92, LCM); esto es, que el asociante no podría argumentar la imposibilidad de realizar el objeto de la A en P porque hubiera caído en quiebra o concurso, si el síndico o conciliador declara que puede continuar el contrato (art. 92, LCM).

Acuerdo de las partes. La A en P puede extinguirse por el acuerdo de voluntades del asociado y del asociante. Este mutuo disenso puede manifestarse en forma expresa o tácita (art. 1803, CCF), es decir, porque las partes otorguen su consentimiento verbalmente, por escrito o por signos inequívocos, o bien de manera tácita, cuando dicho consentimiento resulte de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, como sería el traspaso de la negociación objeto de la A en P, con la aquiescencia del asociado (excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente). Este mutuo acuerdo para extinguir el contrato de manera anticipada puede operar ya sea porque se haya establecido en el contrato o bien porque medie el consentimiento posterior de las partes.

Supuesto de la fracción IV del artículo 229 de la *Ley General de Sociedades Mercantiles*. En rigor, este supuesto opera en la A en P en virtud de que es un contrato bilateral y como tal requiere un mínimo de dos voluntades. La A en P no solo requiere ese mínimo, sino que también exige que sean solo las dos partes (el asociante y el asociado), de tal manera que si el número de partes se reduce a una, tendrá lugar la extinción de la A en P, en virtud de que no habrá acuerdo de voluntades para que exista el contrato. Lo mismo sucede si se reúnen en una sola persona el asociante y el asociado,⁷⁹ ya que no habrá A en P porque nadie participaría del riesgo de las operaciones de comercio, y porque para que exista contrato se requiere el consentimiento, el cual, a su vez, necesita el acuerdo de cuando menos dos voluntades (art. 2224, CCF).

Muerte de alguna de las partes. En materia de A en P, la muerte del asociante produce la extinción del contrato, a menos que por pacto se haya establecido la continuación del contrato con sus herederos, porque se trata de un contrato bilateral, y este no podría existir si una de las partes desapareciere (el asociante o el asociado).⁸⁰ En cambio, si hubiere varios asociados y uno de ellos falleciera, la A en P puede continuar con los otros asociados y el asociante; en tal supuesto se produciría únicamente la disolución parcial respecto de ese asociado muerto y el asociante, salvo un nuevo pacto de continuación con sus herederos y el

otorgamiento del consentimiento de estos. Si no existe dicho pacto, se procede a la liquidación de la parte correspondiente al asociado muerto para entregarla a su sucesión, y los herederos tendrán derecho a las utilidades que correspondan a este asociado al momento de su muerte. En lo sucesivo solo tendrán derecho en lo que dependa necesariamente de los derechos adquiridos o de las obligaciones contraídas por su causante (art. 2722, CCF).

Exclusión del asociado. En materia de sociedades, la exclusión de uno de los socios acarrea la disolución parcial del contrato social respecto de ese socio y la sociedad (art. 230, LGSM), o bien, la disolución total del contrato si con dicha exclusión el número de socios es inferior al exigido por la ley (arts. 89, fracc. I, y 229, fracc. IV, LGSM), o se trata de una sociedad personal (arts. 230 y 231, LGSM). En la A en P no opera la figura de la exclusión, ya que no es una sociedad, sino un contrato interpartes, de carácter bilateral, por el que no se crea algún ente distinto del asociado o del asociante. Por ello, no se puede excluir a alguien de un ente que no existe, y más que proceder la exclusión de alguna de las partes procede su resolución, si alguna de ellas no cumple con sus obligaciones, o en su caso el cumplimiento forzoso, más el pago de daños y perjuicios (arts. 88 y 376, CCo).

Rescisión de la asociación en participación. También en materia de rescisión de la A en P se prevé la aplicación supletoria de las disposiciones establecidas para la sociedad en nombre colectivo (arts. 50 y 259, LGSM). Se trata de un procedimiento dirigido a hacer ineficaz el contrato válidamente celebrado, obligatorio en condiciones normales a causa de situaciones externas susceptibles de accionar en juicio económico de alguno de los contratantes o de sus acreedores, cuyo fundamento es el equilibrio perturbado de las prestaciones y su objeto es impedir tal efecto lesivo. La acción de rescisión corresponde a la parte perjudicada y a sus herederos, e incluso a sus acreedores, pero a diferencia de la nulidad, no anula los efectos jurídicos producidos por el acto, e incluso los efectos restitutorios pueden paralizarse si se repara el daño causado, es decir, si se paga la indemnización prescrita (art. 88, CCo) como consecuencia del cumplimiento defectuoso de la otra parte.

A continuación se exponen algunas consideraciones sobre las causas de rescisión de la A en P conforme a la LGSM (art. 50), pero por supuesto también puede pedirse la rescisión si el asociante o el asociado realizan las mismas operaciones en provecho personal sin consentimiento de la otra parte (art. 35, LGSM), si no

lleva un registro adecuado de los negocios del contrato (*cfr.* art. 298 respecto de la comisión), si los descuida o si no realiza las operaciones o no rinde cuenta justificada de su cumplimiento (arts. 255, LGSM, y 291, CCo), y si tanto el asociante como el asociado no entregan sus correspondientes aportaciones.

1. *Supuesto de la fracc. I del art. 50 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.* El art. 50 de la LGSM establece en su fracc. I que el contrato se rescinde por el uso de la firma o del capital social para negocios propios, supuesto que no opera en la A en P porque es claro que no se puede rescindir por el uso de la firma del contrato, ya que en esta no existe la firma ni el capital social: es el asociante quien utiliza su firma en virtud de que las operaciones que realiza son en su nombre propio y no en el nombre social (o de la A en P), y como tal actúa frente a terceros.⁸¹ Sin embargo, por analogía y supletoriedad procedería la acción de rescisión por el asociado si el asociante usara en beneficio propio los bienes aportados por aquel sin hacerle partícipe de las utilidades, como exige el art. 252 de la LGSM; en este caso se aplicaría, más que la fracc. I del art. 50, el pacto comisorio tácito que indica el art. 376 del CCo.
2. *Infracción a las cláusulas del contrato.* Constituye también causa de rescisión del contrato el que cualquiera de las partes viole alguna de las cláusulas contractuales; en tal supuesto, la parte perjudicada tiene derecho a pedir la rescisión en virtud de que el pacto celebrado entre ellas se ha concluido con su consentimiento y ambas se han comprometido a respetarlo, constituyéndose así el contrato en ley entre las partes (art. 255, LGSM). Dicho derecho está previsto en el CCF cuando ocurra que alguno de los obligados no cumpliera (arts. 1949 y 2836), en cuyo caso el perjudicado puede optar entre el cumplimiento forzoso o la rescisión del contrato.
3. *Infracciones o disposiciones legales que rigen la asociación en participación.* Por lo que toca a la violación de las disposiciones previstas en la LGSM para la A en P (arts. 252 a 259), procede también la rescisión del contrato. En este supuesto pueden presentarse varias situaciones:
 - a) Que la infracción a las disposiciones legales sea realizada por ambas partes, es decir, por el asociado y el asociante de común acuerdo. En este caso, si ambos crean un patrimonio separado del particular de cada uno, si establecen una razón o denominación social de la A en P y si

manifiestan ante terceros ser socios de dicha A en P, no solo no existe dicho contrato, sino que podrá tratarse de una sociedad irregular, como lo establece el CCo: “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” (art. 78), por lo que se habría formado una sociedad irregular (art. 2º, tercer párrafo, LGSM).

b) Cuando las violaciones a las normas legales previstas para la A en P son realizadas por el asociante sin consentimiento ni conocimiento del asociado. En este caso, cuando el asociante usa una razón o denominación social para la A en P y manifiesta frente a terceros la existencia de una sociedad, sin la anuencia del asociado, en tanto dicho contrato no se haya inscrito en el Registro de Comercio, constituye una sociedad irregular (art. 2º, tercer párrafo, LGSM), pero el asociado no culpable de dicha irregularidad tiene derecho a solicitar la rescisión del contrato y, en consecuencia, la liquidación de la sociedad, porque sin su consentimiento el asociante violó las disposiciones propias de la A en P y pretendió obligar como socio a dicho asociado, cuando este solo quiso obligarse en un contrato de A en P.

c) El registro del contrato de A en P en el Registro Público de Comercio. El art. 254 de la LGSM establece que la A en P debe constar por escrito y no está sujeta a registro, pero las partes pueden hacerlo, ya que aunque la inscripción del acto jurídico implica su publicidad, esta no modifica la naturaleza de la A en P que, aun cuando es oculta, esto no es esencial, ya que puede ser dada a conocer a terceros y mantener su naturaleza; es decir, la inscripción de la A en P en dichos registros públicos no la convierte en sociedad.

La propia LGSM (art. 257) prevé la inscripción de la A en P, aunque de manera indirecta, cuando establece la inscripción de la cláusula del contrato en la que se determine la calidad de la transmisión de las aportaciones. En estas condiciones, si las partes inscriben el contrato no violan el art. 254 citado; en todo caso, el registro de la A en P da mayor seguridad a las partes que en él intervienen.

4. *Comisión de actos fraudulentos o dolosos.* La comisión de estos actos como

causa de rescisión, prevista en el art. 50, fracc. iv, de la LGSM, opera en la A en P por aplicación del derecho común, aunque este únicamente prevé la anulación de esos actos y no del contrato (art. 2228, CCF).

5. *Quiebra o concurso, interdicción o inhabilitación del asociante.* La LGSM establece como causa de rescisión de la sociedad en nombre colectivo la quiebra (concurso), interdicción o inhabilitación para ejercer el comercio (art. 50, fracc. v), circunstancias que operan en la A en P cuando el asociante incurre en tales supuestos.

Denuncia del contrato. La denuncia extingue una relación duradera como tal, aunque puede subsistir una relación de obligación simple cuando no se hayan cumplido ciertas prestaciones o subsistan derechos de indemnización fundados en infracciones al pacto.⁸² En lo que concierne a la A en P, la denuncia o retiro del asociado o del asociante es causa de extinción del contrato; ello acontece cuando no se pactó por tiempo determinado, y como a nadie se puede condenar a permanecer de por vida en una relación contractual, existe el derecho de retirarse del contrato y, consecuentemente, de extinguirlo.

En este caso no debe mediar mala fe de los contratantes; por ello, en derecho extranjero, el CCF francés (art. 1872-2) exige una notificación dirigida a la otra parte, de buena fe y que no sea hecha de forma intempestiva, para que proceda la terminación del contrato. Disposición similar aparece en el CCF por lo que hace al arrendamiento, y en cuanto a contratos asociativos, la renuncia se considera maliciosa cuando una parte se propone aprovechar exclusivamente los beneficios o evitarse pérdidas que debería recibir o reportar en común con arreglo al convenio (art. 2723, CCF).

Por lo que toca a que el aviso no se haga en forma extemporánea, conforme al CCF (art. 2724), significa que debe hacerse cuando las cosas se encuentren en su estado íntegro, si la sociedad puede ser perjudicada con la disolución que originaría la renuncia; sin embargo, en la A en P es difícil determinar el momento en que las cosas se hallan en ese estado, puesto que la renuncia por parte del asociante, del asociado o de los asociados, siempre traerá como consecuencia la terminación del contrato.

Otras causas de extinción

La pérdida de la calidad de comerciante y la prohibición de comerciar, que no están directamente relacionadas con las causas previstas para la extinción de las sociedades en nombre colectivo, acarrean también la extinción del contrato de A en P, siempre que quien haya perdido la calidad de comerciante o le esté prohibido comerciar sea el asociante y la A en P tenga por objeto todo un negocio mercantil. No ocurriría la extinción si se tratara de un acto aislado, o si en tales supuestos se encontrara el asociado, porque este no requiere ser comerciante, ni su escasa actuación en la A en P supone ejercicio alguno de comercio; participa en el riesgo de las operaciones, pero no en la ejecución de ellas; en cambio, la pérdida de la calidad de comerciante del asociante trae como consecuencia la extinción del contrato de A en P, ya que se trata de la realización de actividades lucrativas, de actos de comercio. Para que el contrato de A en P se extinga por la imposibilidad de comerciar del asociante, se requiere que las operaciones relativas a su cargo sean retiradas y hagan de él su ocupación ordinaria (art. 3º, CCo); si este fuera el caso y pierde la calidad de comerciante, no podrá realizar el fin (u objeto) del contrato por la imposibilidad de comerciar, lo que hará que el contrato termine. En cambio, si se trata de una A en P para una operación aislada de comercio, el contrato no se extinguiría porque no se requeriría dicha calidad (comerciante) para realizar el objeto del contrato.

La prohibición de ejercer el comercio constituye una causa más absoluta para dar por terminado el contrato si el asociante, después de celebrar una A en P, adquiere el carácter de corredor; o si es declarado en quiebra o concurso y no ha sido rehabilitado, o si en sentencia ejecutoriada ha sido condenado por delitos contra la propiedad, incluidos la falsedad, el peculado, el cohecho o la concusión (art. 12, CCo), no podrá en principio ejercer el comercio y por ello se verá impedido para realizar las operaciones de la A en P y el contrato habrá de terminarse por la imposibilidad de conseguir su objeto y por la incapacidad del asociante.

Se debe tomar en cuenta que la LCM tiene como propósito que continúe la empresa del concursado, debido a lo cual por regla general los contratos pendientes de ejecución no quedan rescindidos y el comerciante está obligado a continuar en su ejecución, a menos que el conciliador determine otra cosa (art. 100, LCM); de ahí que la quiebra o el concurso del asociante no siempre acarrean la extinción del contrato, aunque para la doctrina extranjera dicha quiebra necesariamente es causa de extinción de la A en P,⁸³ pues se considera que el asociante pierde el poder de realizar la gestión del negocio y que el asociado

puede, entonces, hacer valer su crédito, siempre que no sea absorbido por las pérdidas, y también debe desembolsar la parte debida al asociante; sin embargo, es posible continuar con el contrato,⁸⁴ y en tal caso el asociado puede pedir la participación de utilidades a que tiene derecho.

Situación distinta es la liquidación de la empresa del asociante que constituya el objeto de la A en P, la que sí traería su extinción por falta del objeto, o también que al quebrar o entrar en concurso el asociante, el síndico o el conciliador declare rescindido el contrato, o que el asociado, en tales condiciones, no quiera continuar el contrato.

Liquidación de la asociación en participación. A diferencia de la liquidación de las sociedades, la extinción de la A en P no da lugar a una liquidación propiamente dicha, ya que esta supone un patrimonio por liquidar y repartir, así como relaciones entre terceros y una persona moral; en cambio, en la A en P se trata de liquidación de operaciones, que se concreta con una rendición de cuentas del asociante al asociado, a fin de determinar los derechos y las obligaciones de cada uno de ellos y, en su caso, el pago de utilidades. Este procedimiento debe hacerse, a falta de estipulaciones especiales, según las reglas previstas para las sociedades en nombre colectivo, pero por no tratarse de una sociedad, de manera mucho más sencilla, e incluso algunas disposiciones previstas para dichas sociedades podrán no serle aplicables.

En efecto, que la consecuencia obligada de la extinción de la A en P sea su “liquidación”⁸⁵ no significa que deba procederse como en materia de sociedades; la terminación del contrato no tiene influjo sobre el resto de los negocios mercantiles que pueda explotar el asociante,⁸⁶ porque este tiene libertad para la consecución de sus otros negocios particulares. En tal sentido, habrá una “liquidación” similar a la de una empresa individual o de un negocio separado, pero no a la de una sociedad que supone la existencia de un ente;⁸⁷ no se trata propiamente de una liquidación, en el sentido de realizar operaciones jurídicas procedentes con terceros, sino de un arreglo de cuentas limitado a la relación interna entre asociante y asociado, cuya consecuencia será la liberación en lo futuro de toda obligación contractual entre ellos.⁸⁸

Extinguida la A en P, el asociante no puede emprender nuevas operaciones en relación con el contrato de A en P, pero debe terminar aquellas en curso, en las cuales el asociado está interesado; terminadas tales operaciones, o bien, una vez

rescindido el contrato, el asociante debe rendir cuentas de las operaciones, de las aportaciones y de las utilidades o pérdidas de la misma conforme al art. 242, fracc. v, de la ley y del pronunciamiento expreso en tal sentido de la SCJN, que ha prescrito no solo tal obligación, sino también el derecho de crédito del asociado y la entrega a que tenga derecho (pero es importante señalar que no se habla de *liquidación*).⁸⁹ Para la liquidación de la A en P no será necesario el nombramiento de un liquidador, porque no hay un patrimonio por realizar, ya que se trata de un ajuste de cuentas que puede hacerse sin intervención de aquel.⁹⁰ En las sociedades, en cambio, dicho nombramiento se exige y puede hacerse en la misma escritura social (arts. 6, fracc. XIII, y 236, LGSM), o bien designándole por la asamblea de socios al ser declarada o realizada la disolución, o nombrarse por autoridad judicial a petición de socio.

Sin embargo, si el asociante y el asociado nombran liquidador, este solo sería mandatario de los contratantes y no representantes de una sociedad (art. 235, LGSM), y sus poderes serán los mismos que reconoce la ley para los liquidadores de las sociedades (arts. 235, 239, 242, 245, LGSM, y 38, CCo). El asociante, mientras tanto, podrá continuar administrando los negocios en curso sin poder emprender otro por cuenta común. El procedimiento de liquidación debe concretarse, en principio, a la ejecución de operaciones ya iniciadas, al pago y a la restitución de cuanto ha sido conferido por el asociado sin transmisión de propiedad, aumentado o disminuido por las utilidades o pérdidas de la negociación y conforme a las estipulaciones relativas del contrato o la resolución de los contratantes, y a falta de estas, las previstas para las sociedades en nombre colectivo (art. 240, LGSM).

Así, la liquidación deberá realizarse: primero, cubriendo la totalidad del pasivo de las operaciones, y después la distribución del remanente entre el asociante y el asociado como cuota de liquidación de acuerdo con la forma pactada en el contrato (art. 246, LGSM), o, en su defecto, siguiendo las reglas del propio art. 246 de la LGSM, en proporción a sus aportaciones; si ambas fueron de capital, la mitad de las ganancias para cada uno; si uno de ellos aportó capital y el otro industria, y si el asociado prestó esta solamente, no reportará pérdidas (art. 16, fracc. III, LGSM). En cambio, si quien aportó solo su industria fue el asociante, responderá de aquella en la medida en que supere el valor de la aportación del asociante (art. 258, LGSM); si, por el contrario, no hubiere pérdidas en las operaciones, el asociante no solo deberá entregar la participación de utilidades, sino también los

bienes aportados –cuando no se transmitió la propiedad–, los cuales, si el pacto lo permite, pueden restituirse en especie diferente.

En síntesis, se puede decir que las operaciones de dicha liquidación se producen en tres fases: *a)* la determinación de los elementos de activo y pasivo de las operaciones, realización del pago a los acreedores por dichas operaciones y recuperación, si fuere el caso, de los bienes de la negociación que se encuentren en poder de esos acreedores; *b)* la partición de los beneficios y de las pérdidas en la medida en que tales participaciones no se hubieren realizado anteriormente, y *c)* el reembolso de las aportaciones en tanto no hayan sido transmitidas en propiedad, pues de ser el caso, se procedería a su división y distribución entre ambos contratantes (art. 246, fracc. II, LGSM).

Autoevaluación

1. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la asociación en participación?
2. En el derecho comparado, ¿qué legislaciones califican la asociación en participación como sociedad accidental?
3. ¿Cuál es el concepto de asociación en participación?
4. ¿Es esencial a la asociación en participación su carácter oculto?
5. ¿Qué derechos adquiere el asociado?
6. Explique a quién corresponde la propiedad de los bienes aportados por el asociado, sus efectos y consecuencias con terceros.
7. En caso de que el asociado aporte bienes y el asociante sus conocimientos y servicios, ¿quién responde de las deudas derivadas de la asociación en participación y en qué proporción?
8. ¿Puede el asociado dedicarse a realizar por cuenta propia operaciones o negocios similares a los que son objeto de la asociación en participación?

9. ¿Es válido pactar en el contrato que el asociado no soporte las pérdidas del negocio?, ¿por qué?
10. ¿Cómo se extingue la asociación en participación?

- 1 Armandino Pruneda G., “Notas sobre el contrato mercantil de asociación en participación”, en *Lecturas Jurídicas*, Universidad Autónoma de Chihuahua, núm. 58, agosto-octubre, México, 1975, p. 21.
- 2 Salvatore Giovanni Grandi, *L’Associazione in Partecipazione*, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milán, 1939, p. 10.
- 3 Cfr. *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix Barral, vol. VI, Barcelona, 1975, p. 81.
- 4 Clarisa Hardy, “Conflicto social en el campo, Sinaloa 1970-1980. Campesinos y agricultores: una alianza desigual, antecedentes para un debate necesario”, mimeografiado, versión para discusión, Sinaloa, México, mayo de 1980, pp. 16 y 17.
- 5 Paul Rehme, *op. cit.*, p. 45.
- 6 Felipe de Solá Cañizares, *El contrato de participación en el derecho español y en el comparado*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1945, p. 5.
- 7 Paul Rehme, *op. cit.*, p. 45.
- 8 *Ibidem*, pp. 45 y ss.; para el estudio del texto del *Código de Hammurabi*, cfr. S. A. Kramer, *La historia empieza en Sumer*, Ayma, Barcelona, s/a, pp. 101 a 104.
- 9 Umberto Navarrini, *Trattato elementare di diritto commerciale*, vol. II, Fratelli Bocca Editori, Turín, 1934, pp. 12 y siguientes.
- 10 R. Gay de Montella, *Tratado práctico de sociedades mercantiles*, t. I, Bosch, Barcelona, 1948, pp. 19 y 20.
- 11 Sara Bialostosky, “Antecedentes de las sociedades mercantiles en el derecho romano”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 74, UNAM, México, 1969, pp. 200 y siguientes.
- 12 Cfr. Antonio Azara, voz “Commenda”, en el *Novissimo Digesto Italiano*, vol. III, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Turín, 1957, pp. 607 y siguientes.
- 13 Véase Levin Goldschmidt, *Storia del diritto commerciale*, trad. de Vittorio Pouchain y Antonio Scialoja, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Turín, 1933, p. 203.
- 14 Cfr. Ignacio Galindo Garfias, “Asociaciones y sociedades”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. IX. Núms. 35-36, UNAM, México, 1959, p. 194.

- 15 Joaquín Garrigues, *Tratado de derecho mercantil*, t. I, Revista de Derecho Mercantil, Madrid, 1947, pp. 577 y siguientes.
- 16 Manuel Broseta Pont, *Manual de derecho mercantil*, Tecnos, Madrid, 1974, pp. 330 y siguientes.
- 17 Ageo Arcangeli, *Scritti di diritto commerciale ed agrario*, Cedam, Padua, 1935.
- 18 Véase Rodríguez de San Miguel, *op. cit.*, p. 639.
- 19 Este precepto es importante por lo que toca a nuestra ley vigente, en cuanto a tal transmisión de propiedad de los bienes aportados en A en P, la cual, según el art. 257, frente a terceros, corresponde al asociante.
- 20 La LGSM denomina a nuestra figura *asociación*, establece que es un contrato (art. 252) y prescribe que la A en P funciona, se disuelve y liquida, a falta de estipulaciones, conforme a las reglas establecidas para las sociedades en nombre colectivo (art. 259).
- 21 Cfr. en este sentido a Felipe de Solá Cañizares, *op. cit.*, p. 45. Para el estudio de la asociación en participación pueden consultarse también: Ageo Arcangeli, *op. cit.*; J. Arias Bonet, “Societas Publicanorum”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, serie 1a., t. XIX, núm. 1, Madrid, 1948-1949; Antonio Azara, *op. cit.*; Enrique Aztiria, “Origen y evolución histórica del derecho comercial y antecedentes argentinos”, en *Lecciones y ensayos*, núm. 8, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1958; Jorge Barrera Graf, *Tratado de derecho mercantil*, Porrúa, México, 1958; Sara Bialostosky, *op. cit.*; Manuel Broseta Pont, *op. cit.*; Rodolfo Calamandrei, *Delle società e delle associazioni commerciali*, vol. I, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Turín, 1884; Guillermo Céspedes del Castillo, “Seguros marítimos en la carretera de Indias”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, serie 1a., vol. I, Madrid, 1948-1949; M. Delangle, *Delle società di commercio. Commento del titolo III, libro I, del Codice di commercio*, trad. Giuseppe D’Angelo, Venecia, 1847; Henri Lévy-Bruhl, *Histoire juridique des sociétés de commerce en France aux XVIIe et XVIIIe siècles*, Les Éditions Domat-Montchrestien, París, 1938; Roberto Mantilla Molina, *Derecho mercantil*, Porrúa, México, 1981; José Martínez Gijón, “La comenda en el derecho español. II. La comenda mercantil”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, serie 1a., t. XXXVI, núm. 1, Madrid, 1966; Rodolfo Mezzera Álvarez, *Curso de derecho comercial*, t. II, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1957; Umberto Navarrini, *op. cit.*; Pedro Pérez Herrero, *El Consulado de Comerciantes de la Ciudad de México y las reformas borbónicas. El control de los medios de pago durante la segunda mitad del siglo XVIII*, tesis profesional para obtener el grado de doctor en Historia, El Colegio de México, México, 1981; Paul Rehme, *Historia universal del derecho mercantil*, trad. E. Gómez Orbaneja, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941; Juan Rodríguez de San Miguel, *Curia Filípica Mexicana*, edición facsimilar, UNAM, México, 1978; Rodolphe Rousseau, *Sociétés commerciales*, t. II, París, 1878; Fernando Vázquez Arminio, *Derecho mercantil. Fundamentos e historia*, Porrúa, México, 1977. Así también: *Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias*, Título 46, Libro Nono, Ley LXXV, Consejo de la Hispanidad, Madrid, 1948; *Los Códigos españoles concordados y anotados*, t. duodécimo, *Nueva Recopilación, Autos Acordados, Ordenanzas de Bilbao*, 2a. ed., Madrid, 1873, y *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix Barral, vol. VI, Barcelona, 1975; Umberto Navarrini, *op. cit.*; Gay de Montella, *op. cit.*; Levin Goldschmidt, *op. cit.*; Joaquín Garrigues, *op. cit.*, y Manuel Broseta Pont, *op. cit.*
- 22 Según se desprende de la exposición de motivos de la misma *Ley de Sociedades* argentina, publicada en el *Boletín Oficial* el 25 de abril de 1972.

- 23 Se requiere que ese acuerdo de voluntades recaiga sobre un objeto de interés jurídico de carácter patrimonial, es decir, relacionado con los bienes, derechos y obligaciones de la persona, cuyo conjunto integra su patrimonio y sirve para garantizar a los acreedores el pago de sus obligaciones, y al mismo tiempo concede la posibilidad de intercambiar unos bienes con otros. *Cfr.* Miguel Ángel Zamora y Valencia, *Contratos civiles*, Porrúa, México, 1981, pp. 29 y siguientes.
- 24 *Cfr.* la exposición de motivos de la LGSM, publicada con la propia ley en el Diario Oficial el 4 de agosto de 1934.
- 25 Jorge Barrera Graf, *Las sociedades en derecho mexicano*, UNAM, México, 1983, pp. 136 y 173.
- 26 *Cfr.* en la doctrina a Manuel Broseta Pont, *op. cit.*, p. 330, y en el mismo sentido, Giuseppe Valeri, *Manuale di diritto commerciale*, t. II, Cammelli, Florencia, 1946, p. 194.
- 27 Así, Jorge Barrera Graf (*ibidem*), quien expresa que “en la fase constitutiva de la sociedad existe la contraposición de intereses que se manifiesta en los esfuerzos de los socios de obtener las máximas ventajas, en cuanto a utilidad, y ofrecer el mínimo de sacrificio, en cuanto a aportaciones”; en el mismo sentido *cfr.* César Vivante, *op. cit.*, pp. 331 y siguientes.
- 28 Jorge Barrera Graf, *op. cit.*
- 29 Así, Amparo Directo 297/57, en Informe al *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, Cuarta Parte, Tercera Sala, Vol. XVIII, Página 30.
- 30 El art. 747 del CCF expresa que solo pueden ser objeto de apropiación las cosas que no están fuera del comercio. Véanse también los arts. 748 y 749.
- 31 Y para la legislación francesa (art. 1872-1, Código Civil), de calidad diferente si se trata de una A en P de naturaleza civil.
- 32 *Cfr.* Roberto Alfredo Muguillo, *op. cit.*, pp. 79 y siguientes.
- 33 *Cfr.* Rodolphe Rousseau (*op. cit.*, p. 48), quien sobre el anterior art. 47 del CCo francés indica que bajo el imperio de tales ideas se decidió que la A en P solo tenía lugar en vista de una o varias operaciones que pudieran sucederse, pero de las cuales cada una debía ser seguida de su liquidación, de tal manera que aquellas operaciones que comprendieran una serie de negocios sobre una especie de mercancías y que establecieran una “sociedad” de intereses continuos serían sociedades colectivas o en comandita simple, pero no A en P. *Cfr.* pp. 50 y 51.
- 34 César Vivante, *op. cit.*, p. 586; Gay de Montella, *op. cit.*, pp. 356 y ss., y Mezzera Álvarez, *op. cit.*, p. 192.
- 35 *Cfr.* el art. 2549 del CCF italiano. En virtud de la unificación de la legislación civil y mercantil en un solo ordenamiento (CCF), sería difícil determinar si su naturaleza es de aquel o de este carácter.
- 36 *Cfr.* Roberto Alfredo Muguillo, *op. cit.*, p. 72.
- 37 Así, Ripert, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 154.

- 38 Cfr. Roberto Mantilla Molina, *op. cit.*, p. 187.
- 39 Véase Bernardo Pérez Fernández del Castillo, *Derecho notarial*, Porrúa, México, 1981, p. 64.
- 40 Requisito que exige este código galo cuando se trata de una A en P de naturaleza civil.
- 41 Jorge Barrera Graf, *Inversiones extranjeras*, Porrúa, México, 1975, p. 108.
- 42 Cfr. Felipe de Solá Cañizares (*op. cit.*, pp. 45 y ss.) dice que como el CCo español establece en su art. 239: “podrán los comerciantes interesarse los unos en operaciones de los otros...”, para ese derecho solo pueden celebrar una A en P quienes tienen la calidad de comerciantes.
- 43 En la doctrina extranjera, Julius von Gierke (*op. cit.*, p. 361) considera obligación del asociado la entrega del aporte.
- 44 Para Roberto Alfredo Muguillo (*op. cit.*, p. 30) el asociado, por su carácter y responsabilidad, no puede aportar obligaciones de hacer.
- 45 Sobre la diferencia entre la A en P y el contrato de trabajo, cfr. Giovanni E. Colombo, “Associazione in partecipazione, cointeressenza, contratto di lavoro subordinato”, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, año LX, núms. 9-10, sept.-oct., 1962, Milán.
- 46 Francesco Messineo, *op. cit.*, p. 7.
- 47 Cfr. Giuseppe Ferri, *op. cit.*, p. 1436.
- 48 De la misma manera, sería inexistente el contrato de A en P si su objeto consistiera en la prestación de un hecho y este no existe; cfr. arts. 1794 y 2224 del CCF. En el derecho francés, Ripert (*op. cit.*, p. 157) considera que no hay sociedad sin ellas; pero, en vista de que la A en P no tiene personalidad, no pueden serles transferidas dichas aportaciones. El hecho de que deba existir una aportación en la A en P no deriva de que sea una sociedad, sino de que se trata de un contrato y, como tal, requiere un hecho o una cosa que el obligado en la relación contractual deba hacer o prestar.
- 49 Cfr. Jorge Barrera Graf, *Las sociedades...*, p. 53.
- 50 En la doctrina italiana, para Umberto Navarrini (*op. cit.*, p. 215) el asociado no solo debería responder en proporción a su aportación, sino también ilimitadamente porque sin límite es la responsabilidad del asociante.
- 51 Prestando su obra bajo la dirección del asociante podrá administrar y representar las operaciones (en que participa de los resultados) en los límites y poderes que aquel le confiera, pero no podrá hacerlo en nombre de un ente colectivo porque no existe tal. Cfr. Giuseppe Ferri, *op. cit.*, p. 1437.
- 52 Cfr. Gay de Montella, *op. cit.*, p. 356.
- 53 Cfr. Joaquín Garrigues, *op. cit.*, pp. 329 y siguientes.
- 54 Cfr. Francesco Messineo, *op. cit.*, p. 8; Umberto Navarrini (*op. cit.*, p. 71) señala que si el asociante quiebra, quiebra solo; también véase César Vivante, *op. cit.*, pp. 478 y 479, y Manuel Broseta Pont, *op.*

cit., p. 335.

- 55 En el derecho italiano, el CCF (art. 2552) prevé que se realice anualmente dicha rendición, si la gestión se prorroga. *Cfr.* Umberto Navarrini, *op. cit.*, p. 214. También en Venezuela, *cfr.* art. 366 del CCo.
- 56 Como sí lo hace en derecho extranjero el CCF italiano (art. 2552, párrafos segundo y tercero). En la doctrina, *cfr.* Giuseppe Valeri (*op. cit.*, p. 195), quien considera que respecto de la información que debe proporcionar el asociante, el asociado solo tiene un derecho “por fuerza de ley”, que es únicamente el de la rendición de cuentas, pero no el control sobre la gestión. Véase también César Vivante, *op. cit.*, p. 583.
- 57 Innocenti Osmida, “Questioni in tema di associazione in partecipazione e di società”, en *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, vol. XXXII, segunda parte, año XVI, núm. 5, Milán, octubre de 1951, pp. 385 y 388; considera que el control que pueda ejercitar el asociado solo debe referirse a los resultados de los actos de gestión.
- 58 Por ello en la doctrina, Lorenzo Mossa (*Derecho mercantil*, Uteha, Buenos Aires, 1940, pp. 214 y ss.) considera que no solo se justifica el control del asociado cuando sospecha una mala administración por parte del asociante, en su daño, sino que incluso se justifica el secuestro de bienes de la negociación o empresa de dicho asociante para garantizar sus derechos, aun con bienes que no le pertenecen, pero pueden pertenecerle al liquidarse el contrato de A en P. En cambio, para Manuel Broseta Pont (*op. cit.*, p. 334), el asociado tiene la obligación de no inmiscuirse en la gestión del negocio.
- 59 Giovanni Grandi, *op. cit.*, p. 58.
- 60 Se convertirá en sociedad irregular si incurre en los supuestos del art. 2º, párrafo tercero, de la LGSM.
- 61 Felipe de Solá Cañizares, *op. cit.*, p. 151, y Merino Merchan, *op. cit.*, p. 292.
- 62 *Cfr.* Rodrigo Uria, *op. cit.*, p. 355.
- 63 *Cfr.* Giovanni Grandi, *op. cit.*, p. 34; en este sentido, *cfr.* también Tullio Ascarelli, *Studi in tema di società*, *op. cit.*, p. 440, quien agrega que tal restitución no es tutelable con una acción de reivindicación, sino con una personal, porque es consecuencia de una obligación entre asociados y no de la permanencia de un derecho de propiedad del asociado.
- 64 Así, en la doctrina italiana, Tullio Ascarelli (*op. cit.*, p. 42) expresa que el asociado puede incluso discutir en juicio la veracidad o exactitud de la rendición de cuentas.
- 65 *Cfr.* Óscar Vásquez del Mercado, “Venta de inmuebles aportados a una asociación en participación”, en *JUS, Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, t. XXXVII, núm. 153, julio-septiembre, México, 1957, p. 466.
- 66 Véase, en el derecho francés, Philippe Merle, *op. cit.*, p. 435. *Cfr.* también los arts. 510 del CCo chileno y 366 del CCo de Venezuela.
- 67 En contra Umberto Navarri, *op. cit.*, p. 216, para quien el hecho de que el asociado pierda la propiedad de las cosas conferidas y pasen a propiedad del asociante es una norma inderogable dirigida esencialmente a terceros que tratan con el asociante.
- 68 *Cfr.* Vásquez del Mercado, *op. cit.*, p. 473; en la doctrina italiana, De Gregorio (*op. cit.*, p. 426)

considera que no se transmite la propiedad si no existe una declaración de querer enajenar y querer adquirir.

- 69 Giuseppe Ferri, *op. cit.*, pp. 1435 y siguientes.
- 70 Felipe de Solá Cañizares, *op. cit.*, p. 128. Cfr. Mantilla Molina, *op. cit.*, pp. 189 y 190, quien admite que no es absoluta la presunción que establece que respecto de terceros los bienes aportados por el asociado sean propiedad del asociante, y agrega que si los terceros no encuentran en los registros públicos la inscripción de que se ha realizado una transmisión, no están facultados para presumir que se ha hecho.
- 71 Marcel Hamiaut, *La réforme des sociétés commerciales*, Dalloz, París, 1966, p. 92; a ello alude el autor al criticar la ley núm. 66-537 del 24 de julio de 1966, y advierte que respecto de la A en P se mantiene el conjunto de reglas antiguas del CCo, pero con una “denominación más justa” de *sociétés en participation*.
- 72 Vásquez del Mercado, *op. cit.*, p. 459 y ss., y para De Gregorio, *op. cit.*, p. 418, ello hace que los terceros no tengan algún motivo para contar con la responsabilidad del asociado.
- 73 Joaquín Garrigues, *op. cit.*, t. II, p. 62, señala que consecuencia de que el asociante obre en nombre propio es que los terceros que contratan con él solo tengan acción contra él mismo y no contra los demás interesados.
- 74 Cfr. Giovanni Grandi, *op. cit.*, p. 69; De Gregorio, *op. cit.*, p. 430.
- 75 Cfr. César Vivante, *op. cit.*, p. 587.
- 76 El CCF francés (art. 1872-1, párrafo primero) establece que cada parte contrata en su nombre personal y solo ella se compromete respecto de terceros.
- 77 Cfr. en nuestro derecho a Roberto Mantilla Molina, *op. cit.*, p. 191, y en la doctrina extranjera a Manuel Broseta Pont, *op. cit.*, p. 336; César Vivante, *op. cit.*, p. 587; Francesco Messineo, *op. cit.*, p. 8, y De Gregorio, *op. cit.*, p. 423.
- 78 Cfr. J. Merino Merchan, “Dos problemas en torno a las cuentas en participación”, en *Jus, Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, t. XXXVII, núm. 153, julio-septiembre de 1957, México, pp. 263 a 260, quien expresa que la acción subrogatoria “es una medida extraordinaria que opera en el campo de lo excepcional, y en virtud de la cual un tercero irrumpe en la esfera personal de los contratos, haciendo valer los derechos y las acciones de su deudor”.
- 79 Véase Escarra, *op. cit.*, nota 67.
- 80 Cfr. Innocenti Osmida (*op. cit.*, p. 388), para quien la muerte del asociado como causa de extinción del contrato tiene su fundamento jurídico en la tutela del interés privado, es decir, el “propósito social”, que debe ser protegido jurídicamente frente a los intereses de los herederos en el momento de la disolución de la A en P.
- 81 Julius von Gierke (*op. cit.*, p. 364) expresa que cuando el asociante realiza operaciones ajenas al objeto del contrato, el asociado tiene derecho al pago de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato y derecho a renunciarlo.

- ⁸² Cfr. Jaime Santos Briz, “La relación de liquidación o extinción en algunos contratos”, en *Revista de Derecho Privado*, octubre de 1960, Madrid, p. 790.
- ⁸³ Felipe de Solá Cañizares, *op. cit.*, p. 212; Joaquín Garrigues, *op. cit.*, t. II, p. 60; R. Gay de Montella, *op. cit.*, p. 349, y Julius von Gierke, *op. cit.*, p. 364.
- ⁸⁴ Cfr. Umberto Navarrini, *op. cit.*, p. 217, quien considera que en este supuesto el contrato sí puede continuar.
- ⁸⁵ Rodrigo Uria, *op. cit.*, p. 356.
- ⁸⁶ Joaquín Garrigues, *op. cit.*, t. II, p. 63.
- ⁸⁷ Cfr. Umberto Navarrini, *op. cit.*, p. 217.
- ⁸⁸ Cfr. Joaquín Garrigues, *op. cit.*, p. 63.
- ⁸⁹ Tesis 145, en Jurisprudencia definida, Apéndice al *Semanario Judicial de la Federación*, t. XCVII, 1975.
- ⁹⁰ Roberto Mantilla Molina, *op. cit.*, p. 192.

Joint venture

Propósitos

Al concluir este capítulo, el lector comprenderá el contenido del contrato de joint venture, o de empresa conjunta o coinversión, sus similitudes y diferencias con la asociación, su mercantilidad, elementos y contenido.

Función económica

La expresión *joint venture* se utilizó para denominar la relación emergida de la coparticipación en una actividad específica a la que se le aplican las reglas de la *partnership*. El contrato de *joint venture*, al igual que el de A en P, es un negocio de colaboración; surge como una respuesta a las exigencias del comercio, que desde sus comienzos fue practicado con el auxilio y la colaboración de otros sujetos, permitiendo la aparición de figuras como la *commenda*, antecedente de la asociación en participación y de las sociedades en comandita,¹ el contrato estimatorio, la agencia, la mediación, la comisión, el crédito documentario, etc., que permitieron a una persona, a cambio de una contraprestación o participación, asegurar la venta o compra de productos con el auxilio del *commendatario*, del agente, del comisionista o del mediador y del acreditante.

Posteriormente, la consolidación de los Estados nacionales facilitó e hizo necesarias la cooperación y la integración de los Estados (la creación de la Liga de Naciones y después la de la Organización de las Naciones Unidas), sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, con el Plan Marshall para la reconstrucción de Europa, que estableció un plan conjunto de cooperación, la creación de organismos como el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT) y la Organización Europea para la Cooperación Económica (OECE).

Asimismo, para hacer frente a la competencia, facilitada por la existencia de nuevos mercados, rutas de comunicación y canales de distribución, el desarrollo de la tecnología, la apertura de los Estados a la inversión extranjera, las diversas legislaciones nacionales, el crecimiento y la expansión de las empresas en las diversas actividades económicas, la facilidad de incursionar en nuevos mercados o de captar de recursos foráneos, los empresarios y los comerciantes se han visto obligados a utilizar mecanismos tanto internos –el incremento de capital, financiamientos– como externos –la colaboración y cooperación con otros empresarios– que les permitan controlar y asegurar las fuentes de insumos a costos competitivos, los canales de distribución y la integración de unidades productivas, para la investigación y el desarrollo de tecnología y su acceso; la participación en común en los riesgos que supone la inversión de ciertos sectores económicos y el uso más racional de los recursos humanos y materiales, con el fin de facilitar la distribución y producción de productos o la redistribución de zonas económicas.²

Para ello, se ha recurrido a diversas formas asociativas o meramente contractuales, por medio de las cuales se establecen vínculos jurídicos transitorios o permanentes para realizar en común determinadas actividades, ya sea adoptando la forma de una sociedad con personalidad jurídica propia a la que se aportan bienes o servicios, o bien sin alterar su individualidad, por medio de esquemas contractuales de colaboración o de cooperación en coordinación que se manifiestan como acuerdos o convenios transitorios; consorcios; cárteles; agrupaciones; empresas conjuntas; alianzas estratégicas; concentraciones nacionales (en las industrias de productos metálicos, maquinaria y equipo, sustancias químicas, derivados del petróleo y productos de plástico, alimentos y bebidas, de servicios financieros, telecomunicaciones y hotelería) o internacionales³ (en donde la globalización de la economía mundial y la creciente integración económica de los países a los mercados internacionales generan cambios profundos en la estructura de la industria residente, y que se manifiestan principalmente en la tendencia ascendente de la inversión extranjera y en el número importante de concentraciones internacionales); las que tienen su origen en operaciones mundiales (conocidas generalmente como *megaconcentraciones*), en transacciones realizadas directamente en territorios nacionales por agentes económicos extranjeros o sus empresas subsidiarias, y en compras de activos de propiedad extranjera o de sus subsidiarias por agentes económicos nacionales.

Así, al lado de la colaboración, en donde una de las partes involucradas accede y conviene en realizar una actividad en beneficio propio y, como consecuencia, en beneficio de la otra parte, surge la cooperación y la agrupación de empresarios, en donde todas las partes tienen intereses comunes, prevalece la igualdad de trato y la coordinación entre las mismas; así como la llamada *agrupación de sociedades*, entidades que forman conjuntos económicos constituidos por varias sociedades que conservan su independencia jurídica, pero que se encuentran unidas por vínculos financieros, comerciales, industriales o de servicios, en donde una de las sociedades (la controladora) ejerce poder y decisión sobre las otras (controladas) y hace prevalecer en el seno del conjunto sus decisiones, que se traducen en homogeneidad de fines y de acción.⁴

Estos fenómenos de la cooperación y agrupación responden a intereses de pequeños, medianos y grandes empresarios que buscan la coinversión y la gestión conjunta entre los mismos nacionales o con extranjeros, puesto que permiten superar dificultades psicológicas, jurídicas, fiscales y económicas para incursionar en los mercados. Tanto la colaboración como la cooperación o la llamada *agrupación de empresas*⁵ o de sociedades constituyen mecanismos para el crecimiento y la expansión de las empresas, para el desarrollo tecnológico y para satisfacer los mercados nacionales e internacionales, por lo que es indudable que en algunos casos ofrecen peligros, sobre todo cuando se realizan por empresarios competidores y no competidores con poder sustancial en el mercado relevante, quienes mediante acuerdos, pactos de caballeros o cartas de intención provocan directa o indirectamente daños al consumidor, a la economía o a la libre competencia; de ahí que en los principales sistemas antimonopólicos y de defensa de la competencia las figuras de la empresa conjunta,⁶ las concentraciones, adquisiciones, fusiones y diversos convenios o acuerdos entre empresarios representan conceptos fundamentales y en muchos casos sean considerados ilegales *per se*. Por ello, para la eficacia de cualquier convenio o acuerdo entre empresarios deben estar ausentes, entre otros, la manipulación de precios, el condicionamiento, la prohibición del desarrollo tecnológico y, sobre todo, la limitación a la competencia.

Concepto

El contrato de *joint venture* o *joint adventure* es aquel por el cual dos o más

personas convienen en reunir recursos y/o esfuerzos para la realización y administración de una actividad económica determinada en beneficio común, sin que exista o se constituya necesariamente alguna persona moral; a decir de algunos autores, este contrato de origen anglosajón se utilizó para individualizar la organización de los *merchant ventures* o *gentlemen adventures*, del comercio de ultramar, y su denominación fue usada incluso por los tribunales judiciales de Estados Unidos de América en 1808.⁷

Rowley señala que *joint venture* es una asociación de dos o más personas para realizar una única empresa comercial con el fin de obtener una utilidad;⁸ pero dicha utilidad no es la que producen las sociedades mercantiles, sino los propios miembros. Por ejemplo, mediante *joint venture* varios empresarios pueden reunir recursos a fin de que uno de ellos importe materia prima para la fabricación de productos que serán comercializados por cada uno de los miembros; el empresario que lleva a cabo la actividad importa los bienes, los produce, pero no los comercializa ni distribuye utilidades, sino que importada la materia prima la entrega a cada uno de los participantes; o bien fabrica los productos y los entrega a dichas partes, y son los demás empresarios quienes los fabrican o los comercializan y obtienen sus propias utilidades.

El contrato de *joint venture* es una especie del género *cooperación empresarial*, acuerdo empresario que tiene por objeto la realización de un proyecto específico con independencia de la forma jurídica que se adopte para tal fin;⁹ incluso suele denominarse al contrato *asociación en participación*, *empresa de capital mixta* o *sociedad de inversión mixta*, como puede ser la sociedad anónima en la cual participarán las empresas contratantes, en cuyo caso suele denominarse *joint venture, corporation*; sin embargo, por el contrato de *joint venture* no se crea ninguna sociedad y tampoco la constitución de esta es una consecuencia necesaria del contrato. En cambio, las denominaciones de *coinversión* y *convenio o contrato de participación conjunta* son aceptadas por la práctica.

El concepto *joint venture*, al igual que otras instituciones, está perfectamente acuñado en México, es esquemático e ilustrativo del negocio jurídico que involucra y debe admitirse como tal; en todo caso, si se trata de hacer una traducción al español, como se ha hecho con *leasing* o *factoring*, el término más aceptable sería *contrato de empresa conjunta*.¹⁰ Para Osvaldo J. Marzorati, la característica esencial del contrato de *joint venture* es que por el mismo “se

constituye una empresa, al menos en el sentido económico, empresa que es conjuntamente operada y es de propiedad de los partícipes”.

La expresión *joint venture* no significa otra cosa que “empresa conjunta”,¹¹ a la que responde el negocio conforme a su tipología social, ya que mediante el contrato de *joint venture* las partes convienen en combinar recursos y esfuerzos para una actividad económica determinada, una o varias operaciones de comercio o toda una negociación, en las que las partes participan en el control, administración y ejecución, así como en los beneficios, y sin que dicho acuerdo dé *per se* el nacimiento a persona moral alguna.

Los términos *coinversión* y *conjunta* denotan la coparticipación de las partes tanto con recursos y esfuerzos como en los beneficios del negocio, pero cuando se alude a empresa conjunta, no cabe duda de que las partes también participan en la gestión.

Incluso, aunque el concepto *empresa conjunta* sería más apropiado para calificar al acuerdo por el cual dos o más personas destinan parte de sus activos tangibles o intangibles para toda una negociación, para la formación de una nueva unidad productiva sin personalidad jurídica (la empresa conjunta) para la producción, administración o comercialización de bienes y/o servicios y la promoción de sus actividades económicas en conjunto, en donde el control y la gestión de esa empresa conjunta quedara de manera conjunta a cargo de dichos empresarios, quienes mantendrían entre sí su carácter independiente, creemos que toda una negociación comercial no puede ser ni es el propósito o fin de un contrato de *joint venture*, porque entonces podría tratarse de una sociedad de hecho o irregular y no de una asociación.

Muy distinto es el caso en el cual el objeto del contrato lo es el establecimiento de las bases conforme a las cuales las partes procederán a aportar recursos para constituir una sociedad mercantil, el funcionamiento externo y la organización de la persona jurídica por crearse; esto es, cuando el objeto del contrato es la constitución y el funcionamiento de una sociedad con personalidad jurídica propia, de acuerdo con las normas y bases establecidas en el mismo, tanto respecto de la actuación de la sociedad frente a terceros y frente a los propios futuros socios, como en cuanto a la forma y términos en que las partes participarán en el capital social, en las utilidades y en la administración de la sociedad.

En este caso existe verdaderamente un contrato de *joint venture*, al igual que cuando las partes convienen en reunir recursos y esfuerzos para la realización de una o varias operaciones de comercio, en cuyo caso los términos *contrato de coinversión* y *contrato de participación conjunta* resultan más adecuados, dado que el objeto del negocio jurídico es más *ad hoc* y no implica la organización de los diversos factores de la producción ni la constitución de una persona jurídica, pero sí la explotación conjunta de las operaciones en beneficio común.

El concepto *empresa conjunta* implica la reunión de recursos y esfuerzos con un fin común, lo que presupone necesariamente que las partes quedan involucradas en alguna medida en el control y la administración del negocio, de acuerdo con las bases pactadas, ya que de lo contrario se tratará de un contrato de colaboración (como el de asociación en participación), de una inversión (como la aportación de capital a una sociedad anónima o de responsabilidad limitada), de un contrato de prestación de servicios (de administración, representación, etc.), o de cualquier otro (por ejemplo, transferencia de tecnología), a cambio de recibir un pago, pero no de un contrato de *joint venture*.

Para Roberto Muguillo¹² se trata de una asociación entre dos o más personas en forma similar a la de una sociedad (*partnership*) a fin de llevar adelante una empresa común, por un determinado beneficio, para cuyo propósito los miembros aportan su dinero, efectos o conocimientos, acordando existir una comunidad de intereses entre sí y para el propósito del negocio en sí mismo; y resolviendo que cada miembro (*adventurer*) actuará como principal en el negocio y como agente de los demás, conservando todos iguales derechos de control sobre todos los medios empleados para llevar a cabo el negocio (*adventure*). Advierte el autor que dicho contrato está ordinariamente limitado a aquellas relaciones organizadas para los efectos de un negocio y un beneficio comercial determinados, sin que involucre todos los negocios o actividad profesional de los miembros participantes. Asimismo, sostiene que se trata de una especie de asociación limitada, no en cuanto a la responsabilidad de las partes, sino a su objeto específico y su duración.¹³

En el mismo sentido, pero de manera más precisa, Sergio Le Pera sostiene que se trata de una asociación de personas físicas o jurídicas que acuerdan participar en un proyecto común, generalmente específico, para una utilidad común, combinando sus respectivos recursos, sin formar ni crear una corporación o el estatus de una *partnership* en sentido legal, por el cual se establece una

comunidad de intereses y un mutuo derecho de representación dentro del ámbito del proyecto, sobre el cual cada parte ejerce algún grado de control.¹⁴

Para Juan Farina,¹⁵ también se trata de una asociación de empresarios conjuntos para llevar a cabo un único proyecto con propósito de lucro, en donde dichos empresarios, manteniendo sus respectivas autonomías jurídicas, convienen en aportar recursos para un objetivo común mediante la administración compartida entre ellos; es decir, se trata de una inversión conjunta por la que las partes efectúan una participación en común por medio de diversas figuras contractuales, asociativas o no, sobre la base de un acuerdo para un objetivo de interés común, mediante la integración de recursos y actividades. Osvaldo Marzorati sostiene que *joint venture* equivale a “empresa conjunta” y que para su existencia se precisa de la existencia de una empresa, así como la propiedad y administración de la misma, que debe ser conjunta por las partes.¹⁶

Para otros autores, como Juan Luis Colaiacovo,¹⁷ se trata de una reunión de fuerzas entre dos o más empresas del mismo o diferentes países, con la finalidad de realizar una operación específica (industrial, comercial, inversión, producción o comercialización externa); pero advierte que la definición tiene alcance limitado, ya que abarcaría, entre otros, a los consorcios, grupos de *marketing* de exportación, sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada, uniones transitorias de empresas, *joint operating*, *agreements* y otros, por lo que sugieren, como Le Pera, exponer sus características: a) carácter *ad hoc*, ya que se destina básicamente a un proyecto determinado y de duración limitada; b) la existencia de aportaciones y comunidad de intereses; c) utilidad común; d) asunción de pérdidas; e) facultad recíproca de representación de la otra parte (*mutual agency*); f) control conjunto de la empresa; g) relación de confianza; y h) no concurrencia.

Por ello este contrato difiere del de A en P, en donde solo una de las partes actúa y realiza las operaciones objeto del contrato en nombre propio, ya que por el contrato de *joint venture* las partes convienen en reunir recursos o esfuerzos para la realización conjunta de una o varias operaciones de comercio (en cuyo caso se puede denominar también *contrato de coinversión*, *de participación conjunta* o *joint venture agreement*), o para la realización y explotación de toda una negociación mercantil mediante una persona moral (contrato de *joint venture* propiamente dicho o de empresa conjunta), en beneficio común, en los términos

y proporciones convenidos.

Partes

Desde luego, no calificamos de *empresarios* ni de *empresas* a las partes en el contrato de *joint venture*, puesto que en primer lugar no existe prohibición alguna para que un comerciante o un prestador de servicios que no sea empresario (titular de una empresa) pueda coinvertir con otro en una actividad económica conjunta, aunque de ordinario dicho contrato se celebra entre empresarios; en segundo lugar, porque la empresa no es una persona jurídica, sino una universalidad de derecho, un conjunto organizado de bienes tangibles e intangibles destinados a la producción y comercialización de bienes y servicios, cuyo titular es el empresario, una persona física o una persona moral, por lo general una sociedad anónima.

Objeto

Asimismo, aunque aludimos a la aportación de las partes,¹⁸ ello no significa que las mismas asuman la obligación de transmitir a alguna de dichas partes o a un tercero los bienes o servicios, sino que se trata de la obligación de contribuir con ellos para los fines del contrato, pero esos bienes y/o servicios no necesariamente se transfieren en propiedad, sino que permanecen o pueden permanecer en propiedad de cada una de las partes, a menos que constituyan una copropiedad, o que dentro del objeto del contrato se pacte la constitución de una sociedad, o que se convenga en la transmisión de bienes a favor de alguna de las partes o de un tercero, ya sea como presupuesto o como consecuencia de las operaciones objeto del contrato.

En cuanto al objeto del contrato, consideramos que el mismo debe ser precisamente una o varias operaciones de comercio específicas, como pueden ser la constitución de una sociedad mercantil conforme a las bases, objeto y términos convenidos, o bien varias operaciones de comercio realizadas directamente por las partes en conjunto; esto diferencia al contrato del de asociación en participación, en donde el asociante, a cambio de una aportación, participa a otro u otros de las utilidades y pérdidas de sus operaciones de comercio o de su negociación, que realiza en su propio nombre, ya que las

operaciones objeto del *joint venture* son realizadas por y a nombre y cuenta de las partes, en donde cada una de ellas actúa como principal, como agente o representante de los demás, conservando todos derechos de control, gestión y participación en los beneficios o pérdidas, en los términos y proporciones convenidos.

Mercantilidad

Las operaciones objeto del contrato necesariamente son comerciales, ya sea por la naturaleza mercantil de las mismas o porque se hagan con el propósito de especulación comercial, o el directo y preferente sea traficar; es decir, que el objeto del negocio sea la intermediación en el comercio. Además, el objeto es de contenido económico o especulativo; en este último caso no basta que se trate de un lucro o una ganancia aislada, sino que la misma constituya una especulación mercantil,¹⁹ es decir, que ese lucro sea comercial, relativo al comercio, al tráfico comercial, a la intermediación; o bien que, sin serlo, sea de carácter económico, para facilitar el desarrollo o mejorar los resultados de la actividad individual de las partes. Existe una participación conjunta de cada una de las partes del *joint venture*, pero ninguna de ellas actúa directamente para realizar las operaciones, sino que es un tercero creado por voluntad de ambas partes quien realiza las operaciones objeto de la empresa conjunta y obtiene el beneficio directo.

De las definiciones anteriores observamos que los autores coinciden en sostener que el contrato de *joint venture* es una asociación o especie de esta entre empresarios para una actividad específica, misma que para algunos es de carácter lucrativo y para otros especulativo; otros más omiten señalar qué tipo de actividad puede ser objeto del *joint venture*, aunque Le Pera se refiere a una utilidad común. Así, para determinar la mercantilidad del contrato debemos indagar si ese proyecto específico, actividad, operación o negociación objeto del contrato deben ser necesariamente lucrativos, especulativos o económicos en forma preponderante, o si el carácter mercantil del contrato se determina solo con el carácter de comerciantes, o de sujeto del derecho mercantil, que tienen o deben tener las partes en el mismo.

No cabe duda que el contrato de empresa conjunta es un contrato de carácter mercantil, tanto por el sujeto –cuando las partes son empresarios o comerciantes, personas físicas o morales– como por el objeto –operaciones comerciales–, e

incluso por el fin o propósito, cuando este es una especulación comercial, o directa y preferentemente de traficar (comprar para vender o para producir, procesar, transformar y vender). Para calificar al contrato de comercial por el fin o propósito, no basta que las partes tengan por propósito participar en un proyecto común, por lo general específico, para una utilidad común, porque la utilidad, beneficio o mayor valor del precio de venta de los bienes destinados a los fines del contrato, respecto del valor que tenían en el momento de su afectación, no es un factor que defina la especulación comercial, ni en consecuencia la mercantilidad del contrato, por las razones siguientes:

- a) Porque, como se dijo al estudiar la compraventa mercantil, ningún texto legal ni su interpretación, jurisprudencial o doctrinal, lo establecen así.
- b) Porque el CCF reconoce que los actos y contratos civiles pueden tener un evidente y expreso propósito económico o lucrativo, como ocurre en el arrendamiento, el mutuo interés y la compraventa civil, sin que por ello se conviertan en mercantiles; y
- c) Porque incluso el art. 2688 del CCF preceptúa que en las sociedades civiles los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico; lo que quiere decir que los actos de naturaleza civil pueden ser y son lucrativos, por lo que no es el lucro o la ganancia el elemento peculiar y distintivo de los actos mercantiles, ni de la especulación²⁰ o fin común perseguido por las partes, sino que se precisa que ese lucro o especulación sean comerciales, relativos al comercio, al tráfico comercial, a la intermediación. No obstante, el contrato será mercantil si las partes son comerciantes, aun cuando el propósito no sea la especulación comercial, o cuando tenga por objeto facilitar el desarrollo o mejorar los resultados de las actividades de las partes.

Naturaleza del contrato de *joint venture*

Se trata de un contrato de carácter asociativo, en el que dos o más empresarios, comerciantes o personas, convienen en reunir recursos y/o esfuerzos para un fin común de carácter económico, para lo cual se constituye un fondo común de los participantes; esto no sucede en la asociación en participación, en donde no hay

nada común, ya que es el asociante quien realiza la operación o negocio a nombre propio, y aunque ambos participen de los resultados, no significa que constituyan el fondo común, pues se trata de un negocio del asociante o de las operaciones por él realizadas, de cuyas utilidades o pérdidas debe hacer partícipe al asociado, pero no es de ninguna manera el patrimonio o fondo común, aun cuando por motivos de hechos el asociante separe lo que se refiere a las operaciones en participación del resto de su patrimonio.²¹ En cambio, en el *joint venture* existe un fondo común, una comunidad de intereses y de bienes.

El contrato de *joint venture* es una verdadera asociación mercantil, ya que coincide con la definición que proporciona el *Diccionario de la Lengua Española*: “Asociación” es la acción de asociar o asociarse; “asociar” (del latín *associare*, de *ad*, “a”, y *socius*, “compañero”) significa dar a uno por compañero, persona que le ayude en el desempeño de algún cargo, comisión o trabajo; juntar una cosa con otra; tomar un compañero que le ayude; juntarse, reunirse para algún fin. Se trata de un acuerdo por el cual dos o más personas ponen en común sus conocimientos, sus bienes y su actividad para los fines comunes pactados.²²

Ni el CCo ni la LGSM establecen definición alguna de asociación mercantil, y únicamente la LGSM regula la asociación en participación, cuyo objeto puede ser la realización de una sola operación de comercio o toda una negociación mercantil. En el derecho mercantil existen las asociaciones mercantiles como negocios jurídicos atípicos legalmente en México, y son aquellas en las cuales dos o más personas convienen en reunir y combinar recursos y/o esfuerzos para un fin común de carácter mercantil, o con el propósito directo y preferente de traficar; existe un quehacer común por las partes, todas participan del mismo, y actúan y controlan las operaciones comunes.

Si bien conforme al art. 2670 del CCF se constituye una asociación cuando varios individuos convienen en reunirse de manera que no sea enteramente transitoria para realizar un fin común que no esté prohibido por la ley, no quiere decir que no exista asociación cuando esa reunión de recursos y esfuerzos sea duradera, ni que tampoco exista asociación cuando el fin común tenga carácter preponderantemente económico o especulativo, ya que dichos requisitos solo operan en las asociaciones civiles, mas no para las mercantiles, que en uso de la libertad de contratación pueden celebrarse y en donde, desde luego, el fin puede ser –y de ordinario es– preponderantemente económico y especulativo y la relación transitoria o duradera.

La definición del art. 2670 del CCF solo se refiere a las asociaciones civiles, en las que se exige una relación más o menos duradera, mientras que en las mercantiles puede existir una relación permanente y también una transitoria, pues el carácter asociativo no se define por la duración sino por el objeto y fin del negocio: la reunión de recursos y esfuerzos para un fin común. Que el propósito de una asociación sea o no preponderantemente económico determinará que se trate, en el primer caso, de una asociación civil o de una asociación mercantil entre comerciantes, y en el segundo, de una sociedad civil (el art. 2688 del CCF define al contrato de sociedad civil como la reunión de dos o más personas para combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico) o de una asociación o sociedad mercantiles. Esto es, si el fin es preponderantemente económico o constituye una especulación comercial estaremos en presencia, en el primer caso, de una sociedad civil o una asociación mercantil, y en el segundo, de una sociedad mercantil o de una asociación mercantil; pero además, si una sociedad o asociación cualquiera, civil o de otra naturaleza, adopta alguno de los seis tipos de sociedades enumerados en el art. 1º de la LGSM, de conformidad con la misma se estaría en presencia de una sociedad mercantil, independientemente de su finalidad.²³

Con la expresión *asociación mercantil* se hace referencia a una figura diversa a la asociación regulada por el CCF, puesto que, repetimos, la asociación a que se refiere este ordenamiento no puede tener propósito preponderantemente económico ni especulativo ni ser de carácter transitorio. En este orden de ideas, podemos decir que la asociación mercantil existe aunque en nuestras leyes ni el género ni las especies están reguladas, ya que la LGSM solo se refiere a la asociación en participación,²⁴ que de asociación únicamente tiene su nombre, porque dista tanto del concepto como de su funcionamiento; pero hay asociaciones atípicas legalmente (pero típicas socialmente) como el contrato de *joint venture*, e innominadas como la que se establece entre el principal y el factor (art. 318, CCo).²⁵ Y dichas asociaciones mercantiles distan mucho de las civiles, entendidas como lo establece el CCF, por lo que, aun cuando el contrato por el cual dos o más personas convengan en reunir recursos o esfuerzos para la realización de una o varias operaciones mercantiles no cabría en la definición que de asociación da el CCF, en virtud de su transitoriedad, ello no es óbice para considerarlo una asociación, porque no solo desde un punto de vista terminológico, sino también en virtud de la finalidad que se persigue por el

contrato (común para las partes), existe una asociación de personas en busca de una finalidad común.

En efecto, en sentido amplio hay asociación siempre que varias personas aparecen unidas jurídicamente para un fin común;²⁶ dentro de este concepto quedan comprendidas figuras jurídicas como los sindicatos de accionistas, consorcios de empresarios, sociedades mutualistas, sociedades civiles y mercantiles y las asociaciones mercantiles en sentido estricto (como el contrato de *joint ventures*); todas ellas constituyen uniones de personas para un fin común, pero a medida que surge la regulación de cada una de ellas, así como sus características propias, unas y otras van diferenciándose hasta presentarse como instituciones independientes.

La asociación, tal y como ha sido recogida por el CCF, aparece como una institución cuyo contenido es más reducido y unitario; se trata de la reunión de dos o más personas con carácter permanente para la consecución de un fin no lucrativo ni preponderantemente económico (art. 2670, CCF), sin distinción o clasificación alguna, y fue una institución que nuestra ley civil desconoció, ya que de inicio únicamente estaba prevista en nuestra ley penal para sancionar la participación de varias personas en un acto ilícito, es decir, a las asociaciones delictivas,²⁷ y no fue sino a partir del CCF de 1928 cuando se regula el contrato de asociación, que antes solo podía existir mediante convenios privados que las partes celebraban con fundamento en la libertad de asociación prevista en el art. 9º de la Constitución Política y en la libertad de contratación, de conformidad con las disposiciones del Código Civil de 1884 (arts. 1276, 1310 y 1419); sin embargo, como se ha dicho en otro apartado, en vista de que muchos fines no podrían realizarse o conseguirse con eficacia y prontitud sin recurrir a trámites jurídicos para la constitución de una sociedad mercantil, con los formalismos y trámites jurídicos que ellas requieren para evitar caer en la irregularidad de las sociedades, alejándose de una finalidad que es la propia de las asociaciones civiles, el CCo, que no puede permanecer ajeno al desarrollo económico y a las exigencias del comercio, reconoció la existencia de la asociación en participación, cuyo fin no es solo preponderantemente económico, sino también especulativo, aunque su naturaleza es muy debatida.

Así, el concepto de asociación proporcionado por el art. 2670 del CCF resulta demasiado estrecho para incluir en él a las asociaciones mercantiles porque excluye la posibilidad de recurrir a él para definir a la asociación mercantil, pues

conforme a dicha disposición no cabe una asociación de carácter transitorio ni con propósito especulativo; e incluso la definición de sociedad establecida en el art. 2688 del propio CCF, aunque más amplia, todavía es estrecha para importarla al derecho mercantil, ya que insiste en determinar si el fin perseguido por las partes es preponderantemente económico o especulativo, para considerar una sociedad civil o mercantil. El carácter mercantil asociativo del contrato de *joint venture* deriva precisamente de la reunión de recursos y esfuerzos para un fin común de carácter económico o especulativo, porque existe un interés y gestión común de las partes, sin que se cree ninguna persona jurídica ni patrimonio independientes de las partes, aun cuando pueden también convenir en ello, pues presupone la gestión exterior personal de negocios singulares o de un negocio comercial por todas las partes, con la responsabilidad de las mismas.

La diferencia del contrato de *joint venture* con la sociedad civil consiste en que la finalidad de esta es de carácter preponderantemente económico; a su vez, se diferencia de las sociedades comerciales porque estas cuentan con patrimonio, personalidad, domicilio y razón o denominación social, y constituyen un contrato de organización, mientras que el contrato de *joint venture* es solo de cooperación o agrupación económica.

Características

1. La administración y la propiedad compartida son dos de los aspectos importantes de la definición del contrato: las partes tienen igual autoridad y derecho para gobernar los intereses de todos los componentes y del conjunto; cada miembro por lo general actúa como dueño y como agente de los demás miembros, de ahí que la promesa o palabra de uno es la promesa o palabra de los demás, y lo actuado por uno de ellos se entiende actuado por todos los miembros y autorizado expresamente por ellos si tales actos se encuentran dentro del objeto del contrato de *joint venture*.²⁸

De lo anterior surgen inmediatamente diferencias sustanciales entre el contrato de *joint venture* y el de asociación en participación, no solo por su tipología –ya que la del primero en México solo es social, en tanto que la del segundo es legal– sino por su esencia, pues si bien ambos contratos pueden tener por objeto la realización de una o varias operaciones de

comercio, en el contrato de *joint venture* todas las partes están facultadas para realizar las operaciones en nombre y representación de las demás, mientras que en la A en P es el asociante quien actúa frente a terceros, permaneciendo ajeno a las operaciones el asociado; por la A en P no se constituye ninguna persona moral, y aunque tampoco por la *joint venture*, esta sí puede tener por objeto la constitución de una sociedad mercantil para los fines propuestos en el contrato.

2. Se trata de un contrato normativo, ya que las partes, en previsión de una pluralidad de relaciones jurídicas a constituirse entre ellas y para el desarrollo de la empresa conjunta, determinan de manera previa las bases y la disciplina a las cuales quedarán sometidas las relaciones que se constituyan efectivamente.²⁹ En dicho contrato las partes establecen las normas de sus relaciones e incluso los actos o contratos que en virtud de la *joint venture* llevarán a cabo.
3. Es un contrato plurilateral, ya que pueden existir más de dos partes, cada una de las cuales no tiene una contraparte, sino una serie de ellas,³⁰ con las que les une un interés común (gestión colectiva para la consecución de un fin común); entre estos se encuentran las sociedades civiles y mercantiles y las asociaciones civiles y mercantiles, que constituyen formas corporativas para la colaboración y cooperación entre partes.³¹ Los contratos plurilaterales se diferencian de los bilaterales, llamados *de cambio*, por la existencia de más de dos partes y por la presencia de un interés común,³² aun cuando es cierto que en estos contratos existen intereses encontrados o antagónicos, sobre todo si se toma en consideración que en el momento de su celebración las partes quieren las máximas ventajas y los mínimos sacrificios;³³ pero en los contratos bilaterales solo existen dos partes, las cuales actúan animadas por intereses contrapuestos y sus prestaciones son cruzadas entre sí.³⁴

En el contrato de *joint venture* existe la gestión colectiva para la realización de un fin común e incluso en ciertos casos las prestaciones de las partes van dirigidas no solo a la consecución de ese fin común, sino también a la formación de un patrimonio diverso al particular de cada contratante y a su organización para la realización del fin propuesto (cuando el objeto del contrato es la constitución y funcionamiento de una

sociedad).

El CCF (art. 1836) señala que el contrato es bilateral cuando las partes se obligan recíprocamente, pero en el caso del contrato de *joint venture*, no existen obligaciones recíprocas entre las partes en virtud de que cada parte no tiene una contraparte, sino una serie de ellas, tantas como contratantes haya, y todos tienden a un mismo fin: combinación de recursos y esfuerzos para la realización de una empresa conjunta, una o varias operaciones de comercio determinadas, cuya administración y beneficios serán compartidos por las partes en la forma y proporciones que se determinen en el mismo. En cambio, en la A en P siempre existen dos partes y solo dos, aun cuando existan más de dos asociados.

Autoevaluación

1. ¿Qué es el contrato de *joint venture*?
2. ¿Cuál es el objeto de este contrato?
3. ¿Por qué se califica de mercantil al contrato de *joint venture*?
4. ¿Cuáles son las diferencias del *joint venture* con la A en P?
5. Señale tres características del *joint venture*.
6. Mencione tres clases de *joint venture*.
7. ¿Tiene personalidad jurídica el *joint venture*?
8. ¿Cuál es la naturaleza jurídica del *joint venture*?
9. ¿Quién administra los bienes del *joint venture*?
10. Explique por qué se considera al *joint venture* como un contrato normativo.

- 1 Para el estudio de esta figura véase Mario de la Madrid Andrade, *El Joint Venture. Los negocios jurídicos relacionados*, Porrúa, México, 2005.
- 2 Cfr. Juan Luis Colaiacono, Rubén Daniel Avaro, Marilda Rosado de Sa Ribeiro y Hernán Narbona Veliz, *Joint Ventures y otras formas de cooperación empresarial internacional*, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1992, p. 39.
- 3 En México, las concentraciones internacionales han consistido principalmente en adquisiciones de activos y en ampliación de participaciones accionarias en sociedades residentes, cuyos objetivos implican la extensión o entrada de agentes económicos no residentes o de sus subsidiarias a mercados relevantes distintos (en su dimensión geográfica y de producto) a aquellos donde tienen inversiones o presencia comercial vía exportaciones. Así, entre las diversificaciones por extensión geográfica, aparece como ejemplo la operación Canadian Pacific/Lonrho, por medio de la cual Canadian amplió sus actividades hoteleras en México. En las diversificaciones por línea de producto se incluyen concentraciones entre diversos fabricantes de autopartes, así como la concentración Volvo/Mexicana de Autobuses; en este caso, Volvo amplió su participación en el mercado de camiones de carga al incorporar las líneas de productos de Mexicana de Autobuses.
- 4 Cfr. Enrique Zaldívar, Rafael Manovil y Guillermo Ragazzi, *Contratos de colaboración empresarial. Agrupaciones de colaboración, uniones transitorias de empresas, joint ventures*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 69. Los autores sostienen que este es el concepto de la doctrina francesa.
- 5 Más propio es hablar de agrupación de empresarios, ya que la empresa es el conjunto organizado de bienes tangibles e intangibles para la producción, distribución o comercialización de bienes y/o servicios, una universalidad que no se agrupa o une por efecto de la llamada *agrupación de empresas*, pues solo una parte de ella se destina a un fin determinado, salvo el caso de la fusión de sociedades, en donde se funden dos patrimonios para integrar uno solo.
- 6 Para el mercado común europeo, la empresa conjunta existe cuando dos o más empresarios deciden confiar la totalidad o parte de sus actividades en la nueva entidad y se aseguran de la dirección de la misma en un plano de igualdad. Si las partes conservan tal independencia se configuran los extremos de la empresa conjunta y el acto de su formación queda sujeto a lo dispuesto por el Tratado de Roma (art. 85), por cuanto a los actos que restringen o limiten la competencia.
- 7 Enrique Rafael Zaldívar refiere que aunque para otros autores el término tiene su origen en Escocia desde el siglo XIX, al parecer la figura se usaba para realizar un solo negocio. Ernesto Eduardo Martorell, *Tratado de los contratos de empresa*, t. III, Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 239; y Sergio Le Pera, *Joint Venture y sociedad*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 66.
- 8 Scott Rowley, *The Modern Law of Partnership*, Bobbs-Merrill, Indianápolis, 1916, p. 1329.
- 9 Osvaldo J. Marzorati, *Alianzas estratégicas y Joint Venture*, Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 106.
- 10 Noción aceptada por Osvaldo J. Marzorati, *op. cit.*, p. 107.
- 11 Steven M. Kaplan, *Wiley's English-Spanish and Spanish-English Legal Dictionary*, Advisory Board, Nueva York, 1993, p. 165.
- 12 Roberto Alfredo Muguillo, *Cuestiones de derecho societario*, Ediciones Meru, Buenos Aires, 1980, p.

107.

13 *Ibidem*, p. 109.

14 Sergio Le Pera, *op. cit.*, pp. 70 y 71.

15 Juan M. Farina, *Contratos comerciales modernos*, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 750.

16 Osvaldo Marzorati, *op. cit.*, p. 107.

17 *Cfr.* Juan Luis Colaiacono, *op. cit.*, p. 79.

18 Roberto Alfredo Muguillo (*op. cit.*, p. 11) considera como un elemento esencial del contrato las aportaciones de las partes, las que dice no necesariamente son iguales, pero deben existir.

19 Véase la tesis de la extinta Quinta Sala: “COMPRVENTA MERCANTIL, CARACTERES DE LA.” Quinta Época, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo: CXIII, Página: 523. Revisión fiscal 268/51, 15 de agosto de 1952.

20 *Ibidem*.

21 *Cfr.* César Vivante, *op. cit.*, p. 586.

22 Aunque esta resulta ser una definición de carácter muy amplio.

23 De forma congruente con esta disposición, el CCF establece en su art. 2695 que las sociedades de naturaleza civil que adopten la forma de las sociedades mercantiles quedan sujetas al CCo, y seguramente por carecer de las formalidades requeridas para las sociedades mercantiles devendrán sociedades irregulares, de conformidad con el art. 2º, párrafo tercero, de la LGSM.

24 Véase el capítulo relativo a la asociación en participación, en donde nos referimos a su naturaleza jurídica.

25 *Cfr.* Roberto Mantilla Molina, *op. cit.*, p. 188, quien considera que si el principal interesa al factor en alguna de sus operaciones, como establece el CCo en su art. 318, podría tratarse de una A en P; sin embargo, no estamos de acuerdo porque el propio CCo expresa que en ese supuesto el factor será reputado asociado, y de acuerdo con la LGSM (arts. 252 y 256), quien realiza las operaciones comerciales es el asociante. Esta última interpretación no es originalmente nuestra; el mérito corresponde al maestro Barrera Graf, con motivo de la revisión de este trabajo. Para considerar que la participación que da el principal al factor constituye una A en P y no una asociación atípica, tendría que considerarse que entre ambos existe una relación de coordinación y no de subordinación ni de dependencia económica.

26 *Cfr.* la voz “Asociación”, en la *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. III, Seix Barral, Barcelona, 1963, p. 69.

27 El *Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de Baja California sobre delitos del fuero común y para toda la república sobre delitos contra la Federación* de 1871 sancionaba ya a las asociaciones formadas para atentar contra las personas o la propiedad, en sus arts. 951 a 955, asociaciones delictuosas que son recogidas y sancionadas por el código actual.

- ²⁸ Roberto Alfredo Muguillo, *op. cit.*, p. 107.
- ²⁹ Vittorio Salandra, “Contratti preparatori e contratti di coordinamento”, *Rivista del diritto commerciale*, Italia, 1940, p. 236.
- ³⁰ Cfr. Joaquín Rodríguez Rodríguez, *Curso de derecho mercantil*, t. I, Porrúa, México, 1981, p. 19.
- ³¹ Cfr. Ignacio Galindo Garfias, *Estudios de derecho civil*, UNAM, México, 1981, p. 181.
- ³² Cfr. Francesco Realmondo, “Associazione in partecipazione e obbligo di collazione”, *Rivista delle Società*, año VI, Milán, 1961, pp. 516 y siguientes.
- ³³ Cfr. Jorge Barrera Graf, *Las sociedades en derecho mexicano*, UNAM, México, 1983, p. 22.
- ³⁴ Cfr. Jorge Barrera Graf, *op. cit.*, pp. 23 y ss., quien advierte que esto no ocurre en todos los contratos bilaterales, porque pueden existir contratos bilaterales de prestaciones paralelas y con una finalidad común. En cambio, para Francesco Messineo (*op. cit.*, t. V, p. 296) y, en el mismo sentido, Francesco Galgano (*Manuale elementare di diritto commerciale*, Zanichelli, Bolonia, 1980, p. 136), en los contratos de cambio la finalidad o causa estriba en el interés económico de cada parte, mientras que en los plurilaterales las partes se encuentran animadas por el mismo interés y sus prestaciones son paralelas.

Distribución

Propósitos

Al concluir este capítulo, el lector comprenderá el contenido de los contratos de distribución y de concesión, su naturaleza jurídica, su mercantilidad, elementos y diferencias con los contratos de concesión y de suministro.

Concepto de distribución

Tanto el contrato de distribución como el de concesión son contratos atípicos que no han corrido la misma suerte que el suministro, el cual en algunos países sí es regulado, lo que ha favorecido la confusión entre dichas figuras. A diferencia del contrato de suministro, que es un contrato para la industria o el consumo, el de distribución es un contrato para el comercio, porque el distribuidor adquiere los bienes para su reventa al público o a otros comerciantes conforme a los lineamientos y políticas del propio productor o fabricante que tiene la facultad de imponer determinadas obligaciones sobre la organización del negocio para la comercialización y reventa de los productos,¹ pero no presta servicios de reparación o garantías al consumidor como sí lo hace el concesionario en la concesión.

Por el contrato de distribución el distribuidor asume la obligación de adquirir, comercializar y vender, a nombre o cuenta propia, los productos que adquiere del fabricante, productor o comercializador (principal) a minoristas o al público en general, con carácter exclusivo o no en una zona determinada y conforme a los términos, condiciones y políticas de venta que determine el principal. Mediante la distribución el fabricante o productor se obliga a vender, por un plazo determinado o indeterminado, bienes al distribuidor para que este los

revenda en cierta zona y según las políticas de venta y condiciones previstas por el primero, pero en nombre y por cuenta propios.

El proyecto de reformas al CCo del 30 de abril de 2012, publicado en la *Gaceta Parlamentaria* número 3501-1,² prevé su reglamentación, sin que a la fecha haya tenido éxito. En el art. 400 del CCo que se pretende rehabilitar con dicha reforma se señala que se reputa mercantil el contrato de distribución por el cual una persona, denominada *fabricante*, le otorga el derecho a otra persona, denominada *distribuidor*, de adquirir, comercializar y revender los productos de aquel, ya sea por su propia cuenta y en nombre propio o en las condiciones que le señale el fabricante. Dicho proyecto además prevé la figura del *distribuidor principal*, quien tiene celebrado de manera primigenia un contrato de distribución con el fabricante, que le permite celebrar a su vez contratos de distribución con terceros en un territorio determinado y en las condiciones que se le han autorizado.

Mercantilidad del contrato

Aunque nuestro CCo no regula este contrato, en su art. 75, fracc. I, califica de actos de comercio las adquisiciones, enajenaciones y alquileres verificados con propósito de especulación comercial, de mantenimientos, artículos, muebles o mercaderías, sea en estado natural o después de trabajados o labrados; de ahí que surja su mercantilidad. Además, el mismo artículo, en sus fraccs. V y VII, se refiere tanto a las empresas de abastecimientos y suministros como a las de fábricas y manufacturas, y en la fracc. XXV refiere que son actos de comercio los de naturaleza análoga a los señalados en las fraccs. I a XXIV de dicho precepto. El *Reglamento de Gas Licuado de Petróleo* se refiere a la distribución del mismo, de manera que el contrato de distribución por el que se realizan adquisiciones y enajenaciones de bienes con propósito de especulación comercial deviene por ello mercantil.

Características del contrato de distribución

- a) *Atípico*. El contrato de distribución es legalmente atípico; no ha tenido la acogida legal que merece, pues es muy utilizado en la práctica, pero ha sido desdeñado por la ley. El CCI no lo regula y tampoco el CCo español ni el

CCo mexicano.

- b) *De colaboración*. Es un negocio de colaboración porque el distribuidor colabora de manera independiente con el fabricante para vender sus productos, generar nuevos canales de distribución, posicionar en el mercado su marca y sus productos, así como obtener nueva clientela; por ello tiene derecho a recibir una contraprestación, que consiste tanto en un descuento en el precio de adquisición como bonificaciones por seguir las políticas y publicidad del fabricante, además de un descuento adicional por el volumen de ventas realizadas.
- c) *Consensual*. El contrato de distribución se perfecciona con el mero consentimiento, que crea ya las obligaciones emergentes del contrato, aun cuando se acostumbra celebrarlo por escrito.
- d) *Traslativo de dominio*. El distribuidor adquiere productos del empresario a su propio nombre para revenderlos.
- e) *De tracto sucesivo*. La distribución es un contrato de duración; su ejecución solo es posible mediante el transcurso del tiempo.
- f) *Bilateral*. Ambas partes resultan obligadas luego de su formación, teniendo vigencia los efectos particulares de este tipo de negocios jurídicos: el pacto comisorio, la excepción de contrato no cumplido, etcétera.
- g) *Oneroso*. Hay ventajas recíprocas que se otorgan la una teniendo en vista a la otra. El distribuidor obtiene una ventaja económica entre el precio de la reventa de los productos y la cantidad que debe pagar al fabricante.
- h) *Contrato sobre bienes muebles*. Tal como se ha señalado, el objeto del contrato se constituye siempre por cosas muebles.

Cláusulas tipificantes

La tipología social del contrato de distribución es la que nos muestra las cláusulas que identifican este negocio jurídico.

- a) *Venta de productos*. El fabricante asume la obligación de vender al distribuidor, para su reventa, la cantidad, peso o medida de productos objeto

del contrato, durante el plazo de duración del mismo, en los términos y condiciones pactados por ambas partes.

- b) *Cuota mínima.* El distribuidor se obliga a adquirir los productos en una cuota mínima mensual o semanal o de otra periodicidad, e incluso suele imponerse al distribuidor la obligación de formular órdenes de compra con cierta anticipación; el principal está obligado a mantener existencias y a suministrarlas siempre que dichas órdenes de compra se encuentren dentro de los mínimos de compra previstos.
- c) *Políticas de venta.* El distribuidor queda obligado a respetar las políticas de venta al público que le son indicadas de tiempo en tiempo por el principal con carácter de obligatorias e inviolables, por lo que el distribuidor y las personas autorizadas deben observarlas y respetarlas en todo momento.
- d) *No competencia.* El distribuidor se obliga, durante la vigencia del contrato, y a veces más allá del plazo de duración, a no vender, comercializar ni promover la venta de otros productos iguales o similares a los que son objeto del contrato en el territorio pactado, así como a imponer dicha obligación a sus socios, administradores, cónyuges o hijos (persona restringida) y, por tanto, la obligación de abstenerse de: i) tener cualquier interés directo o indirecto en cualquier negocio competidor, salvo cuando medie autorización expresa y por escrito en ese sentido del principal; ii) prestar servicio a algún negocio competidor; iii) ser licenciataria, concesionario, franquiciatario o por cualquier título adquirir la administración u operación de un negocio competidor; o iv) comercializar, promover, recibir en consignación, comisión o agencia, o vender en el establecimiento designado para la distribución, ni dentro del territorio, otros productos de igual naturaleza o similares a los productos objeto del contrato.
- e) *Exclusividad.* Esta cláusula puede ser unilateral o bilateral y accidental o esencial. Es *unilateral* cuando la obligación recae sobre una de las partes, por lo general el distribuidor, y *bilateral* cuando las dos partes asumen la obligación de exclusividad con respecto a la otra parte y los bienes objeto de la distribución. Así, el distribuidor se obliga a adquirir exclusivamente del fabricante o productor los bienes objeto del contrato y a abstenerse de producirlos o adquirirlos de terceros. En su caso, el fabricante o productor

se obliga a suministrar exclusivamente al distribuidor los bienes objeto del contrato y, por tanto, a no suministrar dichos bienes a terceros en un tiempo y espacio determinados.

La exclusividad es una cláusula accidental y no esencial a la distribución, salvo que la ley lo señale. En la práctica existen muchos distribuidores que carecen de exclusividad; esta depende del tipo de productos y de la demanda del consumidor. Así, la venta de aparatos de telefonía celular es tan demandante que los distribuidores no requieren ni se les concede exclusividad para su venta; en cambio, habrá otros productos, como los relojes y plumas, cuyos distribuidores gocen de dicha exclusividad. Esta cláusula, como ya se expuso en el contrato de suministro, puede implicar violaciones al derecho de libre comercio y a la libre competencia, por lo que debe pactarse dentro de los límites antes mencionados: por un tiempo y espacio determinados y por sujetos que no tengan poder sustancial en el mercado relevante al que pertenezcan los bienes. La cláusula de exclusividad, al igual que en el suministro, la concesión o la franquicia, puede ser con territorialidad *i)* simple, *ii)* reformada o *iii)* absoluta, para lo cual nos remitimos a lo expuesto para el contrato de suministro.

- f) *Preferencia.* Pacto por virtud del cual el fabricante o productor o el distribuidor se obligan a dar preferencia a su contraparte, en igualdad de condiciones respecto de terceros, para el caso de futuros contratos de la misma naturaleza o incluso para una venta mayor a la pactada. Se podría decir que detrás de estos pactos existe, además de la conveniencia económica manifiesta, la no competencia o concurrencia de otros comerciantes, y hasta la existencia de monopolios en el mercado. Dichas cláusulas aseguran al proveedor la salida de sus productos o servicios en el tiempo y en la cantidad convenidos; evitan el riesgo económico que implican ciertas medidas para asegurar la producción y que pueden ser gravosas si se piensa, por ejemplo, en el incremento de la planta de personal, la ampliación del establecimiento o la adquisición de mayor cantidad de materias primas, todas ellas con el riesgo de que los productos no sean vendidos a terceros.
- g) *Establecimiento autorizado.* El distribuidor debe contar con un establecimiento acondicionado y organizado conforme a los requerimientos del productor para el almacenamiento, promoción y venta de los productos

objeto del contrato, por lo cual queda obligado a utilizar únicamente dicho establecimiento para desempeñar las funciones de promoción, almacenamiento y distribución de los productos, y no puede, sin el consentimiento del principal o de algún otro representante legal con facultades de administración: *i)* realizar modificaciones o alteraciones al establecimiento, *ii)* abrir agencias o sucursales, y *iii)* promover, comercializar o vender otros productos de igual o similar naturaleza que los que son objeto de este contrato, ni aquellos que pretendan o se anuncien para mejorar o complementar las calidades de los productos.

h) Autorización de uso limitado de marcas. El fabricante autoriza al distribuidor a hacer uso de las marcas, diseños y demás signos distintivos exclusivamente en los productos formulados o envasados por dicho fabricante, así como los colores y logotipos de su identidad corporativa, sin que pueda variarlos en forma alguna ni hacer uso distinto al autorizado, obligándose a apegarse de manera estricta a los lineamientos establecidos por el principal respecto de los lugares en que estos deban ser colocados, la limpieza y el estado en que estos deban mantenerse, y en términos generales a utilizar siempre y en todo caso dichas marcas, logotipos, diseños y demás signos distintivos de forma tal que no deterioren su imagen. Incluso el distribuidor queda obligado a instalar y exhibir las marcas y distintivos genéricos, símbolos y logotipos, en la forma y dimensiones que le autorice el principal, de conformidad con los planes que su departamento de publicidad y mercadotecnia realice exclusivamente en los productos formulados o envasados por dicho fabricante, así como los colores y logotipos de su identidad corporativa, sin que pueda variarlos en forma alguna ni hacer uso distinto al autorizado.

i) Publicidad y promoción. En el contrato de distribución se establece que los costos de publicidad o promoción sean compartidos por las partes en los términos y condiciones que para cada caso se establezcan, así como que dicha publicidad deberá ser elaborada y autorizada por el principal, quien se reserva el derecho de requerir la entrega del material publicitario sin necesidad de compensar en ninguna forma al distribuidor, en caso de que a su juicio dicho material no reúna los requisitos de calidad e imagen que sean adecuados para el principal.

No se incluye la territorialidad o zona exclusiva porque existen contratos de

distribución exclusiva, en la cual no existe dicha zona exclusiva, sino distribuidores selectos para la venta de productos de marca prestigiada o de lujo.

Elementos reales

La cosa. Son objeto de distribución los bienes muebles, productos fabricados por el fabricante o productor para su comercialización y venta al público en general o a sectores de la economía (por ejemplo, aparatos, refacciones, bienes de consumo o uso, como trajes, perfumes, relojes, joyas, etcétera).

El precio. Al igual que sucede en el suministro, el precio de adquisición de los bienes que compra el distribuidor para su reventa se determina por el fabricante y el distribuidor determina si los acepta por cada entrega de bienes y conforme a las políticas de ventas; no existe un precio fijo, aunque pueden darse bases para su determinación y evitar que el fabricante, una vez posicionado el producto, pretenda eliminar al distribuidor mediante precios casi iguales a los de la reventa, o bien que el distribuidor con poder de colocación en el mercado exija un mejor precio del que hubiera iniciado el contrato.

Elementos personales

Es parte del contrato de distribución el fabricante o productor, que algunos denominan *principal*, aunque es más propio este nombre para el caso de la agencia o la comisión, que asume la principal obligación de vender para revender productos al distribuidor, que es la otra parte del contrato y quien asume la obligación de adquirir tales bienes para promover, comercializar y revender dichos productos.

Obligaciones y derechos del fabricante o productor

- a) Vender y proveer al distribuidor los productos de conformidad con las condiciones de época, cantidad y calidad solicitadas en los pedidos que le formule el distribuidor, para que este los revenda en la zona o territorio convenidos conforme a las políticas de venta.

- b) *Entregar la cosa.* El productor está obligado a entregar los productos conforme a los términos y las condiciones previstos por las partes, en forma convenida.

Al igual que en la compraventa mercantil, el distribuidor adquiere la propiedad de los bienes objeto del contrato desde que las partes acuerdan la enajenación de bienes al distribuidor, pero los riesgos de la cosa se transmiten a partir de que la misma es entregada real, jurídica o virtualmente al distribuidor (art. 377, CCo); mientras ello no ocurra, aun cuando ya sea propietario el distribuidor, los riesgos de la cosa los sufre dicho productor.

- c) *Plazo de entrega.* La entrega de la cosa debe hacerse en el tiempo pactado por las partes, a falta de pacto, conforme lo previene el CCo para la compraventa mercantil. Las mismas reglas de esta se aplicarán, salvo pacto en contrario, para el lugar de entrega, gastos de entrega, calidades, vicios o defectos ocultos y saneamiento para el caso de evicción, entre otros, ya que en ejecución del contrato las partes celebran contratos de compraventa para que el distribuidor adquiera y revenda los productos.
- d) El distribuidor debe participar con el distribuidor en los apoyos de tipo promocional y publicitario, de conformidad con las condiciones que se pacten al establecer las modalidades de las políticas de ventas.
- e) Respetar la zona exclusiva y los derechos expresos del distribuidor, así como los derivados del contrato.
- f) Vigilar la sana competencia entre los distribuidores con quienes realice contratos iguales o semejantes en la zona señalada como territorio.

Conforme al proyecto de reformas del CCo mexicano (art. 405), el fabricante está obligado a: i) entregar al distribuidor los productos en los plazos establecidos en el contrato, a fin de que este último pueda realizar la comercialización o reventa, ii) otorgar al distribuidor garantía sobre los productos o mercancías que se le vendan, haciéndose extensiva dicha garantía y sin necesidad de cláusula especial al consumidor final; iii) mantener su imagen y marca en un estándar de calidad y posicionamiento; y iv) respetar, en su caso, la cláusula de exclusividad.

Obligaciones y derechos del distribuidor

- a) Adquirir un monto mínimo pactado de bienes objeto de distribución durante cada periodo convenido. También tiene la obligación de mantener un *stock* mínimo de productos en el establecimiento, lo que permite la oportunidad de la venta y evita el desabasto que fomente el desaliento en su compra.
- b) Pagar el monto de las adquisiciones al principal dentro de los plazos y términos pactados para cada una de las entregas y adquisiciones de productos.
- c) Responder por el pago de todos los gastos de promoción y ventas por él realizados y pactados.
- d) Respetar los derechos de propiedad industrial del productor.
- e) Realizar la distribución de los productos exclusivamente en la zona y dentro del territorio pactado.
- f) Sujetarse a las políticas de venta realizadas por el fabricante que sean hechas de su conocimiento.
- g) Permitir al principal la revisión del(de los) establecimiento(s) autorizado(s), así como de la documentación (facturas, contrarrecibos, notas, remisiones, cartas de porte, pagos, etc.) relativa a la distribución de las mercancías objeto de este contrato.
- h) Hacer las reparaciones y adaptaciones que a juicio del principal sean necesarias para la seguridad y buena imagen del(de los) establecimiento(s) autorizado(s).
- i) Pagar el precio de las mercancías adquiridas para su reventa, conforme al precio de cada entrega que se le haga en los plazos previstos en el contrato.
- j) No realizar actos de competencia con el productor. Se trata de una obligación típica en los contratos de distribución en exclusiva por la cual el distribuidor, a su vez, se compromete a no revender productos de la competencia idénticos en el territorio asignado.
- k) Organización de ventas, promoción y ferias. Obligaciones que asume el

distribuidor en cuanto a organización e infraestructura mínima de ventas, promoción de los productos y asistencia a ferias.

l) Guardar confidencialidad de la información recibida del distribuidor.

De acuerdo con el proyecto de reformas de CCo mexicano (art. 404), el distribuidor principal, como lo denomina el referido documento, tiene las obligaciones siguientes: *a) adquirir los productos o mercancías del fabricante, mismas que tiene la obligación de comercializar; b) usar la marca, según sea el caso, en los términos de la licencia respectiva; c) seguir todo lo especificado sobre el proceso de reventa o comercialización de los productos o mercancías del fabricante, si se ha estipulado en el contrato; d) pagar el precio acordado en el contrato o el que le indique el fabricante en el momento en que se le entreguen los productos materia de la distribución; e) no variar y respetar las condiciones del precio de reventa al consumidor final, según la lista que le otorgue el fabricante; y f) respetar la cláusula de exclusividad.*

Terminación

El contrato de distribución, al ser atípico, puede terminar debido a las mismas causas generales por las que concluyen los contratos onerosos, por ejemplo, por haber vencido el plazo de duración o por acuerdo de las partes, incluso por incumplimiento de alguna de ellas o bien por decisión unilateral; sin embargo, al ser un contrato de colaboración en el que el distribuidor se constriñe a la venta de los bienes de la otra parte, dicho contrato solo puede concluir por una causa justa y mediante aviso dado con un plazo de anticipación razonable o por medio de una indemnización.

En el proyecto de reforma del CCo (art. 406) se prevé que el contrato termine por el cumplimiento del plazo fijado en el contrato; por convenio expreso de las partes y por incumplimiento de las obligaciones de alguna de las partes contratantes, y si el contrato es por tiempo indeterminado, se establece un breve plazo de anticipación para su terminación de 60 días. Sin embargo, por ser un contrato de colaboración y de tracto sucesivo en el que el distribuidor contribuye en el posicionamiento de un producto, de una marca o de un empresario, las consecuencias de la terminación de un contrato de distribución exclusiva por causas ajenas a la culpa o a la voluntad del distribuidor deben ser diferentes que

las de un contrato de ejecución instantánea.

Terminación sin causa

Un problema que se presenta en la distribución exclusiva es precisamente la terminación *ad-nutum* (sin causa) del contrato,³ pues si bien es verdad que el distribuidor adquiere, en nombre y cuenta propios, mercancías del fabricante para revenderlas y obtener por ello una ganancia, ello no supone que deba tener un trato igual que el de un comprador aislado o asiduo de mercancías para su reventa; el contrato de distribución, como se dijo, es un contrato de colaboración, de ayuda mutua. El fabricante se asegura con el contrato no solo que sus productos serán adquiridos por el distribuidor en cuando menos las cuotas mínimas de venta pactadas por cada periodo o necesidad de productos, sino también el posicionamiento de su producto, de sus marcas y de su propio nombre, de suerte que el distribuidor contribuye para incrementar la clientela del fabricante. No sería justo que el fabricante, después de haber mantenido el contrato con un distribuidor durante más de cinco años o los que sean necesarios para posicionarse en el mercado, decida de manera unilateral revolver el contrato, no lo prorrogue o lo dé por terminado mediante un simple preaviso de 30 o 60 días; porque en virtud del contrato de distribución, el distribuidor dedicó y preparó un establecimiento exclusivamente para promover, anunciar y vender productos del fabricante que se ve beneficiado por ello, no solo durante la vigencia del contrato de distribución, sino en lo sucesivo, por lo cual se le debe reconocer el derecho a una indemnización por clientela.

El problema que se plantea también es que el fabricante celebra contratos anuales con el distribuidor y después de cinco, 10 o 20 años decide no celebrar nuevo contrato ni prorrogar el último celebrado, puesto que tiene ya posicionada su marca o su producto, o encuentra un agente, un concesionario u otro distribuidor que está dispuesto o necesitado de pagar más por los productos; y como se trata de un contrato atípico, en caso de conflicto los jueces aplican por analogía las reglas del contrato de arrendamiento para determinar la validez de la terminación de contrato, mediante un simple aviso con ocho, 15 o 30 días de anticipación, siendo desde luego insuficiente tanto para conseguir otros productos para su distribución como otro establecimiento acondicionado, amortizar las inversiones, pagar a los trabajadores y proveedores, etc.; por tanto,

es necesaria una adecuada reglamentación del contrato de distribución y la aplicación de los principios generales de los contratos, como los de la buena fe, y, en consecuencia, sancionar el abuso del derecho, pues, por un lado, el poder económico de los fabricantes no puede sobrepasar el derecho de la otra parte para decidir la terminación del contrato, ya que la voluntad de una sola de las partes no puede resolver el contrato de duración celebrado en las condiciones y con las consecuencias del de distribución, y por el otro, el fabricante tiene diversos deberes que, sin violentar su autonomía de la voluntad, le impiden dar por terminado de manera arbitraria el contrato sin causa, y solo le permiten hacerlo en la medida en que no cause un riesgo excesivo para el distribuidor. Como sostiene Cándido Paz-Ares, dichos deberes son:

- a) El *deber de confianza*, que obliga al fabricante a no denunciar el contrato antes de que haya transcurrido el plazo que razonablemente necesita el distribuidor para amortizar las inversiones, que realizó confiado en la duración del mismo.⁴
- b) El *deber de preaviso*, que obliga al principal a no denunciar el contrato sin haber anunciado su propósito con una antelación prudencial, a fin de que el distribuidor o concesionario pueda tomar las decisiones más convenientes a sus intereses; pero esa anticipación prudencial no puede ser la misma que la ley civil fija para el ejercicio del derecho de preferencia o del tanto o del retracto, ni para dar por terminado un contrato de arrendamiento, porque el distribuidor ha dedicado todos sus esfuerzos y recursos para revender los productos del fabricante, incrementar la clientela, posicionar su marca, obtener mayores ganancias y, en consecuencia, ha asumido compromisos y obligaciones con proveedores, clientes, empleados y socios.
- c) El *deber de colaborar* en la liquidación, al concluir el contrato, que obliga al fabricante a recomprar el *stock* sobrante.

Para Andrés Ortiz Herbener, se debe agregar el *deber de no expropiación*, que obliga al fabricante a no utilizar la cláusula de terminación sin causa para impedir beneficios que de manera contractual le pertenecen al distribuidor, o bien, utilizarla como arma de presión frente al distribuidor para obtener modificaciones favorables del contrato (por ejemplo, la reducción de la zona exclusiva).⁵ En algunos países, como Francia desde 1958 (y después en la ley de junio de 1991), se ha reconocido la labor del agente comercial y su derecho a

una indemnización por clientela en el caso de terminación del contrato por vencimiento del plazo pactado, como una indemnización compensatoria del perjuicio sufrido por la resolución del contrato que hizo el empresario por causa unilateral de este.⁶

En España, el art. 28 de la ley 12/1992 sobre contrato de agencia dispone que: “Cuando se extinga el contrato de agencia, sea por tiempo determinado o indefinido, el agente que hubiese aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente, tendrá derecho a una indemnización si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y resulta equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran.”

En el mismo sentido se presenta el art. 542-28 del Proyecto de CCo, cuya ley otorga a los agentes el derecho a una indemnización por la pérdida de clientela, equivalente a cinco años de remuneraciones. En Estados Unidos se establece el derecho del concesionario contra un fabricante para pedirle que lo indemnice cuando este no ha actuado de buena fe en la terminación o en la no renovación de un contrato de concesión. En Italia (art. 1751, Código Civil), de acuerdo con la directiva de la CEE, se prevé el derecho de indemnización al agente una vez terminado el contrato, tomando en cuenta tanto la aportación de clientela al empresario como el incremento sensible de las operaciones con la clientela preexistente, si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y resulta equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran. La ley belga dispone que la concesión no puede ser revocada si no es por falta grave imputable al concesionario. La ley francesa castiga los abusos de los productores que se nieguen a renovar contratos de concesión sin que medie una justa causa para su negativa.

En Ecuador estuvo vigente la *Ley de Protección a los Agentes, Representantes y Distribuidores de Empresas Extranjeras*,⁷ que establecía indemnización a favor del distribuidor ante una eventual terminación unilateral del contrato, por plusvalía del negocio, calculada con base en el tiempo de duración, el volumen de ventas y el segmento de mercado que este obtuvo para el producto distribuido.⁸ De acuerdo con Miguel Macías Carmigniani, durante la vigencia de la ley del 31 de diciembre de 1976 (decreto-ley 1038-A), mediante la cual se

protegió a los representantes, agentes y distribuidores de compañías extranjeras que laboraban en Ecuador (hasta el 18 de septiembre de 1997), las compañías Roche, Massey Ferguson, Procter & Gamble, Dupont, The Mennen Company y Shulton Inc. fueron condenadas a pagar millonarias indemnizaciones, de acuerdo con lo previsto en el art. 4 del citado decreto-ley, el cual establecía que si el principal o concedente daba por terminada, menoscabada o modificada la relación contractual o se negare a renovar dicho contrato a su vencimiento, sin justa causa, a pesar de haberse pactado, debía indemnizar al concesionario en la medida de los daños y perjuicios que le hubiere causado, con base en *a)* el costo actual de lo que había invertido el distribuidor en la adquisición y adecuación de locales, equipos, instalaciones, mobiliario y útiles, en la medida en que estos no fueren fácil y razonablemente aprovechables para otra actividad a la que el distribuidor o agente estuviere normalmente dedicado; *b)* el costo actual de las mercaderías y/o materias primas, partes, piezas, repuestos, accesorios y material publicitario que el distribuidor o agente hubiere adquirido y de cuya venta o distribución no podía aprovecharse.

Dicha ley establecía que la plusvalía del negocio o de la parte de este atribuible a la distribución se determinaba conforme a lo siguiente: *a)* el número de años en que había distribuido o agenciado el producto; *b)* el volumen de ventas de los mismos y la proporción que estos representen en el negocio del agente o del distribuidor, ya que pudiera ser que distribuyera otros productos extranjeros; *c)* la proporción del mercado que el distribuidor o agente haya obtenido en Ecuador o parte de él y el volumen que represente; *d)* otros factores.

El decreto-ley 1038-A establecía además que cualquier acción judicial que se promoviera de conformidad con el mismo debía llevarse a cabo en el domicilio del concesionario y que las disposiciones de esa ley prevalecían sobre las leyes generales y especiales que se le opusieran.⁹ Según Carmigniani, las presiones y campañas de prensa ejercidas por los defensores de una poderosa empresa multinacional y por diplomáticos extranjeros obligaron a que el 19 de septiembre de 1997, mediante la ley 22, se derogara el decreto-ley 1038-A y la ley 125, que interpretaba y reformaba a la misma, con lo cual se dejó nuevamente a la autonomía de la voluntad la regulación de dichos contratos en Ecuador.

En Panamá, la ley que protegía a los distribuidores de productos extranjeros fue derogada en 1989. Sin embargo, es tiempo de que los Estados afronten la realidad y asuman su responsabilidad de regular el contrato de distribución, para

evitar abusos sobre los distribuidores y que se les garantice el derecho a la indemnización en los casos de terminación sin causa, negativa de renovación o de rescisión cuando esta se deba a un evento no esencial.

Indemnización en caso de terminación del plazo o denuncia. Se discute si el distribuidor puede tener derecho a indemnización en caso de que termine el plazo de duración del contrato o ante denuncia del mismo por el fabricante. El problema debe resolverse en atención a las declaraciones, las negociaciones y las promesas de las partes, así como las inversiones, compras y reventas realizadas por el distribuidor y el tiempo de duración de la relación (no del contrato formal, porque, como se ha mencionado, suelen celebrarse contratos anuales pero tener una relación de varios años).

Desde luego, hay que diferenciar la indemnización de los daños de la indemnización por los perjuicios; la primera se refiere a la indemnización por las inversiones, gastos, tratos y contratos realizados por el agente que, sin su culpa o su causa, afronta la terminación inesperada del contrato; la segunda es la indemnización por la clientela, la que al concluir el contrato seguirá adquiriendo los productos del fabricante por medio de otros distribuidores, agentes o concesionarios, o de forma directa por el fabricante cuando dicha clientela fue conseguida o mantenida por el distribuidor.

Estas últimas indemnizaciones deben subsistir a pesar de que el contrato se dé por terminado, con base en el derecho de denuncia del contrato o de vencimiento del plazo de duración, pues no es que se obligue al fabricante a permanecer en el contrato con el distribuidor, sino que está en libertad de concluirlo, pero no puede causar un daño inesperado, ni obtener un enriquecimiento o beneficio por el simple abuso de su derecho de terminación del contrato, causando daños y perjuicios al distribuidor. Es decir, como se trata de un contrato de colaboración y no de cambio, las partes no pueden ser tratadas de manera rígida con el pacto comisario tácito, pues la simple terminación del plazo de duración del contrato no debe ser, en todos los casos, causa suficiente para dar terminada la distribución sin responsabilidad del fabricante, porque el distribuidor ha aportado clientela y la indemnización es el pago diferido de lo que generó durante la distribución.

Además, la cláusula de preferencia debe ser una cláusula obligatoria en estos contratos, de manera que no preferir al distribuidor respecto de terceros le genera

perjuicios, privación de una ganancia lícita y daños por las inversiones; en todo caso, el agente debe recibir una indemnización en función de los parámetros ya mencionados y aplicados razonablemente. Del mismo modo, cualquier incumplimiento del distribuidor no puede ser una patente de corso para que el fabricante resuelva el contrato sin su responsabilidad, sino solo causas esenciales, que permitan sostener razonablemente que el agente continuará en estado de incumplimiento, por lo que la terminación del contrato, aun de buen fe por el fabricante, puede generar una indemnización por clientela a favor del distribuidor, dado que de lo que se trata es de retribuir la actividad desarrollada por el distribuidor durante el contrato, tendente a la creación y/o consolidación de relaciones comerciales estables.

Indemnización por clientela. Como en la agencia en algunos países, este tipo de indemnización debe proceder cuando el contrato se extingue por terminación del contrato indefinido dada por el empresario, en cuyo caso también deben cubrirse los daños y perjuicios causados, si la extinción del contrato no permite al agente amortizar los gastos que hubiere realizado; también procede la indemnización por clientela en los casos de muerte o declaración de fallecimiento del agente. Ese derecho a indemnización no existe cuando el distribuidor denuncia el contrato por causas no imputables al empresario, cede a un tercero sus derechos y obligaciones con el consentimiento del empresario, o cuando la terminación del contrato es por causas imputables a este. En una sentencia dictada por el Tribunal Supremo español,¹⁰ se declaró el derecho del distribuidor a una indemnización por clientela y fijó el importe de la misma, “al haber la actora acreditado la existencia de una clientela lograda fruto de su actividad, ininterrumpida durante más de veinticinco años”, quedando probado que la actividad del distribuidor cesado seguiría produciendo ventajas sustanciales al empresario.¹¹

Indemnización por aviso injustificado, omitido o inoportuno. En el caso de que exista dolo, abuso de derecho, porque el preaviso se considera incumplido o se haya dado un periodo muy corto, en función de los años de relación o de las inversiones; se haya omitido o se presente el aviso inoportuno, a sabiendas de que el distribuidor invirtió recientemente en nuevas instalaciones, acondicionamiento, reparaciones, maquinaria, equipo, empleados, etc., con el único objeto de desarrollar la actividad, o el aviso sea contrario a los actos propios del fabricante, este debe indemnizar por los daños y los gastos no

amortizados.

Indemnización por terminación del contrato. El distribuidor puede exigir una indemnización de daños si la terminación del contrato se ha producido con abuso de derecho, mala fe o causa injusta. Esto significa que si el proveedor ha respetado el preaviso y no se puede demostrar que ha actuado de manera abusiva, ningún daño puede darse por la terminación de un contrato de distribución. En definitiva, podrían aplicarse al distribuidor los mismos derechos de indemnización de que goza el agente en los países en que cuenta con tales derechos.

Clases de distribución

Actualmente son dos las clases de distribución más utilizadas en la práctica: los contratos de distribución exclusiva y los contratos de distribución selectiva.

Contratos de distribución exclusiva.¹² El fabricante nombra un único distribuidor exclusivo para una zona geográfica en concreto (región, país, etc.), con la obligación de abstenerse de vender o de designar nuevos distribuidores, agentes o concesionarios en el territorio objeto de exclusiva. Asimismo, el fabricante puede comprometerse a no realizar ventas directas en el territorio asignado, a impedir que otros distribuidores promuevan ventas en el territorio objeto de exclusiva, o a impedir absolutamente a otros distribuidores la realización de ventas en el territorio, aunque sea de forma indirecta. “Los acuerdos de distribución exclusiva se caracterizan por el hecho de que una de las partes, el proveedor, le concede a la otra, el revendedor, un territorio delimitado en el que debe centrar sus actividades de venta, comprometiéndose a no entregar los productos objeto de contrato a otros revendedores establecidos en dicho territorio. En los acuerdos de compra exclusiva, el revendedor se compromete a no comprar los productos objeto de contrato a proveedores distintos del otro contratante.”

La exclusividad, a pesar de no ser una cláusula obligatoria del contrato de distribución, sí lo es de la distribución exclusiva, pero además es muy utilizada en la práctica por los beneficios que implica para el fabricante y para el distribuidor que tiene mayor expectativa al invertir en la promoción del producto concedido en exclusiva.¹³

Contrato de distribución selectiva. En virtud de este contrato, el proveedor se compromete a vender los bienes o servicios únicamente a distribuidores seleccionados sobre la base de criterios específicos, y los distribuidores se comprometen a no vender tales bienes o servicios a agentes no autorizados; el fabricante limita la venta de sus productos a distribuidores calificados o diferenciados, elegidos cualitativa o cuantitativamente, con objeto de mejorar la calidad del servicio ofrecido al cliente final.¹⁴ “Obviamente la restricción del número de distribuidores tiene dos efectos inmediatos: el encarecimiento del precio final y la restricción del acceso al mercado. Un caso típico de distribución selectiva se da en el sector de la automoción, en donde la empresa fabricante de los vehículos establece una red de distribuidores que adquieren la exclusividad para vender dichos vehículos, prestando asimismo servicios de reparación posventa.”

Si, por el contrario, los criterios utilizados limitan de hecho el número de distribuidores mediante criterios como el potencial económico de la zona asignada o los mínimos márgenes de beneficios que permitan la viabilidad económica de la red, el contrato se reputaría nulo por ser contrario a las reglas de la competencia.

Prácticas monopólicas

Los contratos de distribución exclusiva pueden dar lugar a prácticas monopólicas absolutas cuando se celebran entre agentes económicos competidores entre sí con poder sustancial en el mercado relevante por medio de los cuales se establezca la obligación de no distribuir, comercializar o adquirir sino solo una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación o transacción de un número, volumen o frecuencia restringidos o limitados de servicios; distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes y servicios, mediante clientela, proveedores, tiempos o espacios determinados o determinables, a menos que el agente económico demuestre que generan ganancias en eficiencia, inciden favorablemente en el proceso de competencia económica y libre concurrencia, superando sus posibles efectos anticompetitivos, y resultan en mejoras del bienestar del consumidor, incluyendo mejoras en calidad, inversiones y su recuperación, oportunidad y servicio que impacten de manera favorable en la cadena de distribución.

Asimismo, la ley considera práctica monopólica relativa el contrato celebrado entre agentes económicos que no sean competidores entre sí, es decir, la relación entre el fabricante o productor y el distribuidor para la distribución exclusiva de bienes o servicios, por razón de sujeto, situación geográfica o por periodos determinados, incluidas la división, distribución o asignación de clientes o proveedores; la imposición de la obligación de no fabricar o distribuir bienes o prestar servicios por un tiempo determinado o determinable, y la imposición del precio o demás condiciones que un distribuidor o proveedor deba observar al prestar, comercializar o distribuir bienes o servicios.

De igual manera, la venta, compra o transacción sujeta a la condición de no usar, adquirir, vender, comercializar o proporcionar los bienes o servicios distribuidos o comercializados por un tercero; el otorgamiento de descuentos, incentivos o beneficios por parte de productores o proveedores a los compradores con el requisito de no usar, adquirir, vender, comercializar o proporcionar los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero, o la compra o transacción sujeta al requisito de no vender, comercializar o proporcionar a un tercero los bienes o servicios objeto de la venta o transacción.

Concesión y distribución

Para algunos, el contrato de distribución es el mismo contrato de concesión, por considerar que no existen diferencias sustanciales entre uno y otro; sin embargo, cierta doctrina distingue las dos figuras, ya que la concesión tiene la particularidad de que recae sobre bienes de alta tecnificación o de valor económico elevado, además de que el concesionario asume la obligación de prestar servicios de asesoría, reparación, mantenimiento y venta de accesorios, refacciones y repuestos de los bienes que enajena.

En México se distingue entre concesión y distribución de manera poco clara; así, en los documentos “Procedimiento de la solicitud de autorización para la venta del Programa de Abasto Social de Leche” y “Políticas de operación de los contratos para la venta de leche del Programa de Abasto Social” del documento “Políticas, lineamientos y procedimientos para la operación de los contratos de venta de leche, su cobranza y recuperación de cartera”, clave VST-DFP-PL-012, se fijan las reglas para la obtención y operación de una concesión o distribución mercantil y se menciona que Liconsa, S. A. de C. V., otorga un contrato de

concesión mercantil para la venta de leche del Programa de Abasto Social, siempre que disponga de un local entregado en comodato por parte del gobierno estatal, municipal o de la delegación política, y que en las localidades en donde no exista la posibilidad de disponer de un local en comodato se buscarán candidatos para celebrar un contrato de distribución mercantil, con propietarios de establecimientos comerciales privados, preferentemente en misceláneas y tiendas de abarrotes.¹⁵

Concesión. La concesión es un contrato por el cual un empresario (concesionario) pone su establecimiento al servicio de otro empresario (concedente) para comercializar por tiempo indefinido o limitado, en una zona geográfica determinada y bajo las directrices del concedente, los productos cuya exclusiva reventa se le otorga en condiciones predeterminadas, así como para ofrecer y prestar servicios relativos a dichos productos, tales como reparaciones, revisiones, garantías y sustituciones. “El contrato de concesión comercial es un contrato normativo de coordinación o colaboración y no de subordinación; en efecto, la realidad demuestra que el concesionario realiza las ventas a sus clientes sin interferencia alguna del concedente, pactando las condiciones de su conveniencia.”¹⁶

El nuevo *Código Civil y Comercial* de Argentina¹⁷ incorpora el contrato de concesión comercial y señala, en los arts. 1502 y 503, que hay contrato de concesión cuando el concesionario, que actúa en nombre y por cuenta propia frente a terceros, se obliga mediante una retribución a disponer de su organización empresarial para comercializar mercaderías provistas por el concedente (fabricadas o provistas por el concedente, incluso los nuevos modelos), prestar los servicios y proveer los repuestos y accesorios según haya sido convenido; que la concesión es exclusiva para ambas partes en el territorio o zona de influencia determinados, por lo cual el concedente no puede autorizar otra concesión en el mismo territorio o zona y el concesionario no puede, por sí o por interpósita persona, ejercer actos propios de la concesión fuera de esos límites o actuar en actividades competitivas.

Elementos personales. El *concedente* es una persona física o jurídica, fabricante del producto objeto de la concesión; por lo general son personas morales, grandes empresarios con capacidad de proveer bienes para diversas zonas, como cerveza, servicios turísticos, productos alimenticios, helados, etc. El *concesionario* es la persona que se obliga a vender los productos del concedente

a cambio de una diferencia de precio que constituye su beneficio. Deberá cumplir lo estipulado respecto de precios, propaganda y venta de mínimos determinados.

Suministro y distribución, diferencias. El contrato de distribución es un negocio jurídico de tracto sucesivo en el cual el fabricante se obliga a ministrar al distribuidor bienes que, a diferencia del suministro, no utiliza para su uso o consumo personal, ni el de su empresa, ni para transformar los bienes que adquiere del fabricante, sino que los adquiere para su reventa a consumidores, otros distribuidores o suministratarios; esto es, los conserva en el mismo estado en que los recibe.¹⁸

Al igual que el suministratario, el distribuidor es un comerciante independiente del empresario fabricante; en el contrato de distribución el fabricante impone al distribuidor los términos y las condiciones para la comercialización y reventa, señala las directrices de venta e incluso impone ciertas obligaciones que deben ser observadas en relación con la publicidad; es decir, el distribuidor debe sujetarse al precio de venta, a la presentación del producto y a la propaganda impuestas por el fabricante e incluso a la organización del negocio. En cambio, en el suministro el suministrante no fija dichas limitantes ni las políticas o condiciones para su venta, ya que el suministratario no revende los productos, sino que los consume o los transforma para producir otros bienes, cuya venta hace de acuerdo con sus propias políticas. Los bienes objeto de la distribución son productos protegidos por marcas,¹⁹ que avalan la calidad del producto en el mercado y que no pueden ser alteradas, sino que deben ser vendidas tal como se reciben por el distribuidor; en el suministro, en cambio, el suministrante transforma los bienes (por lo general insumos) para producir otros productos que después comercializa, o los consume en el mismo proceso de transformación.

La distribución constituye un sistema de comercialización de bienes por el cual el fabricante asegura la venta de sus productos, el prestigio de sus marcas y el posicionamiento del mercado sin necesidad de desplegar mayores gastos o actividades que la distribución,²⁰ por lo cual, aunque no es un elemento necesario en la definición de la exclusividad, esta es frecuente en la distribución, tanto para evitar que otros distribuidores vendan los productos en una zona determinada asignada al distribuidor exclusivo como para que el distribuidor no venda productos iguales o similares en dicha zona, lo que se explica en virtud de que el distribuidor no solo obtiene el beneficio que resulta de la diferencia del

precio de compra y del precio de venta impuesto por el fabricante, sino que le permite obtener un beneficio adicional de acuerdo con el volumen de ventas, así como una compensación o bonificación por la propaganda o publicidad de los productos, y por las modificaciones o adecuaciones en su establecimiento de venta según las indicaciones del fabricante.

Este contrato es muy utilizado en gran escala entre los grandes productores o fabricantes y los distribuidores que comercializan los productos que adquieren de los primeros, así como entre esos grandes fabricantes y los pequeños comerciantes al por menor. Así, existe distribución en los contratos celebrados entre empresarios como Texaco, Mobil Oil o Mexicana de Lubricantes y sus distribuidores de grasas y aceites lubricantes, entre Bimbo y los pequeños comerciantes. En todo caso, la exclusividad dependerá del producto y del empresario, y la misma será válida en México en tanto no implique una práctica monopólica relativa cuando las partes no tengan poder sustancial en el mercado relevante, tal como lo señala la *Ley Federal de Competencia Económica*.

Autoevaluación

1. ¿En qué consiste un contrato de distribución?
2. ¿Por qué se califica de mercantil al contrato de distribución?
3. ¿Cuáles son las diferencias entre el contrato de distribución y el de concesión?
4. ¿Cuáles son las obligaciones del distribuidor?
5. ¿En qué consiste la cláusula de exclusividad?
6. ¿Cuáles son las características del contrato de distribución?
7. ¿En qué consiste la distribución selectiva?
8. A falta de pacto, ¿cuándo, con qué tiempo de anticipación y cómo puede el suministrador dar por terminado un contrato de suministro por tiempo

indeterminado?

9. ¿En qué consiste la indemnización de clientela?

10. ¿Cuáles son las diferencias entre el suministro y la distribución?

- 1 Cfr. Xavier Ginebra, “Los contratos de distribución comercial en la Ley Federal de Competencia Económica”, *Revista de Derecho Privado*, UNAM, núm. 27, septiembre-diciembre de 1998, p. 157.
- 2 Cfr. “Proyecto de decreto por el que se reforman diversas disposiciones del Código de Comercio”, <http://gaceta.diputados.gob.mx/Black/Gaceta/Anteriores/61/2012/abr/20120430-I/Minuta-3.html>. Consulta hecha el 15 de marzo de 2014.
- 3 Andrés Ortiz Herbener, “Los contratos de distribución: la terminación *ad nutum* y la correspondiente indemnización por clientela”, *Revista Jurídica*, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Guayaquil, núm. 17, 2004, pp. 156 y 157. http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2004/17/17_Los_Contratos_De_Distribucion Consulta hecha el 15 de marzo de 2015.
- 4 Cándido Paz-Ares, «La Indemnización por clientela en el contrato de concesión», Tomo de Jurisprudencia No. 2, *La Ley*, 11 de abril de 1997, p. 1820.
- 5 Andrés Ortiz Herbener, *op. cit.*, p. 158.
- 6 Miguel Macías Carmigniani, “Protección a los distribuidores de compañías extranjeras... y proyecto de ley para los concesionarios comerciales”, *Revista Jurídica*, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Guayaquil. Disponible en la dirección siguiente: http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=195&Itemid=63. Consulta hecha el 10 de noviembre de 2015.
- 7 Decreto Supremo 1038-A, R.O. 245, 31-XII-76, y su ley interpretativa Ley 125, R.O. 982, 5-VII-96).
- 8 Miguel Macías Carmigniani, *op. cit.*
- 9 *Idem.*
- 10 TS Sala 1ª, S 5-11-2013, nº 647/2013, rec. 1414/2011.
- 11 Cfr. “Resolución unilateral de contrato de distribución en exclusiva con indemnización por clientela”, <http://www.pmfarma.es/derecho/190-resolucion-unilateral-de-contrato-de-distribucion-en-exclusiva-con-indemnizacion-por-clientela.html>. Consulta hecha el 13 de marzo de 2015.
- 12 Véase al respecto <http://noticias.juridicas.com/articulos/50-Derecho-Mercantil/200811-2963145785236.html>. Consulta hecha el 10 de noviembre de 2015.
- 13 Bruno Manzanares Bastida, “Aspectos básicos del contrato de distribución”,

<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4411-aspectos-basicos-del-contrato-de-distribucion-internacional/>.

- 14 A. García Herrera, *La duración del contrato de distribución exclusiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- 15 Véase al respecto <http://www.liconsa.gob.mx/abasto-social/tramites-y-requisitos/solicitud-de-autorizacion-para-la-venta-del-programa-de-abasto-social-de-leche/>. Consulta hecha el 13 de marzo de 2015.
- 16 Heriberto Simón Hocsman, “Contrato de concesión comercial”, en el *Buscador Jurídico Argentino Justiniano.com*, disponible en: http://www.justiniano.com/revista_doctrina/CONTRATO_COMERCIAL.htm. Cita la sentencia CNCom., Sala A, Agosto 26-994. – Cañabate, Angel J. C. Volkswagen Argentina S.A., ED, 161-225.
- 17 Promulgado el 7 de octubre de 2014. Disponible en: <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>
- 18 Véase Javier Arce Gargollo, *Contratos mercantiles atípicos*, Porrúa, México, 2001, p. 157.
- 19 Cfr. Mario Bauche Garciadiego, *La empresa*, Porrúa, México, 1977, p. 347.
- 20 Cfr. Teresa Puente Muñoz, *El contrato de concesión mercantil*, Montecorvo, Madrid, 1976, p. 24. Este autor califica de concesión mercantil al contrato.

Contrato de franquicia

Propósitos

Al concluir este capítulo, el lector comprenderá el contenido del contrato de franquicia, su naturaleza jurídica, su mercantilidad, elementos y demás particularidades.

Concepto

La franquicia constituye un sistema de comercialización y distribución de bienes y servicios que involucra marcas, asistencia técnica, condiciones, formatos, secretos y políticas tendentes a dar uniformidad, calidad y servicios en la venta de productos o prestación de servicios. También se denomina *franquicia* al contrato entre el titular de dichos elementos de propiedad industrial y el que desea explotarlos conforme a ese sistema de comercialización. Los primeros antecedentes de este sistema de comercialización se sitúan en el año 1232, con la primera carta de franquicia de un municipio francés, pero la mayoría prefiere ubicarlos a mediados del siglo XIX, cuando a I. M. Singer & Company se le ocurrió la idea de distribuir y vender sus máquinas de coser de acuerdo con este sistema,¹ y después cuando Howard Johnson² creó, en la década de 1930, una cadena de 25 moteles.

Para Eduardo Chuliá Vicent y Teresa Beltrán, “la Franquicia, tal como la conocemos en la actualidad, nace en el año 1929, impulsada por la industria del automóvil, hasta el punto de que la General Motors, diseñó un contrato para sus vendedores, siendo el primer modelo de contrato de franquicia americana. Casi simultáneamente, se difunde esta forma contractual en Francia, especialmente por *La Lainière de Roubaix*. Finalizada la Segunda Guerra Mundial, muchísimos soldados desmovilizados, con un pequeño capital, pero sin formación comercial

y técnica, se acogen a la franquicia, como medio de tener un negocio, apto para sus necesidades”.³

Sin embargo, el desarrollo del sistema de comercialización de bienes y servicios antes mencionado data de las décadas de 1950 y 1960, cuando se produce una nueva expansión de sistemas de comercialización de productos y servicios que se refleja en tiendas especializadas, prestadoras de servicios, restaurantes, etc., dirigidos por empresarios autónomos pero en estrecha relación contractual con un “gran” empresario, que es quien ha desarrollado un sistema vertical de comercialización sobre la base de la franquicia, cuyo sustento son los símbolos, marcas, operaciones, productos y prestaciones de servicios característicos.⁴ Así, entre otros, Fred DeLuca abrió un negocio de sándwiches para pagar las colegiaturas de sus estudios, que 20 años más tarde, en 1986, se convirtió en Subway Sandwiches & Salads, una importante franquicia estadounidense de comida rápida.⁵ También surgen las “grandes” empresas que expanden su área de negocios por este sistema de comercialización, como Holiday Inn, Dunkin’ Donuts, McDonald’s, Burger King, 7-Eleven, Baskin-Robbins, Kentucky Fried Chicken, Sheraton, etcétera.⁶

El término *franquicia*, del vocablo inglés *franchise* y de origen francés *franchisage*, significaba en principio el privilegio o la concesión de una exención en materia de aranceles a la importación o exportación; el aprovechamiento de un servicio público; el otorgamiento de cualquier privilegio, patente o concesión por parte del Estado a una persona; o un derecho de licencia. En la actualidad también significa el sistema de comercialización de bienes o servicios por el cual el propietario de un producto, procedimiento o servicio, protegido mediante una marca registrada, logra introducirse por medio de sus distribuidores asociados con el comercio de minoristas, reservándose el derecho de controlar la forma en que aquellos distribuyan su producto o servicio. Es decir, se trata de un método para comercializar bienes o servicios a los consumidores, así como el contrato por medio del cual se permite a los empresarios, denominados *franquiciatarios*, el uso de ese sistema de comercialización en el marco de una vinculación e integración contractual entre las partes; esto es, un contrato con formato de negocio en el que un empresario desarrolla un sistema o método de operación para la comercialización de productos o servicios de manera uniforme, en donde la marca registrada identifica a todas las partes de ese sistema o método. Así, el nombre de Wendy’s no identifica un platillo particular del menú de esa cadena

de restaurantes, sino todo el sistema de comercialización, es decir, la forma en que Wendy's proporciona el servicio de comida rápida.⁷

Como contrato, la franquicia tiene por objeto la distribución vertical de productos o servicios para su venta al público, que otorga el franquiciante (*franchisor*), titular de los derechos involucrados en la franquicia, o con derecho a su explotación, al franquiciatario, concesionario u operador (*franchisee*), según el sistema de comercialización determinado por el primero.

Para Herbert Gross, el contrato de franquicia es “un conjunto de obligaciones recíprocas y permanentes por el cual el otorgante de la franquicia concede al concesionario, comerciante o empresario independiente, contra el pago de una cuota, el derecho de vender ciertos productos o servicios utilizando el nombre, marca registrada, equipo, patentes, experiencia técnica y comercial del otorgante, y aplicando los métodos de organización y publicidad establecidos por el otorgante, en lo cual este último presta al concesionario ayuda, consejo y formación, reservándose el derecho de control”.⁸

La franquicia ha sido un contrato exitoso en todo el mundo desde la segunda década del siglo xx, principalmente por los cambios socioeconómicos en Estados Unidos y otros países desarrollados, la incorporación en masa de la mujer al trabajo y, por tanto, de dos salarios en la familia, los sistemas de telecomunicaciones que facilitan la difusión de la propaganda y el espíritu emprendedor entre las jóvenes generaciones de estos países.⁹ Sin embargo, no había sido objeto de una regulación adecuada en el nivel nacional ni internacional; las primeras leyes que acogen la figura son las de California y Delaware, en 1970; en 1971, en Arkansas, New Jersey y Washington, se realizan estudios de mercado y posibles ganancias. Las malas prácticas abusivas, las condiciones en desventaja y las cancelaciones arbitrarias del contrato en que se han visto envueltos los franquiciatarios y que se evidencian en épocas de crisis han obligado a los países a establecer cierta regulación sobre la franquicia, o cuando menos, como señala nuestra *Ley de la Propiedad Industrial* (LPI), a establecer condiciones de seguridad jurídica entre las partes en la operación de franquicias y a garantizar un trato no discriminatorio para todos los franquiciatarios del mismo franquiciante.

En el ámbito internacional, el Unidroit, consciente de los beneficios reales de la franquicia, de su potencial para actuar como estímulo para el crecimiento

económico y la creación de puestos de trabajo, publicó en español en 2005 la Guía para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional (*Guide to International Master Franchise Arrangements*), a fin de difundir el conocimiento de este sistema de negocio con vistas a proporcionar a todos aquellos que tratan con la franquicia (ya sean agentes de franquicia, abogados, jueces, árbitros o estudiantes) una herramienta para comprender mejor las posibilidades que ofrece.

Conforme al art. 1.3,b) del Reglamento de la CEE núm. 4.087/88, de 30 de noviembre de 1988, sobre cláusulas restrictivas exentas de la prohibición –art. 85, apartados 1 y 3, del Tratado CE–, se entiende por acuerdo de franquicia “Aquel contrato en virtud del cual una empresa, el franquiciador, cede a otra, el franquiciado, a cambio de una contraprestación financiera directa o indirecta, el derecho a la explotación de una franquicia para comercializar determinados tipos de productos y/o servicios, y que comprende por lo menos: el uso de una denominación o rótulo común y una presentación uniforme de los locales y/o de los medios de transporte objeto del contrato y la comunicación por el franquiciador al franquiciado de un ‘know-how’, así como la prestación continua por el franquiciador al franquiciado de asistencia comercial o técnica durante la vigencia del contrato.”¹⁰

Se trata de un contrato por el cual el franquiciante pone a disposición del franquiciatario la *imagen* que ha creado respecto de un producto o servicio, sus experiencias, aciertos, métodos, técnicas de fabricación y distribución de bienes o servicios, para que este ofrezca y venda dichos bienes y servicios al público de acuerdo con esos términos y las políticas de venta previamente pactadas, a cambio de una contraprestación. Es decir, es una relación jurídica por la cual el franquiciante concede al franquiciatario el derecho de usar la marca, modelo y diseños industriales en la venta de productos y servicios conforme a la organización, capacitación e imagen proporcionados por el primero.

Conforme al art. 142 de nuestra LPI, existe franquicia cuando, con la licencia de uso de una marca, se transmiten conocimientos técnicos o se proporciona 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, tendentes a mantener la calidad, el prestigio y la imagen de los productos o servicios que distinguen a esta.

Circular Oferta de Franquicia (COF)

En Estados Unidos se aludía a la *Uniform Franchise Offering Circular* (UFOC), Circular Oferta de Franquicia (COF) hasta 2007, como el documento que contiene la información necesaria para conocer acerca de la franquicia y a la vez la oferta del franquiciante; incluso la *Ley Modelo sobre la Divulgación de la Información en Materia de Franquicia* de 2007, del Unidroit, prevé entre otras cuestiones la obligación para el franquiciador de entregar a cada potencial franquiciado un documento de información acompañado de la propuesta de contrato de franquicia al menos 14 días antes de que ocurra alguno de los acontecimientos que señala, como la celebración del contrato; pero cuando la ley no exige esa oferta de franquicia, como en México, no puede llamarse COF a la información mínima exigida por la LPI, por lo que dicho término es mal empleado porque el franquiciante no hace ninguna oferta cuando divulga la información sobre el estado de su empresa y demás información sobre la franquicia. Por ello, más bien debe hablarse de *documento de divulgación de la franquicia*, como aluden en Estados Unidos desde 2007.

Documento de Divulgación de Franquicia (FDD)

El *Franchise Disclosure Document* (FDD) sustituye en Estados Unidos al COF. Se trata de un documento que contiene la información exigida por la ley como la mínima que debe proporcionarse a los potenciales franquiciatarios. En México, la LPI exige la entrega previa de la siguiente información al potencial franquiciatario con cuando menos 30 días a la celebración del contrato: 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 involucra 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 de 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.

La falta de veracidad de dicha información es causa de que el franquiciatario exija la nulidad del contrato y el pago de los daños y perjuicios por el incumplimiento si lo hace valer dentro de un año contado a partir de la celebración del contrato; después de transcurrido este plazo, solo tiene derecho a demandar la nulidad del contrato por 10 años, lo que significa que dicha nulidad sería relativa, por un lado, y por el otro que si bien es verdad que se trata de proteger al franquiciatario de los abusos en que puede incurrir el franquiciante, tampoco puede ser un instrumento de chantaje al franquiciante, de manera que cualquier falta de veracidad pudiera dar pauta a la nulidad del contrato, aun cuando la LPI no distingue; porque, como sostienen la doctrina y tribunales extranjeros, esta obligación debe ser matizada y atemperada para no exacerbar las consecuencias de un incumplimiento meramente formal de las normas citadas por el franquiciador en relación con la mínima trascendencia que ello pueda suponer para la finalidad de protección del minorista, y por supuesto, evitando el indebido aprovechamiento que de tal defectuosa entrega de información precontractual puede pretender, ante la imposibilidad de acreditación por el franquiciador de la entrega de la información obligatoria precontractual. Asimismo, en el caso de que el franquiciatario requiera información al franquiciante y este no la entregue, queda sujeto a la imposición de una sanción administrativa. Se trata de que el potencial franquiciatario tenga elementos suficientes para decidir optar o no por la celebración de la franquicia.

Clases de franquicias

Las franquicias pueden ser industriales, de distribución y de servicios; franquicias de distribución de productos y franquicias de formato comercial (*business format franchises*); esta es la más utilizada y se ha definido como el contrato por el cual un franquiciador elabora y aprueba un procedimiento comercial específico (el “formato comercial”), ya sea para la distribución de bienes o la prestación de servicios, que después procede a otorgar el derecho de uso a los franquiciatarios.

La franquicia también puede ser de producto y marca o para crear y explotar una negociación; la primera constituye una relación jurídica por la cual el fabricante

concede la distribución de bienes al franquiciatario conforme al sistema de comercialización del primero, como ocurre con los distribuidores de automóviles, estaciones de gasolina y embotelladores de refresco; las segundas, es decir, las franquicias para la creación y explotación de una negociación (*franchising package*), implican la autorización para que el franquiciatario establezca su propio negocio para la comercialización de productos o de servicio conforme al producto, la marca, los manuales de organización, políticas de ventas; en fin, el sistema de comercialización creado por el franquiciante, cuyas manifestaciones más frecuentes se encuentran en los establecimientos de comida rápida, hoteles, agencias de renta de vehículos y locales de helados.

Asimismo, la franquicia puede ser una franquicia principal o *maestra* (*master franchise*), o una franquicia estándar o de formato (*business format franchising*). Conforme a la franquicia maestra, el franquiciatario maestro adquiere el derecho de comercializar productos o servicios en una zona geográfica determinada (un país) según políticas y programas específicos, además de celebrar como franquiciante otros contratos de franquicia (subfranquicia) con terceros para atender zonas o territorios delimitados dentro del territorio autorizado como franquiciante maestro.¹¹ En esta franquicia, el franquiciante concede la tecnología de *management* y *marketing* para lograr un franquiciatario en el ámbito nacional, responsable del desarrollo de concepto a lo largo del territorio autorizado, en donde deba imponer el concepto consolidado, posicional y sostenido en función de la estrategia global para lograr éxito y difusión del sistema, que permita cubrir el territorio autorizado con otras franquicias que celebre.

La franquicia estándar o de formato constituye el negocio de franquicia. Alude al conjunto del *know how* o tecnología de negocio conforme al cual se ha tenido éxito y donde el franquiciatario debe comercializar los bienes o servicios; esto es, se trata de que mediante esa tecnología “empaquetada” y probada del franquiciante, el franquiciatario duplique o clone la misma en el territorio designado. Por consiguiente, esta franquicia de formato debe contener diversos elementos e información que permitan reproducir un negocio, tal como el modelo o formato establecido.

Mercantilidad del contrato

La franquicia en nuestro país no está regulada por el CCo, aunque existe un proyecto de reforma del mismo que prevé su inclusión. La LPI se refiere a la franquicia en su art. 142 como el contrato por el cual, con la licencia de uso de una marca, se transmitan conocimientos técnicos o se proporcione asistencia técnica para que la persona a quien se le concede pueda producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el titular de la marca, tendentes a mantener la calidad, el prestigio y la imagen de los productos o servicios que distinguen a esta. Sin embargo, aunque dicha ley no califica de mercantil al contrato, el art. 75, fracc. xxv, del CCo permite calificar con ese carácter al contrato de franquicia porque este se celebra por empresarios, como son las partes en la franquicia.

En virtud del concepto de franquicia, no cabe duda de que se trata de un contrato mercantil, ya que los sujetos son comerciantes en cuanto adquieren bienes y servicios para ser comercializados al público conforme a un sistema establecido; es decir, la franquicia se celebra entre sujetos que hacen del comercio su ocupación habitual. También es mercantil el contrato porque la adquisición de bienes y servicios que implica la franquicia se hace con propósitos de especulación comercial, la intermediación en el cambio, con el propósito directo y preferente de comerciar, de revender al público; también se trata de un contrato mercantil por el objeto, ya que la franquicia implica la autorización por el franquiciante al franquiciatario para utilizar y explotar marcas, nombres comerciales y diseños.

Características

Las características principales del contrato son las siguientes:

- a) *Consensual*. El contrato de franquicia es un contrato consensual, que existe desde que las partes se ponen de acuerdo en conceder a una de ellas la utilización y explotación de un sistema de comercialización de bienes o servicios determinados.
- b) *Formal*. El contrato de franquicia es un contrato de carácter formal porque debe constar por escrito y registrarse, en virtud de que implica la concesión de la autorización para utilizar y explotar elementos de propiedad industrial;

dicho registro puede hacerlo cualquiera de las partes.

- c) *De adhesión*. El contrato de franquicia es un contrato de adhesión porque una sola de las partes, el franquiciante, redacta de manera unilateral el contrato e impone sus condiciones a la otra (franquiciatario), sin que este pueda discutir su contenido, sino que solamente se adhiere al mismo, lo que se comprende por cuanto que la franquicia, como sistema de comercialización, busca preservar la uniformidad.
- d) *Oneroso*. La franquicia es un contrato oneroso en donde existen provechos y gravámenes recíprocos. El franquiciante debe proporcionar y poner a disposición del franquiciatario el sistema de comercialización de los bienes o servicios pactados, con todo lo que ello implica (entre otros, la utilización de la marca), y este debe pagar un precio, el canon, las regalías, etcétera.
- e) *De tracto sucesivo*. La franquicia es un contrato de duración cuya ejecución solo es posible con el transcurso del tiempo. La franquicia implica una relación permanente de intercambio que concede el privilegio de explotar un negocio de acuerdo con un sistema de comercialización y cuya terminación debe ser por justa causa.
- f) *De colaboración*. Se trata de un contrato de colaboración económica porque, aunque las dos partes buscan la finalidad particular de obtener ganancias, estas se logran con la colaboración de ambas partes. No existe, por tanto, una posición de intereses encontrados entre las partes, como ocurre en los contratos de cambio, a pesar de que el franquiciatario pretenda obtener los máximos beneficios y pagar las menores regalías o contraprestaciones posibles, pues con la utilización óptima del sistema de comercialización y la asistencia del franquiciante obtiene ganancias y, al mismo tiempo, permite que las obtenga este último y que se mantenga y expanda en el mercado.

Este carácter de la franquicia se hace patente con una de las características del sistema de comercialización: la uniformidad, que constituye un elemento característico de la franquicia; el art. 142 de la LPI lo utiliza cuando se refiere al contrato y señala que el propósito del mismo es “producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el

titular” de la marca y de los conocimientos técnicos o asistencia técnica. Se trata de la estandarización del producto o servicio, de la organización uniforme en la presentación del producto, del producto mismo y de los locales en donde se ofrecen, todos ligados al concepto de la marca y el nombre comercial, por medio de la cual el consumidor identifica el producto o servicio que requiere y conoce anticipadamente la calidad que tiene el bien o servicio que pretende adquirir. Así, por ejemplo, el consumidor sabe de antemano que una hamburguesa McDonald’s sabe igual en México que en Guadalajara, y los restaurantes se ven siempre iguales, el nombre es el mismo y el sistema de compra también. Se trata de que los franquiciatarios conformen su producto o servicio según el patrón o modelo del franquiciante, pues el consumidor espera el mismo servicio y la misma calidad.

- g) *De exclusividad.* Una característica fundamental de la franquicia es el derecho exclusivo que se concede a favor del franquiciante y que impide al franquiciatario celebrar otros contratos de franquicia con terceros, así como la exclusividad respecto del territorio o zona a favor del franquiciatario, con lo cual se asegura ser el único que comercializará el producto o servicio dentro de dicho territorio o que podrá conceder franquicias dentro del mismo, cuando es una franquicia principal.

Una cuestión importante en este tema es la posibilidad de que la franquicia pudiera implicar prácticas monopólicas relativas, aquellas que se dan entre agentes involucrados en una relación vertical, como la que se presenta entre un fabricante con poder sustancial en el mercado relevante y un distribuidor, y que indebidamente dañan o impiden la competencia. La *Ley Federal de Competencia Económica* (LFCE) establece en sus arts. 52 y 54 como tales prácticas los actos, contratos, convenios o combinaciones entre agentes económicos no competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser: a) desplazar indebidamente a otros agentes económicos del mercado; b) impedirles sustancialmente su acceso, o c) establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas.

Y si bien en los contratos de franquicia se pactan diversas obligaciones (como las relativas a la fijación, imposición o establecimiento de la distribución exclusiva de bienes o servicios, incluidas la división,

distribución o asignación de proveedores; la imposición de la obligación de no fabricar o distribuir bienes o prestar servicios similares por un tiempo determinado o determinable; la imposición del precio o demás condiciones que un franquiciatario debe observar al expender los bienes o prestar servicios; y la existencia de la cláusula de exclusividad que se representa en la venta que se sujeta a la condición de no usar o adquirir, vender o proporcionar los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero), la misma ley no desconoce que ciertos actos que pudieran considerarse prácticas de esta naturaleza por lo general producen efectos positivos y negativos, dependiendo de su aplicación, por lo que la ley no fija una prohibición general en su celebración, sino conforme a ciertos criterios.

En efecto, diversos acuerdos entre fabricantes y distribuidores buscan la integración o coordinación productiva, o la distribución, para incrementar la competitividad de las empresas y así reducir los precios al consumidor final; por ejemplo, un productor de cierto bien otorga a cada uno de sus distribuidores una región determinada para sus ventas o la distribución de bienes durables; por ello no son por sí mismos ilegales, sino que en ciertas condiciones pueden ser ilegales totalmente o solo la cláusula relativa, cuando son nocivos a la competencia, concretamente cuando los efectos negativos exceden los efectos positivos que pudieran generar. Por ello se establecen criterios de evaluación y condiciones que deben acreditarse antes de que una práctica relativa pueda ser considerada monopólica y, por tanto, violatoria de la ley.

En el caso de las franquicias, se considera que dichas cláusulas no solo no son dañinas, sino que son legítimas, ya que la misma LPI, al referirse a la franquicia, señala que el franquiciatario debe producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el titular de la marca, tendientes a mantener la calidad, el prestigio y la imagen de los productos o servicios a los que esta distingue; además, no existe por lo común un poder sustancial en el mercado relevante, ya que generalmente los bienes o servicios que se ofrecen de acuerdo con el esquema de franquicias pueden ser sustituidos con facilidad por otros iguales o similares en el mercado.

Forma y contenido del contrato

Conforme a nuestra LPI, el contrato de franquicia debe otorgarse por escrito y contener cuando menos lo siguiente: *a)* la zona geográfica en la que el franquiciatario ejercerá las actividades objeto del contrato; *b)* la ubicación, dimensión mínima y características de las inversiones en infraestructura, respecto del establecimiento en el cual el franquiciatario ejercerá las actividades derivadas de la materia del contrato; *c)* las políticas de inventarios, mercadotecnia y publicidad, así como las disposiciones relativas al suministro de mercancías y contratación con proveedores, en el caso de que sean aplicables; *d)* las políticas, procedimientos y plazos relativos a los reembolsos, financiamientos y demás contraprestaciones a cargo de las partes en los términos convenidos en el contrato; *e)* los criterios y métodos aplicables a la determinación de los márgenes de utilidad y/o comisiones de los franquiciatarios; *f)* las características de la capacitación técnica y operativa del personal del franquiciatario, así como el método o la forma en que el franquiciante otorgará asistencia técnica; *g)* los criterios, métodos y procedimientos de supervisión, información, evaluación y calificación del desempeño, así como la calidad de los servicios a cargo del franquiciante y del franquiciatario; *h)* los términos y condiciones para subfranquiciar, en caso de que las partes así lo convengan; *i)* las causales para la terminación del contrato de franquicia; *j)* los supuestos bajo los cuales podrán revisarse y, en su caso, modificarse de común acuerdo los términos o condiciones relativos al contrato de franquicia; *k)* no existirá obligación del franquiciatario de enajenar sus activos al franquiciante o a quien este designe al término del contrato, salvo pacto en contrario, y *l)* no existirá obligación del franquiciatario de enajenar o transmitir al franquiciante en ningún momento las acciones de su sociedad o hacerlo socio de la misma, salvo pacto en contrario.

Elementos personales. Derechos y obligaciones

Del concepto de franquicia se desprende la existencia de dos elementos personales: el franquiciante y el franquiciatario. Los derechos y las obligaciones de las partes quedan establecidos en el contrato de franquicia, en donde se legitima al franquiciatario a la utilización de la marca, los diseños y, en general, el formato de negocio para la comercialización de bienes o servicios.

El franquiciante. *Franquiciante* es el nombre que recibe la persona que otorga

la franquicia, que autoriza a otra persona a comercializar bienes o servicios conforme a su sistema de comercialización, mediante el cual expande su mercado. El franquiciante puede ser una persona física o moral, aun cuando en la práctica y en virtud de la organización empresarial que supone el sistema de comercialización, la gran mayoría de los franquiciantes son personas morales. Los derechos y las obligaciones del franquiciante son los siguientes:

1. Información sobre su empresa. La LPI y su reglamento obligan a los franquiciantes a proporcionar al franquiciatario (o, mejor dicho, al futuro franquiciatario), previamente a la celebración del contrato, información relativa sobre el estado que guarda su empresa, a efecto de que tenga idea de lo exitosa que es –o no– la franquicia.
2. Autorizar al franquiciatario para utilizar y explotar, a los fines de la franquicia y conforme al sistema pactado, los elementos de propiedad industrial del franquiciante o de los que tenga legítima titularidad; se trata de una de las obligaciones esenciales del franquiciante, que distinguen este contrato de los contratos de suministro, distribución o transferencia de tecnología.¹² Esto es, debe conceder la licencia de uso de marca, autorizar la utilización del nombre comercial y proveer de tecnología al franquiciatario.
3. Mantener vigentes los derechos de propiedad industrial, para efecto de que el franquiciatario pueda disponer pacíficamente de su uso.
4. Proporcionar al franquiciatario todos los documentos, información y elementos que permitan la utilización del sistema de comercialización,¹³ entre otros, según la naturaleza de los bienes o servicios: *a)* documento declarativo (carpeta de presentación) del concepto que se posiciona, así como todos los puntos por considerar y observar con el armado y la operación de un nuevo negocio; *b)* plan de negocios para cada uno de los módulos de la franquicia; *c)* manuales de cómo vender, en donde se establece el perfil del franquiciatario y lo que se espera del mismo; *d)* manual de apertura del negocio (planos, diseños, uniformes, carteles, horarios de tareas, etc.); *e)* manual de *marketing* del punto de venta, cuyo objetivo es lograr el exacto posicionamiento elegido y cambiar la actitud de los consumidores, enfocándolos hacia una decisión previa, identificada con las pautas que diferencian el producto consolidado objeto de

comercialización, lo que implica el establecimiento de fuertes barreras protectoras ante intentos de imitación competitiva. Es decir, el *marketing* constituye una nueva unidad de enfoque conceptual para influir en el consumidor y, al mismo tiempo, impedir que los productos o servicios puedan ser igualados fácilmente por otros productores, aun cuando igualen los ingredientes o elementos de los mismos; *f)* manual de personal y entrenamiento o capacitación; *g)* manual administrativo, que incluye *software* de facturación, cobranzas, *stocks*, tarjetas, pagos, bancos, etc.; *h)* manual de control de gestión de la franquicia.¹⁴

5. El franquiciante debe determinar los estándares de calidad de los productos o servicios, obligación cuya finalidad es lograr la uniformidad del producto o servicio y que implica el derecho del franquiciante para inspeccionar y controlar la calidad de los mismos y el mantenimiento de su prestigio.
6. En su caso, proveer al franquiciatario de los productos o insumos para su producción, si se trata de negociaciones comerciales en las que el franquiciatario precisa del producto fabricado o suministrado por el franquiciante.
7. Realizar la publicidad necesaria para la venta o el conocimiento del producto o servicio materia de la franquicia, así como, en su caso, pedir la colaboración del franquiciatario para dicha publicidad conforme al porcentaje de ventas.
8. El franquiciante, a su vez, tiene derecho a inspeccionar el establecimiento en donde se aplica el sistema de comercialización para verificar la observancia del mismo, así como a intervenir en las decisiones del franquiciatario exclusivamente para mantener los niveles uniformes de calidad y prestigio de los bienes o servicios de que se trate; recibir como contraprestación los pagos previstos en el contrato, denominados *regalías*, que incluyen tanto el derecho al uso del sistema de comercialización como la explotación de los elementos de propiedad industrial y los pagos periódicos pactados por diversos conceptos, como un porcentaje de las ventas totales del franquiciatario, participación en fondos como los de publicidad y mercadotecnia,¹⁵ renta, etcétera.

Asimismo, el franquiciante debe proporcionar al franquiciatario, previa

celebración del contrato, por lo menos, la siguiente información técnica, económica y financiera: nombre, denominación o razón social, domicilio y nacionalidad del franquiciante; descripción de la franquicia; antigüedad de la empresa franquiciante de origen y, en su caso, franquiciante maestro en el negocio objeto de la franquicia; derechos de propiedad intelectual que involucra la franquicia; montos y conceptos de los pagos que el franquiciatario debe cubrir al franquiciante; tipos de asistencia técnica y servicios que el franquiciante debe proporcionar al franquiciatario; definición de la zona territorial de operación de la negociación que explote la franquicia; derecho del franquiciatario a conceder o no subfranquicias a terceros y, en su caso, los requisitos que deba cubrir para hacerlo; obligaciones del franquiciatario respecto de la información de tipo confidencial que le proporcione el franquiciante, y en general las obligaciones y derechos del franquiciatario que deriven de la celebración del contrato de franquicia.

9. Tener injerencia en la organización y funcionamiento del franquiciatario, únicamente para garantizar la observancia de los estándares de administración y de imagen de la franquicia conforme a lo establecido en el contrato.

El franquiciatario. *Franquiciatario* es la persona que obtiene la autorización para comercializar bienes o servicios conforme al método o sistema de franquicia. Sus obligaciones quedan señaladas en el contrato y entre ellas destacan:

1. Establecer y mantener en funcionamiento el establecimiento conforme a los manuales y, en general, al sistema de comercialización del franquiciante, lo que implica obtener y mantener vigentes las autorizaciones, licencias y permisos administrativos para su funcionamiento y operación.
2. Llevar a cabo las modificaciones o mejoras en el establecimiento pactadas en el contrato.
3. Observar las políticas de venta, promociones y publicidad indicadas por el franquiciante.
4. Utilizar las instalaciones del establecimiento únicamente para la operación del negocio de acuerdo con el sistema de comercialización pactado,

mantenerlo abierto con servicio al público y en condiciones normales de operación.

5. Adquirir los insumos, equipo y productos para la elaboración, procesamiento y venta al público de los bienes o la prestación de servicios, de las personas autorizadas por el franquiciante, con el fin exclusivo de controlar la calidad, el prestigio y la imagen del franquiciante y los productos o servicios.
6. Asumir por su cuenta todos los gastos, responsabilidades y erogaciones que deriven o surjan con motivo de la comercialización de los productos o servicios. Desde luego, este aspecto resulta importante a la luz de la posible responsabilidad del franquiciante frente a los trabajadores del franquiciatario y frente al consumidor, pues incluso se ha considerado que el sistema de comercialización por franquicia es un método de concentración o agrupación de empresas por el cual entre las partes se produce un fenómeno de control o dominación por el franquiciante, que trae como consecuencia la responsabilidad de este por los actos y hechos del franquiciatario. El contrato de franquicia es un contrato de colaboración entre empresarios independientes, de ahí que en los contratos respectivos se establezca la asunción de responsabilidad por parte del franquiciatario civil, laboral, fiscal, penal y de cualquier otra naturaleza frente a terceros y, como consecuencia, la obligación del franquiciatario de responder frente a terceros y sus empleados, así como la de sacar en paz y a salvo al franquiciante.¹⁶

No obstante, los franquiciantes no son ajenos a este problema, y en tanto que las leyes laborales admiten la responsabilidad del empresario por las obligaciones laborales de los empleados del empresario que le prestan servicios en exclusividad, al mismo tiempo las leyes de protección al consumidor se refieren a la responsabilidad “del producto” ante los consumidores; puesto que los bienes o servicios que se ofrecen al público en virtud del contrato de franquicia son idénticos en todas partes e identifican al franquiciante, de inicio no es posible determinar cuándo debe responder el franquiciante por esos eventos y cuándo son obligaciones y responsabilidades únicamente imputables al franquiciatario, pero en todo caso ha de tomarse en cuenta que el franquiciatario, a pesar de sujetarse al sistema de comercialización y a los manuales de operación y

funcionamiento, no puede ser considerado un trabajador del franquiciante, ya que asume el riesgo del negocio y lo lleva a cabo con sus propios recursos. Este problema es más fácil de resolver cuando el franquiciatario es una persona moral, pero no por ello se superan los conflictos en torno a la responsabilidad subsidiaria del franquiciante frente a los trabajadores del franquiciatario, ni la responsabilidad del producto.

7. Utilizar las marcas y en general los elementos de propiedad industrial conforme al sistema de comercialización, el contrato y las indicaciones del franquiciante. Dicha utilización es obligatoria, tanto por ser propia del contrato como por ser necesaria para evitar la caducidad de las marcas.
8. Informar y rendir cuentas al franquiciante sobre el funcionamiento, la operación y los resultados del negocio en el cual se utiliza el sistema de comercialización pactado.
9. Guardar secreto y confidencialidad respecto de la información recibida por el franquiciante y generada por la utilización del sistema de comercialización, durante la vigencia del contrato y una vez terminado este, así como de las operaciones y actividades celebradas al amparo del contrato.
10. No ceder, transmitir, enajenar ni gravar los derechos y las obligaciones derivados del contrato de franquicia, si no cuenta con autorización del franquiciante.
11. Pagar al franquiciante las prestaciones pactadas.
12. Cooperar en la publicidad que realiza el franquiciante del producto o servicio objeto de la franquicia, tanto en un plano general (en medios de comunicación masiva) como en particular para su establecimiento o local comercial.
13. Permitir al franquiciante la inspección y supervisión del negocio para comprobar el cumplimiento de sus obligaciones, en especial el uso y la explotación de los elementos de propiedad industrial, así como la uniformidad y calidad del producto o servicio.

Elementos reales

Constituyen objeto de la franquicia tanto diversos elementos de propiedad industrial como la contraprestación que paga el franquiciatario.

Elementos de propiedad industrial. La existencia de una marca, cuya función primordial es la indicación de la calidad y el prestigio del producto, forma parte del objeto de la franquicia; para identificar una relación de franquicia es necesaria la existencia de una marca registrada del franquiciante.¹⁷ En tal sentido, la LPI señala como elemento esencial del contrato de franquicia la concesión del uso o autorización de explotación de una marca, así como la transmisión de conocimientos técnicos o asistencia técnica.

En virtud de la franquicia, el franquiciante concede al franquiciatario –a fin de que sean explotados para la comercialización de los bienes o servicios de acuerdo con el sistema pactado– el uso y la explotación de marcas (signos distintivos de productos o servicios), nombres comerciales (avisos o anuncios originales que distinguen fácilmente al bien o servicio de otros de su especie), avisos comerciales (oraciones o frases para anunciar al público un establecimiento o negociación industrial, comercial o de servicios o de determinados productos), *know how* (el *saber cómo*, que comprende las invenciones, procesos, fórmulas o diseños que no están patentados o no son patentables pero que se evidencian por medio de alguna forma física como dibujos, especificaciones o diseños que casi invariablemente incluyen secretos comerciales, experiencia técnica, habilidad práctica, etc.), patentes (el privilegio que otorga el Estado para explotar una invención nueva, susceptible de aplicación industrial), asistencia técnica (las instrucciones, directivas o consejos proporcionados en la medida en que sean necesarias), etcétera.

Dichos elementos de propiedad industrial deben ser inscritos en el registro correspondiente y pagarse los derechos respectivos para mantener dicho registro y, como consecuencia, la titularidad, a fin de que el franquiciante pueda de manera legítima conceder el uso y la explotación exclusivos a los franquiciatarios, aunque respecto de las marcas notorias, como Coca Cola, diversos países se han adherido al Convenio de París, que en su art. 6º protege a las marcas notoriamente conocidas,¹⁸ o sus propias legislaciones se refieren a ellas.

La contraprestación. Otro elemento objetivo y característico del contrato de franquicia es la contraprestación que paga el franquiciatario al franquiciante y

que está ligada a los resultados de la operación del sistema de comercialización convenido. Dicha contraprestación puede ser pactada en moneda nacional o extranjera, con tal de que su pago, si es en México, se haga en el equivalente en pesos al momento del pago. A su vez, dicha contraprestación puede ser pactada por diversos conceptos o servicios distintos que implican la explotación de la franquicia, por lo general uno o más pagos iniciales o cuotas que conceden el derecho a la franquicia (derecho de franquicia, desarrollo de franquicia, capacitación, diseño arquitectónico, aprobación del lugar para el establecimiento, etc.), así como el pago de las regalías, pagos periódicos en función de las ventas y por otros servicios.¹⁹

Terminación

El contrato concluye en la fecha pactada por las partes, pero ni el franquiciante ni el franquiciatario podrán dar por terminado o rescindido de manera unilateral el contrato, salvo que el mismo se haya pactado por tiempo indefinido, o bien, exista una causa justa para ello. Para que el franquiciatario o el franquiciante puedan dar por terminado anticipadamente el contrato, por mutuo acuerdo o por rescisión, deben ajustarse a las causas y procedimientos convenidos en el contrato. La terminación anticipada que hagan el franquiciante o franquiciatario sin ajustarse a las causas y procedimientos convenidos dará lugar al pago de las penas convencionales que hubieran pactado en el contrato, o en su lugar a las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados.

Naturaleza jurídica

Se ha dicho que por el contrato de franquicia el franquiciatario adquiere el derecho de comercializar bienes o servicios conforme a un sistema o formato de comercialización previamente establecido, de donde se podría suponer que la franquicia constituye un contrato de distribución, suministro o asociación entre franquiciante y franquiciatario. Sin embargo, la franquicia constituye un contrato de colaboración económica, en donde las partes tienen intereses comunes; se trata de un negocio jurídico con naturaleza propia, aun cuando guarda analogía con algunos otros contratos.²⁰

En efecto, la franquicia se diferencia del contrato de suministro en que incluye

elementos adicionales que no figuran en este, como la marca, la uniformidad en la comercialización de los bienes o servicios y, como consecuencia, en la presentación de los mismos. En el suministro, el suministrante vende los insumos o productos al suministratario sin imposición de políticas de venta ni del sistema de comercialización; la única obligación característica que asume el suministrante consiste en entregar en forma periódica o continuada los bienes pactados por las partes, en la cantidad pactada, a cambio de un precio que se determina según cada entrega. En la franquicia, el franquiciante no asume esta obligación, sino la de conceder el uso y la explotación de derechos de propiedad industrial y del sistema de comercialización a cambio de varias prestaciones económicas que dependen, por lo general, del importe de las ventas.

La franquicia se diferencia del contrato de concesión en que el franquiciatario debe cubrir varias prestaciones, tanto por el derecho de obtener una franquicia como por otros conceptos, como los volúmenes de ventas, lo que no existe de ordinario en una concesión; en la franquicia no solo se concede el uso o la explotación de una marca, sino que también se provee de los medios y las formas de comercialización del producto o servicio. En la franquicia se autoriza al franquiciatario para hacer negocios conforme a un formato preparado por el franquiciante, identificando siempre la marca comercial de este, quien usualmente controla el método de operación, incluida la fabricación, para asegurarse la uniformidad del producto.²¹ Asimismo, se dice que en la concesión el concesionario no está obligado a mostrar hacia el público los signos distintivos que usa el cedente, mientras que en la franquicia es una obligación esencial; en la concesión el concesionario no está obligado a seguir el patrón, los manuales o las reglas conforme a los estándares del concesionante, ni se obliga a usar sus marcas.²²

Por otra parte, en cuanto al contrato de distribución,²³ aunque tanto en este como en el contrato de franquicia el vendedor actúa por cuenta propia, en el contrato de distribución el distribuidor se obliga a adquirir durante un plazo determinado, para vender, mercancías fabricadas por el empresario; en cambio, en la franquicia se autoriza al franquiciatario a utilizar un sistema de comercialización para los productos o servicios que el propio franquiciatario produce. Aun cuando en ambos contratos existen las cláusulas de exclusividad y territorio exclusivo, en la franquicia, a diferencia de la distribución, el franquiciante debe ofrecer los bienes y servicios de la misma manera en que lo

hacen otros franquiciatarios, tal como si fuera el propio franquiciante, pero por cuenta propia. En la distribución, el distribuidor adquiere bienes para su reventa; en cambio, en la franquicia no necesariamente se adquieren bienes, sino que lo fundamental es el sistema de comercialización del producto o servicio, que puede ser elaborado por el propio franquiciatario conforme a los métodos, estándares, fórmulas o procedimientos del franquiciante. A diferencia del contrato de distribución, en la franquicia se incluyen como elementos esenciales el uso de la marca o el nombre comercial y la transmisión de conocimientos técnicos o asistencia técnica.

Por último, la franquicia se diferencia de los negocios jurídicos asociativos en que no existe una combinación de recursos y esfuerzos para un fin común, en donde ambas partes participan de las utilidades y pérdidas, sino que se trata de personas independientes, con recursos propios y separados: una de ellas, a cambio de diversas prestaciones económicas, adquiere el derecho a explotar y utilizar un sistema de comercialización de bienes o servicios en provecho propio y, como consecuencia, en beneficio del franquiciante, en tanto que en función del volumen de ventas pagará al franquiciante y este obtendrá prestigio en el mercado, como ocurre también en los contratos de distribución y agencia, en los que tanto el distribuidor, por cuenta propia, como el agente, en nombre del representado, prestigian el nombre y la marca del empresario. Como bien señalan Raab y Matusky,²⁴ la franquicia no es:

- a) Un sistema de distribución de muchos niveles o piramidal, como Omnitrition o Amway, que pagan a sus distribuidores según las ventas logradas por quienes están bajo su control; la compensación del franquiciatario se determina por las ventas brutas de su negocio, menos sus costos y las regalías pagadas al franquiciante.
- b) Una agencia por la cual los agentes actúen en un área exclusiva por nombre y cuenta del empresario representado, ya que los franquiciatarios son sus propios representantes y dueños del negocio.
- c) Una distribución por la cual los distribuidores compren a los fabricantes o productores los bienes al mayoreo y venden al consumidor que deseen de acuerdo con el sistema que consideren más conveniente, sino que los franquiciatarios deben comercializar los productos o servicios según el sistema de comercialización impuesto por el franquiciante.

- d) Un instrumento de inversión en el que los inversionistas pasivos dependen de los resultados corporativos para obtener ingresos o dependen del movimiento del dinero.
- e) Un negocio fiduciario en el cual una persona vele por los intereses y bienes de otra.
- f) Una sociedad, asociación o empresa conjunta, en donde existan aportaciones para un fin común, ni copropiedad de un negocio o responsabilidad por las deudas de una de las partes.
- g) Una relación laboral en la cual se pague un salario a quienes comercializan los bienes o servicios.

Es un contrato complejo, sinalagmático, normativo, basado principalmente en el principio de libertad contractual, que guarda semejanza con el contrato de distribución, con la comisión, con la venta y con la asociación, pero con particularidades propias que no permiten asimilarlo ni encuadrarlo dentro de ninguno de los otros contratos.

Autoevaluación

1. ¿Cómo se define a la franquicia como contrato?
2. Explique la mercantilidad del contrato.
3. Señale las clases de franquicia que existen.
4. Explique la validez de la cláusula de exclusiva en la franquicia a la luz de la **Ley Federal de Competencia Económica**.
5. Explique los elementos de propiedad industrial que involucran las franquicias.
6. Señale los límites y alcances del uso de marcas y propiedad industrial por el franquiciatario.

7. Señale las obligaciones del franquiciatario.
8. Explique la naturaleza jurídica del contrato de franquicia.
9. Explique las diferencias del contrato de franquicia con el de distribución.
10. Explique la contraprestación en favor del franquiciante.

- 1 Eduardo Chuliá Vicent y Teresa Beltrán Alandete, “El contrato de franquicia”, <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/contrato-franquicia-248603>. Consulta hecha el 13 de marzo de 2013.
- 2 Para Steven S. Raab y Gregory Matusky (*Franquicias. Cómo multiplicar su negocio*, Limusa, México, 1992, p. 34), Howard Johnson, McDonald’s y AAMCO son importantes en la historia de las franquicias porque los sectores de la comida rápida y de los automóviles han sido la amalgama tradicional e ideal para el surgimiento de franquicias que han tenido éxito.
- 3 Eduardo Chuliá Vicent y Teresa Beltrán Alandete, *op. cit.*
- 4 Herbert Gross y Walter Skaupy, *Un secreto comercial: el “boom” de los sistemas de franquicia*, Anaya, Madrid, 1971, p. 9.
- 5 Steven S. Raab y Gregory Matusky, *op. cit.*, p. 13.
- 6 David J. Kaufmann, “Franchising: business strategies and legal compliance”, en la obra colectiva *Franchising: business strategies and legal compliance*, PLI, Nueva York, 1988, p. 14.
- 7 Steven S. Raab y Gregory Matusky, *op. cit.*, p. 40.
- 8 Herbert Gross y Walter Skaupy, *op. cit.*, p. 170.
- 9 Cfr. Francisco Casa y Manuel Casabó, *La franquicia*, Ediciones Gestión 2000 SA, Barcelona, 1989.
- 10 Conforme a Pedro Torres Romero (“El contrato de franquicia o *franchising* según la doctrina jurisprudencial”, http://gonzaleztorresabogados.blogspot.mx/2012_12_01_archive.html, consulta hecha el 6 de abril de 2015), dicho Reglamento ha sido sustituido, e incorporado junto con otros del año 1993, por el Reglamento 2.790/99 de la Comisión, de 22 de diciembre, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado (antes 3 del art. 85 TCE) a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.
- 11 Jorge A. Hermida, *Marketing de concepto + franchising. Claves para armar un proyecto que le permita competir y crecer en su mercado*, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1993, p. 6.
- 12 Javier Arce Gargollo, *Contratos mercantiles atípicos*, Porrúa, México, 2001, p. 360.
- 13 *Ibidem*, p. 63.

- 14 Véase Jorge A. Hermida, *op. cit.*, p. 4.
- 15 Cfr. Óscar Vásquez del Mercado, *Contratos mercantiles*, Porrúa, México, 1996, p. 584.
- 16 Cfr. Osvaldo Marzorati, *op. cit.*, p. 171.
- 17 Javier Arce Gargollo, *op. cit.*, pp. 20 y 21.
- 18 Cfr. Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, adoptado en Estocolmo el 14 de julio de 1967, ratificado por nuestro país y promulgado por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de julio de 1976.
- 19 Cfr. Javier Arce Gargollo, *op. cit.*, p. 47.
- 20 Para Javier Arce Gargollo (*op. cit.*, p. 366), se trata de una figura *sui generis*.
- 21 Cfr. Osvaldo Marzorati, “Aspectos importantes de tipo jurídico, impositivo y laboral”, en Jorge A. Hermida, *op. cit.*, p. 162.
- 22 Véase Óscar Vásquez del Mercado, *op. cit.*, p. 579.
- 23 Herbert Gross y Walter Skaupy (*op. cit.*, p. 17) afirman que la franquicia es un modelo de distribución por contrato que liga a las partes, por lo cual el franquiciatario obtiene una licencia en forma de asociación para una cooperación de servicios; ambos actúan como empresarios autónomos al servicio del consumidor, pero unidos contractualmente para asegurar un resultado óptimo del sistema. No obstante, es evidente que la franquicia no tiene por objeto la venta de productos al franquiciatario para su reventa, sino la utilización de un sistema de comercialización para productos o servicios.
- 24 Steven S. Raab y Gregory Matusky, *op. cit.*, p. 44.

Cesión y descuento

Propósitos

Al concluir este capítulo, el lector analizará y comprenderá el concepto, los elementos personales, el objeto, los efectos y las clases de cesión de créditos mercantiles, así como el contenido del contrato de descuento de títulos y de créditos en libros.

Cesión de créditos mercantiles

Concepto. Nuestro CCo no define el contrato de cesión ni los créditos mercantiles objeto de este, y simplemente expresa en el art. 389: “Los créditos mercantiles que no sean al portador ni endosables, se transferirán por medio de cesión”, lo que solo es cierto a medias, ya que en principio los créditos al “portador” constan en documentos de esta clase y se transmiten por la entrega del documento mismo, en tanto que los títulos endosables se transmiten por endoso; sin embargo, de acuerdo con la autonomía de la voluntad, dichos títulos también se pueden transmitir por cesión, e incluso si ya son vencidos, la ley señala que el endoso de los negociables produce efectos de cesión. Dicho ordenamiento solo se refiere a una clase de cesión, la de créditos, y únicamente en tres artículos, en los que admite la cesión de créditos, señala sus efectos y la responsabilidad del cedente.

El Diccionario de la Real Academia señala que cesión (del lat. *cessio*, -ōnis) significa renuncia de algo, posesión, acción o derecho, que alguien hace a favor de otra persona; en derecho es un medio de transmisión, como lo son también, entre otros, la compraventa, el préstamo irregular, la donación, el depósito irregular, el reposito y la permuta, de un derecho o de bienes a favor de un tercero. La cesión de créditos es un contrato por el cual el acreedor, titular de un

crédito mercantil (cedente) en contra de su deudor, lo transmite a un tercero (cesionario), quien queda legitimado para hacerlo efectivo en contra del deudor en los mismos términos y con todos sus derechos y obligaciones, como consta en el título del crédito cedido una vez que lo ha notificado. Es un contrato por el cual subsisten el deudor y la deuda, pero el acreedor es sustituido por el cesionario.

Objeto. El CCF (art. 2030) señala que el acreedor puede ceder su derecho a un tercero sin el consentimiento del deudor, a menos que la cesión esté prohibida por la ley, se haya convenido no hacerla o no lo permita la naturaleza del derecho. Por tanto, son objeto de la cesión los créditos mercantiles, es decir, los créditos derivados de actos y contratos mercantiles, por ejemplo, todos los derivados de operaciones de crédito, factoraje, arrendamiento financiero, compraventa y títulos de crédito cuya cesión no esté prohibida por la ley, por las partes o por la naturaleza del derecho.

César Vivante señalaba que cualquiera que sea el origen (lícito) de los derechos patrimoniales, estos pueden salir libremente del patrimonio de una persona para entrar en el patrimonio de otra; así, pueden ser objeto de cesión tanto derechos vencidos o por vencer como ciertos o dudosos (litigiosos) que tengan por objeto una cosa determinada, un conjunto de cosas o derechos, una prestación de dar (dinero, bien mueble o inmueble), de hacer (guardar confidencialidad) o de no hacer (no competencia), provenientes de un contrato o de disposición de la ley. Son partes de la cesión: el cedente, que es quien transmite su derecho, y el cesionario, el que lo adquiere.¹

Alcances de la cesión

La cesión no afecta los derechos y obligaciones del deudor a menos que este lo consienta. Para el mismo Vivante,² en virtud de la cesión, el cesionario adquiere por lo general el crédito tal como pertenece al cedente, con todas las ventajas y los privilegios de los cuales puede disponer, y con todas las restricciones y excepciones que el deudor puede oponer al cedente hasta el momento de la cesión. Así, el cedente adquiere la titularidad de los derechos cedidos tal como la tenía el cedente y los derechos accesorios como la fianza, la hipoteca, la prenda o privilegio y los intereses vencidos, salvo los derechos personalísimos o intransmisibles. En los casos en que en virtud de la cesión se altere el contenido

del crédito, se requiere el consentimiento del deudor (salvo que el propio crédito o su fundamento permitan dicha cesión); tales son los casos de la posición de socio en las sociedades de responsabilidad limitada o en la sociedad anónima cuando así lo previenen los estatutos, del seguro, del mandato y de la cuenta corriente.

El carácter de cesionario no afecta los derechos del deudor, ya que se encuentra regido por la misma relación jurídica que lo unía con su acreedor originario, por lo que, por un lado, queda obligado a realizar el pago solamente al cesionario, y por el otro, puede oponer a este las mismas excepciones que puede ejercer contra el cedente.

Forma de la cesión

La cesión de créditos puede celebrarse por escrito privado firmado ante dos testigos, salvo los casos en que por la naturaleza del crédito deba cumplirse alguna otra formalidad, por ejemplo, la cesión de créditos hipotecarios, que debe otorgarse en escritura pública e inscribirse, si bien ciertas tesis aisladas señalan que cuando la cedente es una institución financiera no requiere cumplir con dicha formalidad. Como señala el art. 2031 del CCF, en la cesión de crédito deben observarse las disposiciones relativas al acto jurídico que le dé origen. La cesión de créditos puede originarse expresamente mediante contrato de cesión, y también como consecuencia de otro negocio jurídico, como el de venta o transmisión de empresa.

Efectos de la cesión

Se distinguen los efectos entre las partes, los efectos ante el deudor y aquellos frente a terceros:

- a) *Respecto de las partes.* La cesión surte efectos entre las partes desde la fecha pactada entre las mismas, con independencia de que se haya notificado o no al acreedor y se haya o no inscrito en el Registro Único de Garantías Mobiliarias del Registro Público de Comercio.
- b) *Respecto del deudor.* Conforme al CCo, la cesión produce sus efectos legales con respecto al deudor desde que le sea notificada ante dos testigos,

sin que sea necesario que el deudor otorgue su consentimiento para que la cesión se efectúe, ni puede impedirla.

Es decir, la notificación al deudor no es un requisito de existencia de la cesión de créditos, sino solamente de eficacia frente al deudor para que este esté obligado a pagarle al cesionario en lugar de pagarle al acreedor, bajo apercibimiento de doble pago; es decir, la omisión de dicha notificación solo trae como consecuencia que el deudor se libere de su obligación pagando al acreedor (cedente) con eventual perjuicio del cesionario, habida cuenta que desconoce la transmisión de su crédito. De ahí que en consonancia con lo preceptuado por el CCF (arts. 2030 a 2034 y 2036), como se señala en la tesis de jurisprudencia III.2o.C. J/29, del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito,³ la finalidad perseguida con la notificación de la cesión es que el deudor tenga pleno conocimiento de que el crédito a su cargo se ha transmitido a tercero y que este es el único que tendrá derecho a recibir su pago; mientras no exista dicha notificación, el deudor está compelido a pagar al acreedor original, y si este se niega a recibir el pago, tiene derecho a consignar el mismo.

No obstante, la notificación se establece en beneficio del cesionario y no del deudor, ya que este debe pagar el crédito, pero debe hacerlo al cesionario una vez que tiene conocimiento de la cesión y no puede oponer más excepciones que las que pudo interponer a su acreedor original, por lo cual la falta de notificación puede afectar al cedente o al cesionario, ya que solo a partir de haberse realizado dicho acto procesal el cedente dejará de estar legitimado para realizar el cobro o recibir el pago de los derechos de su crédito. Dicha notificación puede llevarse a cabo por el cedente o por el cesionario. Pero en todo caso, para que el cesionario pueda ejercitar sus derechos contra el deudor, deberá hacerse a este la notificación de la cesión, ya sea judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante dos testigos o ante fedatario.

- c) *Respecto de terceros.* Conforme al CCo, la cesión de créditos surte efecto contra terceros a partir de su inscripción en la Sección Única del Registro Único de Garantías Mobiliarias del Registro Público de Comercio, lo que parece desafortunado porque en dicho registro no se inscriben las transmisiones de derechos, sino las garantías mobiliarias que se constituyan

conforme a las leyes mercantiles, su modificación, transmisión o cancelación, los actos jurídicos que se realicen con o respecto de ellas y cualquier gravamen o afectación sobre bienes muebles que sirva como garantía de manera directa o indirecta. De manera que solo deben inscribirse dichas cesiones cuando los créditos objeto de cesión estén garantizados con bienes muebles o por la cesión se otorguen tales garantías.

Más aún, dicho ordenamiento limita los efectos de la cesión a la sola inscripción en dicho registro de garantías sin que el capítulo relativo del CCo establezca expresamente que la cesión de derechos se inscriba en el mismo y sin que permita los otros medios por los cuales puede también surtir efectos, como sí los prevé el CCF en el art. 2034, el cual previene que la cesión produce efectos contra tercero desde que su fecha deba tenerse por cierta, lo que ocurre: *i)* si tiene por objeto un crédito que deba inscribirse, desde la fecha de su inscripción, en el Registro Público de la Propiedad; *ii)* si se hace en escritura pública, desde la fecha de su otorgamiento; y *iii)* si se trata de un documento privado, desde el día en que se incorpore o inscriba en un Registro Público; desde la muerte de cualquiera de los que lo firmaren, o desde la fecha en que se entregue a un funcionario público por razón de su oficio.

Responsabilidad del cedente

En materia mercantil, la responsabilidad del cedente es limitada a la legitimidad del crédito y la personalidad con que hizo la cesión, salvo disposición legal o contractual en contrario; por ejemplo, en el caso de la cesión de créditos a una sociedad en pago de acciones suscritas, el art. 12 de la LGSM impone además al cedente la obligación de responder también por la solvencia del deudor al tiempo de la cesión. En materia civil, el cedente responde de la existencia o legitimidad del crédito al tiempo de hacerse la cesión, a no ser que el crédito se haya cedido con el carácter de dudoso. Contractualmente, el cedente puede garantizar la solvencia del deudor, a no ser que se haya estipulado de manera expresa que la insolvencia sea pública y anterior a la cesión. Si el cedente responde de la solvencia del deudor y no se fija plazo de dicha responsabilidad, esta se limita a un año, contado desde la fecha en que la deuda fuere exigible, si estuviere vencida; si no lo estuviere, desde la fecha del vencimiento. El cedente responde

frente al cesionario de los perjuicios que le ocasionare la inexistencia del crédito o la falta de titularidad, así como de los que sufra si el deudor cedido opusiere las excepciones o derechos de compensación oponibles.

Conforme al proyecto de Código Mercantil español (art. 450-7), el deudor puede hacer valer frente al cesionario las excepciones y la compensación que hubiera tenido frente al cedente derivadas del contrato de origen o de otro contrato incluido en la misma operación. También puede oponer cualquier otra compensación que hubiera sido procedente en el momento en que tuvo conocimiento de la cesión; aunque el deudor puede convenir con el cedente en que no hará valer frente al cesionario excepciones ni compensaciones, salvo las excepciones basadas en la propia modificación judicial de su capacidad o en la mala fe del cesionario o del cedente que no son renunciables. Este mismo ordenamiento (art. 450-8) previene que el incumplimiento por el cedente del contrato de origen no dará derecho al deudor para recuperar del cesionario las sumas que les hubiere pagado a él y al cedente.

Clases de cesión

Cesión de créditos mercantiles. En virtud de esta cesión, el cedente cede la totalidad o parte de uno o más créditos de carácter mercantil, existentes o futuros, con tal de que sean determinables, identificables. Es decir, el objeto de esta cesión son créditos derivados de un acto o negocio jurídico de carácter comercial, no civil ni de otra naturaleza; pero pueden presentarse diversas clases de cesiones de créditos:

- a) *Cesión de créditos garantizados con prenda*,⁴ conforme a la cual, salvo que en la prenda se disponga lo contrario, el cesionario puede exigir la entrega de la cosa dada en garantía que estuviera en poder del cedente, pero no puede exigir aquella que se halle en poder del deudor o de un tercero. Si le fuera entregada, el cesionario asume todas las obligaciones propias del derecho de prenda, respondiendo de su cumplimiento solidariamente con el cedente.
- b) *Cesión de bienes inmateriales.* El anteproyecto de CCo español define al contrato de cesión de bienes inmateriales (art. 535-1) como aquel por virtud del cual el titular de un derecho sobre un bien inmaterial, denominado

cedente, transmite a un tercero, denominado *cesionario*, mediante cualquier título jurídico apto para ello, la titularidad de este derecho a cambio de un precio; equivale al contrato de licencia previsto por nuestra LPI. Incluso se señala en el ordenamiento que dicho contrato debe contener: la designación de la totalidad o la parte o partes del bien cedido; la designación de la totalidad o la parte del territorio sobre el que se extiende el derecho del titular; la información que sea necesaria para la explotación del bien inmaterial; y la indicación del momento en que se realiza la transmisión.

En el art. 535-4 se señalan como obligaciones del cedente transmitir al cesionario la titularidad del derecho sobre el bien conforme a lo pactado y libre de derechos y pretensiones de terceros, en los términos establecidos en la regulación de la compraventa mercantil, y poner a disposición del cesionario las habilidades, conocimientos técnicos o secretos que posea en relación con el derecho transmitido y que resulten necesarios para proceder a su adecuada explotación. A su vez, el cesionario queda obligado (art. 535-5) a pagar el precio pactado en los plazos y la forma convenidos y a adoptar las medidas necesarias para evitar su divulgación.

c) *Cesión financiera de créditos*. El proyecto de Código Mercantil español incluye entre estas al descuento, al que hacemos referencia en este capítulo, así como el factoraje (*factoring*) y la confirmación financiera (*confirming*), que son estudiados en otros capítulos por separado.

Son cesiones financieras de crédito las cesiones en que: i) el cedente sea un comerciante (empresario); ii) los créditos cedidos pertenezcan a la actividad empresarial o profesional del cedente; iii) el cesionario sea una institución de crédito, un fondo o una entidad o patrimonio separado que tenga como objeto exclusivo la adquisición de créditos mercantiles por medio de estas cesiones; iv) la cesión se convenga por escrito en el que conste su fecha de celebración; v) el cesionario pague al cedente, al contado o a plazo, el importe de los créditos cedidos con la deducción del costo del servicio prestado; vi) se acredite que el cesionario ha abonado al cedente, en todo o en parte, el importe del crédito antes de su vencimiento, sin que se haya pactado que el cesionario responda frente al cedente de la solvencia del deudor.

d) *Cesión de uso de imagen o reclamo mercantil (merchandising)*. Contrato

por el cual el titular de un bien inmaterial protegido por un derecho de exclusiva y susceptible de resultar atractivo para el público (el nombre o la imagen de una persona física, las marcas y las creaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual) cede su uso a un empresario como medio de atraer clientela hacia los bienes o servicios que ofrece en el mercado, a cambio de una contraprestación (art. 533-14 y 15).

El objeto de este contrato, como su nombre indica, lo constituyen bienes inmateriales reclamados por el público, exitosos, prestigiados y famosos; por lo que la actividad objeto del mismo puede ser muy diversa o incidir sobre distintos ámbitos: *i)* sobre el producto, mediante la creación o modificación de su diseño industrial, o en la fabricación, distribución y comercialización del producto; *ii)* sobre la forma de presentación del producto: envases, embalajes, envoltorios, etc.; *iii)* sobre el lugar de presentación del producto: punto de venta, grandes almacenes, hipermercados, etc. Pérez-Serrabona define al contrato de *merchandising* como aquel por el cual “una empresa colabora con otra haciendo que sus productos sean más competitivos, haciendo estudios de producto, elementos identificativos o envoltorios, a fin de que resulten fácilmente diferenciables; facilitando su almacenamiento y transporte; e incrementando la eficacia de los puntos de venta”.⁵ Es un contrato de prestación de servicios para mejorar las ventas o posicionamiento de productos y servicios con la utilización de elementos de propiedad intelectual que por sí solos tienen valor o influencia en el mercado.

Con el contrato de *merchandising* se busca utilizar un bien inmaterial que goza de renombre, que es popular para distinguir productos o servicios en el mercado y atraer la atención del consumidor sobre el producto; es decir, se explota su valor publicitario y sugestivo, sus atributos que, por sí mismos, son capaces de vender los productos; de ahí que mediante el *merchandising* se lleve a cabo una actividad que permita la utilización de imágenes o rasgos de personajes ficticios o reales, de marcas famosas o de otros elementos que gozan de renombre, en los productos fabricados o en servicios prestados por un empresario como instrumento eficaz para aumentar su demanda;⁶ así, es sabido el éxito de la utilización del personaje *Mickey Mouse*, después de su creación en la década de 1930, en diversos productos a nivel mundial y la proliferación de productos con personajes de

series de televisión, cantantes, deportistas y marcas famosas.

El *merchandising* puede ser de diversas clases: i) *merchandising* de marcas. El contrato de *merchandising* de marcas se puede definir como el acuerdo mediante el cual el titular de una marca prestigiada autoriza a otra persona, a cambio de una contraprestación, a fin de que la use para distinguir productos o servicios que no sean iguales ni similares a aquellos para los que está registrada, durante un tiempo determinado y en un espacio delimitado. Se trata de explotar el valor sugestivo y publicitario de la marca para promover la venta de los productos fabricados por el beneficiario de la autorización; ii) *character merchandising*: contrato por el cual una persona concede a otra la utilización de creaciones protegidas por la *Ley de la Propiedad Industrial* para diferenciar sus productos o servicios de otros en el mercado; en este sentido, la palabra *character* hace referencia a personaje, personalidad, carácter, tipo original, e, incluso, reputación o fama, por lo que el *character merchandising* alude tanto a la comercialización de productos individualizados con una creación protegida, como a la descripción del uso de un aspecto de la imagen de una persona famosa con fines distintivos; y iii) *personality merchandising*, que se distingue porque el objeto del contrato es el derecho a explotar comercialmente la imagen de una persona.

e) *Cesión de títulos*. Nuestra LGTOC previene que los títulos de crédito nominativos se entenderán siempre extendidos a la orden, salvo inserción en su texto o en el de un endoso, de las cláusulas *No a la orden* o *No negociable*, que pueden ser inscritas en el documento por cualquier tenedor, en cuyo caso dichos títulos solo son transmisibles en la forma y con los efectos de una cesión ordinaria. El endoso posterior al vencimiento del título surte efectos de cesión ordinaria. Asimismo, el art. 26 prevé que los títulos de crédito pueden ser objeto de transmisión por cualquier medio legal y cuando se transmiten por cesión ordinaria subrogan al adquirente en todos los derechos que los títulos confieren, pero los sujeta a todas las excepciones personales que el obligado habría podido oponer al autor de la transmisión antes de esta.

f) *Cesión global de activos o pasivos*. Contrato por el cual una sociedad mercantil inscrita transmite en bloque todos sus activos o pasivos a un tercero a cambio de una contraprestación.

Cesión de póliza de seguro. El beneficiario irrevocable puede ceder su derecho mediante declaración que debe constar por escrito y ser notificada al asegurador, pero se requiere el consentimiento por escrito del tercero asegurado para la cesión de derechos, salvo cuando estas tres últimas operaciones se celebren con la empresa aseguradora. La LCM prevé (art. 110) que en los contratos de seguros de vida o mixtos el comerciante, con autorización del conciliador, puede decidir la cesión de la póliza del seguro y obtener la reducción del capital asegurado en proporción a las primas ya pagadas con arreglo a los cálculos que la aseguradora hubiere considerado para efectos del contrato, cuando sea beneficiosa para la masa.

Cesión de derechos de comprador de la arrendadora financiera en favor del arrendatario financiero. Se trata de la transmisión de los derechos que la arrendadora financiera tiene como compradora de los bienes objeto del contrato, en favor del arrendatario financiero, con el fin de que sea este quien ejercite directamente los derechos que le asisten al comprador; es decir, los que le corresponden a dicha arrendadora financiera para exigir del vendedor el cumplimiento del contrato o la indemnización por los vicios o defectos ocultos del contrato. No se trata de una cesión de contrato, sino solo de ciertos derechos del comprador en favor del arrendatario financiero. La LGTOC impone la obligación alternativa a la arrendadora financiera de transmitir al arrendatario financiero los derechos que como compradora tiene para que los ejercite en contra del vendedor, o bien la obligación de legitimarlo para que en su representación ejercite esos derechos. En efecto, se trata de una cesión de derechos por cuanto el acreedor (el comprador, que en nuestro caso es la arrendadora financiera) transfiere a otro (el arrendatario financiero) los derechos (pero no las obligaciones) que tiene contra su deudor (art. 2029, CCF); no requiere el consentimiento del deudor para transmitir sus derechos; se ceden únicamente los elementos activos de un contrato de venta, para cuyo efecto debe cumplir las formalidades previstas por los arts. 389, 390 y 391 del CCo.

En el caso de transmisión de derechos de comprador en favor del arrendatario financiero, es indiferente al vendedor cumplir con su responsabilidad por los vicios o defectos ocultos a la arrendadora financiera o al cesionario de él, caso en el que subsisten dos actos jurídicos: el contrato de compraventa entre el proveedor de los bienes y la arrendadora financiera, y el contrato de cesión del derecho por los vicios o defectos ocultos, pero no los demás que le asisten al comprador y, como consecuencia, continúa inalterable la dependencia recíproca

entre los derechos y las obligaciones del vendedor y del comprador. Por ello, el vendedor tiene derecho a oponer en su caso al arrendatario financiero las excepciones que conforme a derecho le correspondieran en contra del comprador, porque la cesión de derechos en favor del arrendatario financiero corre la misma suerte que el contrato mismo, ya que no se puede ceder ni transmitir más que el derecho en la forma y medida en que se tiene.

Cesión de derechos

Cesión de derechos derivados del contrato de arrendamiento financiero. Es el caso previsto en el art. 409 de la LGTOC, conforme al cual las partes pueden convenir en que el arrendatario financiero suscriba uno o varios pagarés que documenten el importe total que corresponda al precio pactado por “renta global”, cuyos plazos de vencimiento no pueden exceder del plazo forzoso del contrato y siempre que se haga constar en esos títulos su procedencia; es decir, son títulos de crédito causales que la arrendadora financiera puede transmitir a terceros que le conceden financiamiento.

El art. 409 citado de la LGTOC establece que la transmisión de esos títulos implica en todo caso el traspaso de la parte correspondiente de los derechos derivados del contrato de arrendamiento financiero y demás derechos accesorios en la proporción que corresponda. Se trata de una cesión de derechos y no de cesión de contrato, porque lo único que se transmite son los derechos y no las obligaciones derivadas del contrato.

Según los arts. 2036 del CCF y 390 del CCo, para que surta efectos en contra del deudor la cesión de créditos debe notificarse a aquel, de donde se ha llegado a sostener que el cesionario no puede intentar demanda judicial contra el deudor sin que previamente le haya notificado la cesión, para que el arrendatario financiero pueda oponerse a ella y para que haga valer las defensas que le competan, pero la falta de esa notificación no implica que la cesión sea inválida, ya que la cesión puede hacerse aun en contra de la voluntad del deudor; mientras la cesión no se le notifique a este, puede hacer valer, respecto del cesionario, todas las excepciones que tuviere contra el cedente, pero en todo caso la notificación no es otra cosa que un medio imperfecto de publicidad, que previene la ley para que la cesión surta efectos respecto de tercero, considerando como tal al deudor, quien puede alegar el pago, la compensación y la cosa

juzgada que hubieren tenido lugar antes de la notificación, cuyo objeto es fijar la fecha cierta para el deudor en relación con la cual deben determinarse los efectos de la cesión.

Por último, en la práctica suele suceder que los arrendatarios financieros, una vez que han procedido a cubrir la totalidad de las parcialidades pactadas en el contrato, en lugar de ejercer la opción terminal notifican a la arrendadora financiera sobre la cesión de derechos que hacen en favor de tercero y le solicitan que la factura de propiedad se expida en favor de dicho tercero, en cuyo caso se trata de una cesión de derechos, con independencia de que implique una donación favorable a ese tercero, o tal vez ante un supuesto de opción terminal disfrazada que sería la de venta de los bienes a un tercero, solo que sin participar a la arrendadora financiera del precio de la venta. En estos casos la práctica ha sugerido que el cesionario de esos derechos es el administrador o socio del arrendatario financiero, quien en realidad ha venido pagando los cánones del arrendamiento financiero, y no es sino hasta la expedición del título de propiedad, o la factura en caso de bienes muebles, cuando se le reconocen sus derechos.

Cesión de contrato

En la cesión del contrato el cesionario sufrirá las consecuencias de sus propios actos en el cumplimiento o incumplimiento del contrato básico; en cambio, en la cesión de derechos, en la cual se trata de la cesión de un solo elemento activo, el cesionario sufre las consecuencias de la conducta del cedente respecto del contrato base; el deudor está obligado hacia el cesionario, en la cesión de relación particular, en los mismos términos y de la misma manera que estaba obligado hacia el cedente. De allí se infiere que para que haya una verdadera cesión de contrato de arrendamiento financiero se precisa de la transmisión al cesionario de todos los derechos y obligaciones del contrato básico y que es indispensable el consentimiento de la arrendadora financiera a fin de que el cedente se exonere de sus obligaciones para con dicha arrendadora financiera, puesto que el cesionario se sustituye en los derechos y las obligaciones del arrendatario financiero.

En este sentido aparece un precedente de la quinta época: “ARRENDAMIENTO, EFECTOS DE LA CESIÓN DEL CONTRATO DE. Cuando el arrendatario cede sus derechos,

mediante autorización expresa, contenida en el contrato de arrendamiento, debe entenderse que la cesión lo exonera de sus obligaciones para con el propietario, sin necesidad de aprobación especial de éste, ya que por la naturaleza misma de la cesión, el cesionario sustituye al cedente en los derechos y obligaciones objeto de la operación.”⁷ No es lo mismo la cesión de un derecho que la cesión de un contrato. Ya se dijo que en la primera se transmiten únicamente los elementos activos de un contrato como los créditos nacidos de él; por otra parte, pueden transmitirse solo los elementos pasivos de una deuda y, por último, pueden transferirse al mismo tiempo tanto los elementos activos como los pasivos, a condición de que se cumpla en uno o en otro caso con las formalidades marcadas, respectivamente, por los arts. 2033 a 2051 del CCF y 389 a 391 del CCo.

La cesión del contrato comprende la transmisión de los elementos activos y pasivos de un acto jurídico, en cuyo caso el cesionario del contrato sufre las consecuencias de sus propios actos en el cumplimiento o incumplimiento del contrato básico, mientras que en la cesión de un solo elemento activo (cesión de derechos), como se dijo, el cesionario sufre las consecuencias de la conducta del cedente respecto del contrato base.

Cesión de deudas

A diferencia de la cesión de crédito, en la que se sustituye al acreedor, en la cesión de deudas se sustituye al deudor, por lo cual el CCF exige previamente el consentimiento expreso o tácito del acreedor, puesto que la sustitución de deudor significa de ordinario cambio de situación del deudor en cuanto a las garantías con que cuenta, su solvencia y su crédito para responder por el pago de la deuda.

El CCF presume que el acreedor consiente en la sustitución del deudor cuando permite que el sustituto ejecute, en nombre propio y no por cuenta del deudor primitivo, actos que debía ejecutar el deudor, como el pago de intereses. Una vez que el acreedor exonera al antiguo deudor, aceptando otro en su lugar, no puede repetir contra el primero, si el nuevo se encuentra insolvente, salvo pacto en contrario. El deudor sustituto queda obligado en los términos en que lo estaba el primitivo, mas no sucede lo mismo con los terceros garantes, ya que en virtud de la cesión la fianza, la prenda y la hipoteca constituidas por tercero para garantizar la deuda cesan con la sustitución del deudor, a menos que consientan

en que continúen. Según el art. 2057 del CCF, cuando se declara nula la sustitución de deudor, la antigua deuda renace con todos sus accesorios, pero con la reserva de derechos que pertenecen a tercero de buena fe.

Por último, la cesión de créditos difiere de la subrogación, que conforme a los arts. 2058 y 2059 del CCF se verifica por ministerio de la ley y sin necesidad de declaración alguna de los interesados en los casos siguientes: *a)* cuando el que es acreedor paga a otro acreedor preferente; *b)* cuando el que paga tiene interés jurídico en el cumplimiento de la obligación; *c)* cuando un heredero paga con sus bienes propios alguna deuda de la herencia; *d)* cuando el que adquiere un inmueble paga a un acreedor que tiene sobre él un crédito hipotecario anterior a la adquisición; y *e)* cuando la deuda es pagada por el deudor con dinero que un tercero le preste con ese objeto, siempre que el préstamo conste en título auténtico en que se declare que el dinero fue prestado para el pago de la misma deuda.

Cesión internacional de créditos y cesión de créditos internacionales

La cesión internacional de créditos se realiza entre partes cuyos establecimientos se encuentran en estados diferentes, en tanto que la cesión de créditos internacionales tiene por objeto créditos internacionales, derivados de la adquisición o uso de bienes, del factoraje, el *forfaiting*, la bursatilización y la financiación; Uncitral adoptó el 12 de noviembre de 2002 la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (Nueva York, 2001), fundamentales para financiar el comercio internacional y promover la circulación de bienes y servicios, ya que la incertidumbre del contenido y de la ley aplicable a la cesión de créditos constituye un obstáculo para el comercio internacional. La Uncitral explica que una cesión que sea válida conforme a la ley que la haya regido puede no ser ejecutable frente al deudor situado en otro país o puede quedar subordinada a los derechos de los reclamantes concurrentes de otro país. Además, suele ser difícil determinar la ley aplicable a los conflictos de prelación entre reclamantes concurrentes e impedir la obtención de crédito mediante cesión de créditos por cobrar, temas tratados en dicha convención.

Descuento

En virtud del descuento un empresario, *el descontador o descontante*, se obliga frente al *descontatario*, titular de un crédito en dinero no vencido, a abonarle el importe del mismo a cambio de los intereses y comisiones pactados y de la cesión salvo buen fin del crédito descontado.

Descuento bancario. El art. 46, fracc. VI, de la LIC faculta a las instituciones de crédito para celebrar operaciones de descuento. El descuento representa para el titular del crédito no vencido la realización anticipada de este, mientras que para el *descontador* es la inversión productiva de sus recursos en el corto plazo. Se trata de un medio de movilización del crédito bancario por el cual se adquieren al contado créditos a plazo no vencidos y un medio para obtener recursos sin necesidad de esperar al plazo de vencimiento de los créditos a favor; el titular del crédito recibe por anticipado el pago del mismo disminuido por una cantidad proporcional al plazo pendiente por vencer, pero sin tener que esperar a su vencimiento; a su vez, el que adquiere el crédito recibe una comisión o contraprestación por anticipar el pago del crédito y se constituye en titular del crédito transferido.

El descuento es una operación bancaria por la cual una persona, denominada *descontador*, pone a disposición de otra, denominada *descontatario*, una suma de dinero a cambio de la cesión de un crédito de vencimiento posterior. El importe de esa suma de dinero es igual al del crédito que se adquiere disminuido en una cantidad proporcional al interés que se genere durante el tiempo que falta para que venza el crédito. Es decir, se trata de un contrato por el cual un sujeto anticipa a otro que es acreedor de un tercero por una suma de dinero pagadera en el futuro y documentada por lo general en un título de crédito o en libros, una cantidad de dinero igual a la del crédito pero disminuida en una proporción igual al interés que la suma debida producirá entre la fecha del anticipo y la fecha futura en que se haría exigible.⁸

Para Messineo, el descuento es un contrato de prestaciones recíprocas en virtud del cual una de las partes se obliga frente a la otra a pagarle el importe (suma de dinero) de un crédito pecuniario que esa parte alega contra un tercero (asunción del descontador de la deuda ajena), antes de que ese crédito haya vencido a cambio de la cesión (*prosolvendo*) de dicho crédito, por lo que la liberación del descontatario por parte del descontador queda subordinada al “buen fin” del

crédito cedido.⁹ Del concepto anterior surgen varios elementos: *a) descontador*, quien se obliga a pagar una suma de dinero; *b) descontatario*, quien recibe esa suma y transfiere el crédito; *c) suma por descontarse* o cantidad por descontarse, el importe que recibe el descontatario, la cantidad por la cual el descontatario es acreedor a futuro; *d) suma descontada*, la cantidad que el descontador anticipa; y *e) descuento* o tasa de descuento, el beneficio que recibe el descontador y que es la diferencia entre la cantidad por descontarse y la suma descontada, el precio por el pago anticipado del crédito.

La naturaleza jurídica del contrato ha sido discutida por la doctrina y se le ha considerado un mutuo pecuniario, contra garantía, una apertura de crédito o una venta de crédito; sin embargo, el anticipo del importe de un crédito no puede identificarse nunca con el pago del precio de dicho crédito, pues anticipar puede significar prestar u otra cosa análoga, pero no ciertamente pagar un precio, pues, como dice Messineo, a ello repugnan el sentido de la palabra y la función del descuento.¹⁰

El contrato de descuento se diferencia de otros contratos como el de anticipo bancario, que consiste en una especie de apertura de crédito con garantía real (prenda de dinero, de mercancías o de títulos) proporcionada por el anticipador o un tercero al anticipante. El factoraje financiero, regulado por la LGTOC, es un contrato por el cual una parte adquiere de la otra parte derechos de crédito relacionados con la proveeduría de bienes, de servicios o de ambos. Cuando este contrato lo realiza una Sofom (sociedad financiera de objeto múltiple), se trata de una operación profesional, complementaria y de apoyo de las que son propias del crédito, de la banca. Las Sofom son intermediarios en los mercados financieros para captar recursos y colocarlos al público. Pero el factoraje por sí mismo no implica la transmisión del crédito, sino únicamente la obligación de adquirir los créditos que resulten de esa proveeduría de bienes o servicios y conforme a los términos y las condiciones previstos en el contrato.

Según Rodríguez,¹¹ el descuento es una verdadera apertura de crédito por la que el acreditante pone a disposición del acreditado una suma de dinero y este cumple la obligación de restitución, mediante la transmisión al primero de un crédito cuyo vencimiento ha de ocurrir en fecha posterior a aquella en la que el acreditante debe poner a disposición del acreditado la suma importe del crédito. Sin embargo, dicho autor reconoce que unas veces el descuento es una operación aislada; otras es una de las varias formas de utilización de un crédito, lo cual no

deja clara la verdadera naturaleza del contrato. Se trata de una operación de crédito distinta de la apertura de crédito, puesto que por definición, en la apertura de crédito, el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado, o a contraer por cuenta de este una obligación, para que el mismo haga uso del crédito concedido en la forma y en los términos convenidos, quedando el acreditado obligado a restituir al acreditante las sumas de que disponga, o a cubrirlo de manera oportuna por el importe de la obligación que contrajo, y en todo caso a pagarle los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen. En cambio, por el descuento el descontador pone a disposición del descontatario una suma de dinero a cambio de la adquisición de créditos a favor del descontatario.

En efecto, el descontador entrega al descontatario anticipadamente una suma de dinero que importa un crédito de este en contra de un tercero, pero no exigible, previa deducción de los intereses por el tiempo entre la fecha de la entrega del dinero y aquella en la que sea exigible el crédito.¹² A su vez, el descuento también se diferencia de la cesión de créditos, ya que mientras en aquel los créditos que se transmiten deben ser no vencidos, pueden ser objeto de la cesión créditos vencidos.

Objeto. Pueden ser objeto de descuento los títulos de crédito, excepto el cheque, por ser a la vista, los créditos en libros y todo tipo de efectos de comercio, así como los derechos de crédito, incluso los futuros, cualquiera que sea la forma de representación, estén o no incorporados en un documento.

Descuento de títulos. Es más frecuente en la práctica el descuento que tiene por objeto la transferencia de uno o más títulos de crédito, en lugar de la cesión de un crédito no documentado.

Concepto. El descuento de títulos es un contrato en virtud del cual el descontador se obliga frente al descontatario a pagarle el importe de títulos de crédito no vencidos a cargo de terceros, menos una tasa de interés pactada, a cambio de que el descontatario le transfiera y endose dichos títulos. El objeto de este descuento son títulos de crédito no vencidos (letras de cambio, cheques, pagarés, bonos de prenda), respecto de los que el descontador tiene derecho de verificar su idoneidad para aceptar el descuento. Si se trata de una letra de cambio, el descontador puede verificar la causa que dio origen a la misma; si son títulos a la orden, el descontatario responde frente al banco de la eventual falta

de pago por parte del deudor cambiario, como endosante; es decir, como obligado en vía de regreso y, por separado, con base en el descuento, por lo que el descontatario debe restituir la suma anticipada.

Las instituciones de crédito por lo general aceptan descontar títulos de crédito a comerciantes que son titulares de dichos títulos por la venta de mercancías y que tienen a su favor una línea de crédito concedida por la institución. Para hacer el descuento, el descontador tiene en cuenta el número de firmas del documento, la calidad de las mismas, el plazo de vencimiento y el origen de los títulos.

Características principales. El descuento de títulos es un contrato de prestaciones recíprocas: el descontador paga el importe de los títulos de crédito a cambio de que el descontatario le transfiera los mismos y le pague los intereses por el tiempo que no ha transcurrido para el vencimiento de los títulos. Es una operación de crédito distinta de la apertura de crédito, pues el descontador pone a disposición del descontatario una suma de dinero a cambio de la adquisición de títulos de créditos a favor del descontatario, mientras que en la apertura de crédito el acreditado solo debe restituir al acreditante las sumas de que disponga o cubrir con oportunidad el importe de la obligación que contrajo, y en todo caso a pagarle los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen, pero no le transfiere la titularidad de bienes ni derechos.

El descuento es un contrato traslativo de dominio; el descontador adquiere la propiedad al contado de un crédito a plazo y, como consecuencia, los derivados del mismo. Puede ser un contrato principal, independiente o autónomo, así como una forma de utilización de un crédito. Además del descuento de títulos, existe el redescuento de los mismos, que es la operación por la cual se descuentan letras de cambio que su titular ha adquirido en calidad de descontador; es decir, constituye el descuento del descuento, y en nuestro país el Banco de México es el organismo legitimado para hacer dicho descuento a todas las instituciones de crédito, conforme a las normas de la Ley Orgánica del mismo banco.

Elementos de existencia y de validez. El contrato de descuento es un contrato de carácter consensual, pero no requiere ninguna formalidad para su existencia; se perfecciona desde el momento en que las partes se ponen de acuerdo en que el descontador pague la suma de dinero pactada al descontatario, y este, a su vez, transfiera los títulos de crédito. En cambio, en el cumplimiento de las obligaciones del descontatario, esto es, en la ejecución del contrato, dicha parte

requiere satisfacer las formalidades exigidas por la ley para la transmisión de los títulos de crédito, y debe endosar los mismos a favor del descontador. El objeto de este contrato son títulos de crédito, tanto cambiarios (letra de cambio o pagarés) como representativos de mercancías (bonos de prenda). Son objeto de descuento los títulos de crédito comerciales, los que surgen en virtud de una operación efectiva sobre mercancías o valores, como la compraventa, los títulos financieros y las letras de cambio que se crean con el único propósito de proporcionar dinero, sin que tengan como causa una efectiva operación.

Obligaciones de las partes. Son, para el descontante, *a)* poner a disposición del descontatario el monto del título de crédito descontado en los términos convenidos por las partes; esto es, anticipar el importe del título con deducción de los intereses que se causarán hasta el vencimiento del mismo y las comisiones pactadas (dicho pago suele hacerse mediante su abono en una cuenta del descontatario o conforme a la línea de crédito al efecto concedida a este); *b)* realizar todos los actos necesarios para la conservación del crédito descontado y sus garantías; *c)* presentar el título de crédito en tiempo y forma para su cobro al vencimiento, en su caso; y *d)* restituir al descontatario los créditos y los títulos representativos de los mismos, en su caso, tan pronto como le sean satisfechas al descontante todas las cantidades debidas.

Para el descontatario, tales obligaciones son: *a)* transmitir la plena titularidad del crédito al descontante, conforme a la naturaleza del título o derecho del crédito descontado, por ejemplo, endosar el título de crédito objeto del descuento; *b)* pagar los intereses y comisiones convenidos; *c)* responder de la existencia del crédito cambiario y pagar la totalidad del importe del título de crédito transmitido y no pagado por el tercero;¹³ y *d)* reintegrar, en caso de impago del crédito descontado, las cantidades debidas al descontante, y asumir en su caso la mora en el cumplimiento.

Los efectos del descuento son: *a)* entre descontador y descontatario, el descuento produce todos los efectos del endoso pleno; es decir, se transmite la propiedad del título del descontatario al descontador, que legitima a este frente a terceros y hace responsable al descontatario del pago del título; *b)* el descontatario no recibe por el título su valor nominal, sino el que resulta de restar del mismo la tasa de descuento y, a veces, una comisión por gastos; *c)* en caso de falta de pago del crédito descontado, el descontador tiene derecho a ejercitar la acción de regreso en contra del descontatario y los demás obligados cambiarios, así como a

ejercitar las acciones causales de enriquecimiento que sean procedentes.¹⁴

Descuento de crédito en libros. Según el CCo, los comerciantes están obligados a llevar y mantener un sistema de contabilidad adecuado que permita, entre otras cosas, identificar las operaciones individuales y sus características, así como conectar dichas operaciones con los documentos comprobatorios originales de las mismas (art. 33, inc. A), pero en todo caso deben llevar por lo menos un libro, el *libro mayor*, en el cual deben constar, como mínimo y por lo menos una vez al mes, los nombres y las designaciones de las cuentas de la contabilidad, su saldo final del periodo de registro inmediato anterior, el total de movimientos de cargo o crédito de cada cuenta en el periodo y su saldo final. Registrado un crédito en favor del comerciante, aunque no haya sido documentado en un título de crédito, puede ser objeto de descuento en libros por una institución bancaria para que el comerciante, sin esperar al vencimiento de la deuda, pueda obtener liquidez como si el crédito hubiera sido pagado con anticipación, pero con la obligación de restituir en la fecha pactada la suma que recibe.

En efecto, los créditos abiertos en los libros de los comerciantes pueden ser objeto de descuento, conforme a la LGTOC (arts. 288 a 290), aun cuando no estén amparados por títulos de crédito suscritos por el deudor, siempre que reúnan las condiciones siguientes: *a)* que los créditos sean exigibles a término o con previo aviso fijos; *b)* que el deudor haya manifestado por escrito su conformidad con la existencia del crédito; *c)* que el contrato de descuento se haga constar en póliza a la cual se adicionen las notas o relaciones que expresen los créditos descontados, con mención del nombre y domicilio de los deudores, del importe de los créditos, del tipo de interés pactado y de los términos y condiciones de pago; *d)* que el descontatario entregue al descontador letras giradas a la orden de este, a cargo de los deudores, en los términos convenidos por cada crédito; y *e)* el descontador no quedará obligado a la presentación de esas letras para su aceptación o pago, y solo podrá usarlas en caso de que el descontatario lo faculte expresamente al efecto o no entregue al descontador, a su vencimiento, el importe de los créditos respectivos.

Según lo anterior, el descuento en libros es una operación de crédito por la cual el descontador pone a disposición del descontatario una suma de dinero convenida, que deberá ser restituida en el plazo pactado; el descontatario debe pagar al descontador los intereses pactados.¹⁵ A diferencia de lo que ocurre con

el descuento de títulos de crédito, en el descuento de crédito en libros la transmisión de los créditos solo opera entre las partes, pero no frente a los terceros deudores, por lo que válidamente puede decirse que se trata de una operación de crédito con garantía prendaria, ya que dicha transmisión queda sujeta a la condición de que el descontatario no restituya al descontador el importe recibido por los títulos.¹⁶ Constituye en realidad un crédito prendario con pacto comisorio expreso, permitido de manera excepcional por la ley para el caso de que el acreditado no pague el crédito y que el acreedor haga suya la prenda, pero siempre supeditado al consentimiento expreso del deudor.

Autoevaluación

1. ¿En qué consiste la cesión de créditos?
2. Mencione tres clases de cesiones.
3. ¿Cuáles son los efectos de la cesión?
4. Mencione la responsabilidad del cedente.
5. Explique los créditos que pueden ser objeto de cesión.
6. ¿Cuál es la diferencia entre cesión de crédito y cesión de deuda?
7. ¿En qué consiste la subrogación?
8. ¿En qué consiste el descuento?
9. Explique el descuento en libros.
10. Explique el descuento de títulos.

¹ César Vivante, *Tratado de derecho mercantil*, vol. III, “Las cosas”, trad. Miguel Cabeza y Anido, Reus, Madrid, 1936, p. 125.

- 2 *Idem.*
- 3 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXXII, Agosto de 2010, Página 1945.
- 4 Esta y las diversas clases de cesión que mencionamos son reguladas en el anteproyecto de ley del Código de Comercio español. Véase al respecto la página siguiente: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427025146?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAPL_C%C3%93DIGO_MERCANTIL_
- 5 J. L. Pérez-Serrabona, *Derecho mercantil*, 6ª ed. (G. J. Jiménez Sánchez, coord.), Ariel, Barcelona, 2000, p. 557.
- 6 J. Adams (citado por M. Teresa Franquet Sugrañes, *El contrato de licencia de personality merchandising*, s/e, Tarragona, 2003, p. 23) menciona que se han encontrado referencias de *merchandising* desde 1642, en una tienda de Alemania con un juguete que representaba el Arca de Noé.
- 7 Tercera Sala, Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo: LXI, Página: 1523, 1º de agosto de 1939.
- 8 *Cfr.* Vittorio Angeloni, *Lo Sconto*, Francesco Vallardi, Milán, 1919, p. 2.
- 9 Francesco Messineo, *Manual de derecho civil y comercial*, t. VI, trad. de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955, p. 133.
- 10 *Ibidem*, p. 133.
- 11 Joaquín Rodríguez Rodríguez, *op. cit.*, p. 90.
- 12 Véase Óscar Vásquez del Mercado, *Contratos mercantiles*, Porrúa, México, 1996, p. 457.
- 13 Carlos Felipe Dávalos Mejía, *op. cit.*, p. 398.
- 14 *Cfr.* Joaquín Rodríguez Rodríguez, *op. cit.*, p. 91.
- 15 Joaquín Rodríguez Rodríguez, *op. cit.*, p. 93.
- 16 En cambio, Carlos Felipe Dávalos Mejía (*op. cit.*, p. 398) sostiene que la teoría del descuento en libros es la misma del descuento de títulos y que la única diferencia es que en el segundo el descontador no compra un título, sino un crédito que exclusivamente aparece registrado en sus libros de comercio.

Factoraje

Propósitos

Al concluir este capítulo, el lector conocerá el contrato de factoraje, sus similitudes y diferencias con otros contratos, así como el contenido obligacional y la utilidad práctica del mismo.

Ubicación

El término *factoraje* deriva del inglés *factoring*,¹ con el que se le denomina en otros países y en la Convención del Unidroit sobre Factoring Internacional;² en Francia se llama *affacturage*. Este vocablo se utilizó en función del *factor*,³ que correspondía a la figura del derecho romano del *institor* y que comenzó a emplearse para aludir a la actividad que el factorante realizaba por encargo de los fabricantes ingleses en Estados Unidos de América para vender sus productos, con la obligación de asumir el riesgo por el crédito otorgado, y posteriormente el otorgamiento de anticipos sobre las mercancías que tenían en su poder y las cuentas por cobrar, actividad que con el tiempo fue realizada por otros sujetos y conservó la misma denominación.⁴

Aunque para algunos autores el contrato de factoraje, al igual que muchos otros, puede tener sus antecedentes en el *Código de Hammurabi*,⁵ no se puede asegurar que así sea, porque según refiere Chilperic Edwards,⁶ cinco columnas de las inscripciones fueron borradas en fecha antigua, las que podrían referirse a una figura similar a este contrato, pero desde luego se duda que ese antiguo ordenamiento aluda siquiera a un incipiente factoraje. En cambio, se considera que sus antecedentes se encuentran en los comisionistas y factores desde el siglo XVII, pues como afirma Ernesto Eduardo Martorell,⁷ se trata de una forma de

financiación aparecida en fecha reciente y constituye una nueva técnica contractual, por la que se pone a disposición de los empresarios o prestadores de servicios instrumentos adecuados a sus necesidades para hacer efectivos los créditos que tienen a su favor, sin necesidad de esperar al vencimiento de los mismos ni obtener créditos con instituciones financieras; en fin, un sistema integral de apoyo financiero por el cual el empresario cede sus cuentas por cobrar al factor, a cambio de lo cual obtiene un porcentaje de efectivo del valor de dichas cuentas.

De acuerdo con Martorell,⁸ la primitiva operación de factoraje se ubica en la época de la colonización del actual Estados Unidos de América por el Reino Unido, con el *colonial factor*, cuyos caracteres respondían al del comisionista de ventas de garantía. La segunda etapa de su desarrollo se dio a mediados del siglo XIX con el *old line factoring*, que se dedicaba al cobro de facturas de su comitente. En 1905 se dio en Chicago la primera operación de factoraje con recurso, y a partir de 1930 aparecieron figuras como *conventional factor* (anticipo para facturas), el *factoring* (con riesgo de la cobranza) y *new style factoring* (con servicios anexos).

En México el factoraje se introdujo en las prácticas comerciales de manera casi simultánea con el arrendamiento financiero. Las primeras operaciones de factoraje se dieron con las compras de carteras de los comerciantes del mercado de La Merced, al que acudían muchos comerciantes incluso del interior de la República, y posteriormente en el plano institucional con la Walter E. Heller de México, de Carlos Trouyet; la Corporación Interamericana, S.A., y Factoring Interamericana, S.A., que a la muerte de Trouyet fusionó a las dos anteriores. Sin embargo, no fue sino hasta principios de 1990 cuando se reguló el contrato en la *Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares* (LGICOA);⁹ actualmente está regulado por la LGTOC.

Este contrato cumple las funciones del descuento que permite a los acreedores a plazo percibir de manera anticipada el importe de sus créditos mediante la cesión onerosa de estos a otra persona, sin esperar el transcurso del plazo, con el fin de invertir inmediatamente su importe en la explotación de su negocio;¹⁰ esto fomenta el incremento de las ventas a crédito y el acceso a la propiedad y permite la movilización de créditos comerciales en el corto plazo.¹¹ Además, asegura al factorado la transmisión de esos créditos y su pago por anticipado

durante el plazo pactado por las partes, y se diferencia del descuento porque el factoraje es un contrato de duración mediante el cual se establecen las bases conforme a las cuales el factorante adquirirá los créditos de su factorado, así como la existencia de otros negocios posteriores para la transmisión de dichos créditos.

Entre las ventajas que ofrece el factoraje se pueden mencionar:

- a) *Un financiamiento flexible.* Para cada factorado el factoraje puede ser estructurado de acuerdo con sus necesidades, con planes específicos; aunque su situación financiera es tomada en cuenta por el factor, lo que más le interesa a este es la calidad de la cartera de créditos. El factorado obtiene recursos mediante el factoraje, los que aceleran su recuperación de efectivo y no le impiden que sea un atractivo factorado bancario, y que prefiera el factoraje en lugar de optar por el descuento.
- b) *El factoraje no es un crédito, sino un financiamiento.* Incluso en algunos casos el factorante adquiere parte de la cartera y en otros únicamente proporciona consultoría o servicios.
- c) *Financiamiento continuo.* Una de las ventajas del factoraje contra las de otro financiamiento es la certidumbre de que las cuentas por cobrar en efecto constituyen circulante con el que el factorado puede contar. Convertir en efectivo los recursos propios representados por los documentos por cobrar propicia la posibilidad de una continua fuente de financiamiento y la obtención de recursos sin tener que esperar al vencimiento de los créditos, aun cuando el factorado asuma la obligación solidaria de su pago.
- d) *Certidumbre en el pago.* En el factoraje sin recurso, el factorado asegura el pago de los créditos cedidos aun cuando medie incumplimiento del deudor. En el factoraje con recurso, el factorado solo usa los servicios del factorante para cobranza y anticipo de dinero, en cuyo caso tendrá liquidez inmediata, pero no necesariamente certidumbre en el pago.
- e) *Menos gastos de investigación, crédito y cobranza.* El factorante cuenta con capacidad de información que permite al factorado evitar gastos de investigación respecto de sus deudores, así como gastos de administración que por lo regular son elevados, en particular en el área de cobranzas. Mediante el factoraje, el factorado logra menos gastos por contabilidad

detallada de cuentas por cobrar, ahorro considerable en el pago de salarios y beneficios marginales de empleados especializados en el área de crédito y cobranza.

- f) *Mayor eficiencia en el cobro.* Muchos deudores morosos lo son más por la “cultura del no pago” que por falta de capacidad o liquidez para hacerlo, por lo que la circunstancia de que el factor, generalmente una persona moral, sea la que cobre, y no el proveedor mismo, tiene un significado psicológico más favorable para la recuperación del crédito.
- g) *Los servicios que ofrece el factorante son atractivos para los empresarios,* porque reducen los gastos en investigación a compradores; guarda y custodia de documentos; tramitación previa al cobro; gestión de cobranza; protesto de documentos, si es el caso; registro de cuentas contables de las cuentas por cobrar; información oportuna y ágil de las gestiones realizadas; registro contable del pago de las cuentas por cobrar, etcétera.

Concepto y mercantilidad

Concepto. El factoraje es un contrato por el cual una persona, denominada *factorante*, se obliga a adquirir mediante un precio de la otra parte, denominada *factorado* o *cliente*, derechos de crédito otorgados a su favor como consecuencia de la enajenación de bienes o prestación de servicios, con o sin obligación del factorado de responder por el pago de dichos créditos transmitidos, así como de prestarle los servicios de administración y cobranza. Es decir, en el factoraje existen las notas características siguientes: a) la adquisición de créditos; b) la administración, incluida también la recuperación judicial de los créditos comerciales, que en su perspectiva óptima del factorado debería reabsorber su cartera de créditos, y c) dos posibles variantes: la asunción del riesgo de insolvencia del deudor y el financiamiento del factorado.

Según Fernando Vázquez Pando, el factoraje es un contrato por el cual “una de las partes denominada *factor*, se obliga ante la otra, denominada *usuario*, que se obliga a cederlos, a adquirir los créditos que el usuario tenga en contra de terceros, aceptados por el factor, derivados de actividades comerciales habituales del usuario, y a pagar el precio de tales créditos, determinado en la forma pactada, en el momento de llevarse a cabo las cesiones”.¹² Aunque se trata de

una definición poco afortunada, ya que incluso el precio por pagarse puede ser determinable, la misma incluye diversos elementos que son necesarios para la celebración del contrato y su ejecución.

Este contrato, inicialmente regulado en la *Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito* (LGOAAC), quedó sujeto a la LGTOC, que en el art. 419 señala lo siguiente:

Por virtud del contrato de factoraje, el factorante conviene con el factorado, quien podrá ser persona física o moral, en adquirir derechos de crédito que este último tenga a su favor por un precio determinado o determinable, en moneda nacional o extranjera, independientemente de la fecha y la forma en que se pague, siendo posible pactar cualquiera de las modalidades siguientes:

- I. Que el factorado no quede obligado a responder por el pago de los derechos de crédito transmitidos al factorante; o
- II. Que el factorado quede obligado solidariamente con el deudor, a responder del pago puntual y oportuno de los derechos de crédito transmitidos al factorante.

La administración y cobranza de los derechos de crédito, objeto de los contratos de factoraje, deberá ser realizada por el factorante o por un tercero a quien éste le haya delegado la misma, en términos del artículo 430.

Todos los derechos de crédito pueden transmitirse a través de un contrato de factoraje financiero, sin el consentimiento del deudor, a menos que la transmisión esté prohibida por la ley, no lo permita la naturaleza del derecho o en los documentos en los que consten los derechos que se van a adquirir se haya convenido expresamente que no pueden ser objeto de una operación de factoraje.

El deudor no puede alegar contra el tercero que el derecho no podía transmitirse mediante contrato de factoraje financiero porque así se había convenido, cuando ese convenio no conste en el título constitutivo del derecho.

Mercantilidad. El contrato de factoraje es un contrato mercantil, regulado por una ley comercial y cuya mercantilidad también deriva de la definición del contrato que proporciona la LGTOC, además de que por lo general quien transmite derechos de crédito es una persona con actividades empresariales, proveedor de bienes o prestador de servicios, cuya actividad realiza de manera profesional y, por tanto, en principio es un comerciante. A su vez, quien adquiere los derechos

de crédito también tiene el carácter de comerciante, y lo es al dedicarse a la actividad de adquisición de créditos derivados de la proveeduría de bienes o servicios; por último, el objeto del contrato se constituye por cosas o efectos de comercio, los créditos derivados de la proveeduría de bienes o servicios, por cuya causa se celebra el contrato. En efecto, el carácter mercantil del factoraje se desprende de lo siguiente:

a) El objeto del contrato lo constituyen créditos derivados de operaciones comerciales, generalmente de ventas de mercancías, préstamos de dinero o aperturas de crédito que constan por escrito; b) el factorante es una persona dedicada a adquirir créditos no vencidos derivados de la proveeduría de bienes o servicios; c) el factorado es un comerciante dedicado a la venta de bienes o servicios; d) el CCo califica de *mercantil* la cesión de créditos mercantiles (art. 389); e) el CCo reputa como actos de comercio las operaciones de los bancos (art. 75, fracc. XIV), una de las cuales, como se dijo, es el factoraje financiero (art. 46, fracc. XXVI, LIC); f) el CCo califica de *mercantiles* los actos análogos a los señalados en las fraccs. I a XXIV del mismo CCo, entre los cuales considera mercantiles las adquisiciones y enajenaciones de muebles o mercaderías, los valores u otros títulos a la orden o al portador, y las obligaciones de los comerciantes; y g) la LGTOC (arts. 1º y 2º) señala que los actos y las operaciones reguladas por dicho ordenamiento son actos de comercio y se rigen por lo dispuesto en dicha ley y en las demás leyes especiales relativas; en su defecto, por la legislación mercantil general; en su defecto, por los usos bancarios y mercantiles y, en defecto de estos, por el *Código Civil para el Distrito Federal*. La LGTOC regula al factoraje financiero.

Características del contrato

El contrato de factoraje es un contrato:

- a) *Bilateral*. En el contrato intervienen dos partes: el factorante y el factorado, pues aunque se transmiten los créditos a cargo de un tercero, este no interviene en el contrato, aun cuando haya celebrado contrato con el factorante para que este asuma la obligación de adquirir dichos créditos.
- b) *Oneroso*. En el factoraje se establecen provechos y gravámenes recíprocos; el factorado asume la obligación de transmitir sus créditos y el factorante de

pagar un precio por ello.

- c) *Conmutativo*. Las ventajas que surgen para ambas partes son ciertas desde el momento en que se celebra el contrato, aun cuando exista incertidumbre del factorante respecto de si los créditos serán o no cubiertos por el deudor, puesto que este es el riesgo común de las empresas.¹³
- d) *Mixto*. En el factoraje existe una pluralidad de prestaciones, típicas de varios contratos típicos¹⁴ (de descuento, de anticipo de títulos, de venta, de prestación de servicios) en un contrato único denominado *factoraje*, reunidas y coordinadas en un único esquema contractual por acción de una única causa mixta: el financiamiento mediante la adquisición de créditos a descuento.
- e) *Normativo*. El contrato es normativo por cuanto las partes, en previsión de una pluralidad de relaciones jurídicas por constituirse entre ellas, como la cesión o subrogación¹⁵ de créditos y la administración y cobranza de los mismos, determinan previamente la disciplina a la cual quedarán sometidas las relaciones que se constituyan en virtud del contrato de factoraje.
- f) *De tracto sucesivo*. El cumplimiento y la ejecución del contrato solo son posibles mediante el transcurso del tiempo.
- g) *Consensual*. Es consensual en oposición a real, ya que se perfecciona por el mero consentimiento de las partes.
- h) *Formal*. El de factoraje financiero es un contrato formal, ya que la ley exige su otorgamiento por escrito.
- i) *Típico*. El de factoraje es un contrato atípico legalmente, está regulado por la LGTOC, que establece normas que se refieren al concepto, obligaciones, derechos y cargas de las partes en relación con esta institución.

Factoraje financiero como actividad auxiliar del crédito

El contrato de factoraje financiero puede ser realizado por cualquier persona como factorante y como factorado, ya sea de manera habitual o profesional o de forma esporádica, porque no se requiere concesión ni autorización para llevarlo a

cabo. Sin embargo, la LGOAAC establece ciertas normas especiales para el factoraje que se realiza de manera profesional y habitual por sociedades financieras de objeto múltiple (Sofom), en cuyo caso dicho factoraje se considera una actividad auxiliar del crédito, sujeto al cumplimiento de diversos requisitos legales.

La diferencia entre el factoraje financiero que realiza cualquier persona y aquel que lleva a cabo una Sofom, considerada parte del sistema financiero, es el régimen jurídico de una de las partes, del factorante, ya que solo se considera Sofom a la sociedad anónima que cuente con un registro vigente ante la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros y cumpla con lo siguiente: a) establezca expresamente en sus estatutos sociales como objeto social principal la realización habitual y profesional del otorgamiento de crédito o arrendamiento financiero o factoraje financiero; b) en forma complementaria a las actividades mencionadas, podrán considerar como parte de su objeto social principal la administración de cualquier tipo de cartera crediticia, así como otorgar en arrendamiento bienes muebles o inmuebles, siempre que así se encuentre contemplado en sus estatutos, en cuyo caso se considerarán como ingresos provenientes de su objeto principal los ingresos, documentos o cuentas por cobrar que deriven de dichas actividades en tanto estos no excedan del treinta por ciento del total de los ingresos de la sociedad; c) agregar a su denominación social la expresión "sociedad financiera de objeto múltiple" o su acrónimo "Sofom", seguido de las palabras "entidad regulada" o su abreviatura "E.R.", o "entidad no regulada" o su abreviatura "E.N.R", según corresponda;¹⁶ d) contar con el dictamen técnico favorable vigente a que se refiere el art. 87-P de la ley, tratándose de sociedades financieras de objeto múltiple no reguladas, y e) cumplir con lo que establezca la Condusef mediante disposiciones de carácter general.

Las Sofom se reputan entidades financieras y pueden ser sociedades financieras de objeto múltiple reguladas (Sofom E.R.) o sociedades financieras de objeto múltiple no reguladas (Sofom E.N.R.). Las Sofom E.R. son las sociedades que mantienen vínculos patrimoniales con instituciones de crédito, sociedades financieras populares con niveles de operación I a IV, sociedades financieras comunitarias con niveles de operación I a IV o con sociedades cooperativas de ahorro y préstamo con niveles de operación I a IV; aquellas que emitan valores de deuda a su cargo, inscritos en el Registro Nacional de Valores conforme a la LMV; y aquellas que obtengan la aprobación de la CNBV en términos del art. 87-C

Bis 1 de la LGOAAC, para ajustarse al régimen de entidad regulada, que no se sitúen en alguno de los demás supuestos contemplados en este párrafo; y estarán sujetas a la supervisión y vigilancia de la CNBV.

En caso de que el factoraje financiero se lleve a cabo por otra persona distinta de una Sofom, es decir, que cualquier persona celebre el contrato para obligarse a adquirir derechos de crédito relacionados con la proveeduría de bienes o servicios, sin que de manera necesaria se constituya como dicha sociedad anónima, aunque no tendría los beneficios que la ley otorga a las Sofom, entidades no reguladas, el contrato queda regulado conforme a la LGTOC y las partes según las normas generales del CCo, al regular al factoraje financiero no previene en ningún momento que únicamente las Sofom puedan celebrar contratos de factoraje.

El factoraje había sido un contrato típico socialmente y no existían normas que prohibieran a cualquier persona su celebración, sino solo las que limitaban la realización de operaciones reservadas para los factorantes, consideradas operación auxiliar del crédito. La LGOAAC únicamente regulaba el factoraje financiero como una operación auxiliar del crédito; esto es, como una actividad por la cual, mediante el contrato respectivo, se adquirirían derechos de crédito que se pagaban con recursos provenientes de financiamientos y, por tanto, no incluía los factorajes realizados con recursos propios ni por personas ajenas a las organizaciones auxiliares, aunque hacerlo tampoco constituía infracción a las normas de la LGOAAC ni a las disposiciones derivadas de la misma, porque no existía una prohibición expresa para hacerlo,¹⁷ como ocurría con el seguro desde la abrogada *Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros*, que en la fracc. I del art. 3º señalaba: “Se prohíbe a toda persona física o moral distinta de las señaladas en el artículo 1o. de esta Ley, la práctica de cualquier operación activa de seguros en territorio mexicano.”¹⁸

En efecto, basta observar el régimen anterior del contrato: en primer término, cuando la LGOAAC regulaba el factoraje lo hacía calificándolo de *financiero*, y en segundo, la definición legal exigía que los factorantes realizaran el pago de dichos créditos precisamente con recursos provenientes de operaciones pasivas con instituciones de crédito, de seguros y de fianzas (préstamos o créditos, conforme a la fracc. II del art. 45-A, derogado, de la LGOAAC), por lo cual, si bien ni los códigos civiles ni el CCo regulan el factoraje en general, y puesto que la LGTOC únicamente se refiere al factoraje financiero sin ser actividad reservada

para ciertas sociedades, no existe prohibición alguna para dedicarse a adquirir derechos de crédito relacionados con la proveeduría de bienes o servicios.¹⁹

Elementos del contrato de factoraje

En el contrato de factoraje existen dos partes: el factorante y el factorado; el primero es la persona que adquiere los derechos de crédito del segundo a cambio de un precio, con o sin la obligación del factorado de responder por el pago de los créditos cedidos. El contrato se inicia con una oferta del futuro factorado, denominada *solicitud de línea o de factoraje financiero*, elaborada por el mismo factorante, y por la cual ofrece ceder al factorante su cartera de créditos total o parcialmente, solicitud en la que, entre otra información, proporciona la lista de sus clientes por ceder y la actividad a la que se dedican.

Promesa de factoraje. La ley prevé la posibilidad de celebrar contratos de promesa de factoraje con el factorado, en los cuales se convenga en hacer entrega de anticipos a este a cambio de que pague al factorante una cantidad de dinero determinada o determinable, que cubra conforme a lo estipulado el valor de las cargas financieras y demás accesorios de los anticipos hasta en tanto se transmitan los derechos de crédito mediante la celebración del contrato de factoraje correspondiente, condición que deberá estar contenida en el contrato de promesa de factoraje financiero. En este supuesto deberá convenirse el plazo de los anticipos, después del cual deberá otorgarse el contrato de factoraje financiero.

También los factorantes pueden celebrar contratos con los deudores del futuro factorado para asumir la obligación de adquirir de este los créditos a cargo de dichos deudores.

Los factorantes deben obtener información sobre la solvencia moral y económica de los deudores y, como se dijo, deben tener en cuenta preferentemente la seguridad, liquidez y rentabilidad de las operaciones propuestas, así como analizar los derechos de crédito ofrecidos. En caso de que el factorante acepte la celebración del contrato o haya celebrado el contrato de promesa de factoraje, dicho contrato definitivo se hace constar por escrito incluyendo todas las cláusulas que regularán las futuras cesiones de los créditos, así como las relaciones entre factor y factorado. La celebración del contrato no obliga al

factorado a vender o efectivamente prestar sus servicios, por lo que en caso de que no lo haga no incumple el contrato; el factorado es libre de contratar, pero cuando lo hace debe observar los requisitos señalados en el contrato y ceder sus créditos al factor, y cuando ha recibido anticipos en virtud de la promesa, el factorante debe verificar la existencia del pedido de que se trate.

El contrato de factoraje es un contrato de tracto sucesivo por el cual el factorante asume la obligación de adquirir derechos de crédito otorgados a favor del factorado, de donde se advierte la necesidad de que en el contrato se incluya la relación de los derechos de crédito que se transmiten, en la cual se debe consignar los nombres, denominaciones o razones sociales del factorado y de los deudores, así como los datos necesarios para identificar los documentos (tipo de documento, fecha de expedición, de vencimiento, número de orden, importe del crédito, deudor, acreedor, etc.). Sin embargo, dichos requisitos son exigidos únicamente cuando el factorante opta por delegar la administración y cobranza de los créditos al mismo factorado, no obstante lo cual en la práctica en todos los casos se cumple con dichas menciones, haciendo referencia a los anexos del contrato. En la tesis que se transcribe enseguida, el Segundo Tribunal Colegiado del Tercer Circuito consideró necesaria la inclusión de dichos requisitos para cualquier contrato de factoraje financiero con base en la entonces regla décima tercera de las Reglas Básicas de Operación de Empresas de Factoraje Financiero, no obstante que dicha regla se refería únicamente al supuesto en el cual el factorante da al mismo factorado la administración y cobranza de los créditos transmitidos, pero no en los casos en los que no existe contrato de administración y cobranza de dichos créditos:

FACTORAJE FINANCIERO, LA OMISIÓN DE PRESENTAR EN EL ESCRITO DE DEMANDA INICIAL, EL ANEXO DE CONTRATO EN QUE CONSTA LA RELACIÓN DE TÍTULOS DE CRÉDITO MATERIA DEL MISMO, NO SE SUBSANA CON LA PRESENTACIÓN DE DICHOS TÍTULOS. De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 47 y 48 de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, el contrato o documento en que se hagan constar los créditos, arrendamientos financieros correspondientes, así como los documentos que demuestren los derechos de crédito transmitidos a empresas de factoraje financiero, notificados debidamente al deudor, junto con la certificación del estado de cuenta, serán títulos ejecutivos, sin necesidad de reconocimiento de firma, ni de otro requisito. Pero de conformidad con lo establecido por la regla décima tercera, inciso 2, de las Reglas Básicas para la Operación de Empresas de Factoraje Financiero, expedidas por el secretario de Hacienda y Crédito Público, el contrato de factoraje debe contener la relación

de los derechos de crédito que se transmiten, misma que, por lo menos, deberá consignar los nombres, denominaciones o razones sociales del factorado y de los deudores, así como los datos necesarios para identificar los documentos que amparen los derechos de crédito, sus correspondientes importes y sus fechas de vencimiento. Por consiguiente, la omisión de presentar en el escrito inicial de demanda, el anexo en el que se hace constar la relación de los títulos de crédito materia del contrato de factoraje financiero, implica que dicho contrato no pueda constituir un título ejecutivo, por no cumplir con una de las exigencias que la ley contempla. Omisión que no se subsana con la presentación de supuestos títulos de crédito materia del contrato, pues la falta de la relación de derechos de mérito, no permite identificar si los documentos que se exhiben con la demanda, son los mismos que fueron materia del mencionado acuerdo de voluntades.²⁰

Elementos reales

Es objeto del contrato de factoraje cualquier derecho de crédito denominado en moneda nacional o extranjera que se encuentre documentado en facturas, contrarrecibos, títulos de crédito, mensajes de datos o cualesquier otros documentos, que acrediten la existencia de dicho derecho de crédito. La ley no señala que dichos créditos sean o no vencidos ni que de forma necesaria provengan de la proveeduría de bienes o servicios, con lo cual amplía el objeto del factoraje que la doctrina y la práctica comparada restringen a créditos no vencidos derivados de la proveeduría de bienes, servicios o ambos; sin embargo, por la naturaleza del contrato, debe entenderse que se trata de créditos no vencidos, como se sugiere en el factoraje con recurso en el que la LGTOC implícitamente sí exige que se trate de créditos no vencidos, porque el factorado queda obligado de manera solidaria con el deudor a responder del pago puntual y oportuno de los derechos de crédito transmitidos al factorante.

Los créditos que pueden cederse al factor deben ser de plazo corto y en contra de otros empresarios; los créditos de plazo más largo son propios del factoraje internacional; sin embargo, es difícil que se admitan créditos con vencimiento superior a un año.

En el contrato de factoraje financiero debe incluirse la relación de los derechos de crédito que se transmiten, en la cual se deben consignar, por lo menos, los nombres, denominaciones o razones sociales del factorado y de los deudores, así

como los datos necesarios para identificar los documentos que amparen los derechos de crédito, sus correspondientes importes y sus fechas de vencimiento.

El factorante requiere que le sea ofrecida la cartera íntegra de créditos, aunque se reserva el derecho de rechazar aquellos sobre los cuales tiene motivos para dudar acerca de su recuperación; de la práctica y de la exigencia legal de analizar los créditos resulta que el factorante prefiere limitarse a cuidar todos o casi todos los créditos en las relaciones de un solo deudor, selecciona al máximo el riesgo que acepta correr, evidentemente no eligiendo al deudor del cual es posible el incumplimiento, sino al deudor que se manifiesta más sólido. En la fórmula tipo de factoraje, el factorante provee siempre la administración y la recuperación de los créditos, y en otros países por lo general financia por una cantidad superior al monto de los créditos cedidos.

Los créditos en libros también pueden ser objeto de factoraje, en cuyo caso deben observarse las siguientes reglas previstas para el descuento en los arts. 288 a 290 de la LGTOC, que son aplicables por analogía al factoraje, ya que en virtud de este el factorante asume la obligación de adquirir créditos y pagar por ellos un precio que siempre es a descuento, y salvo el último requisito consignado por la misma LGTOC, en tanto que es contrario a la naturaleza del factoraje: *a)* que los créditos sean exigibles a término o con previo aviso fijos; *b)* que el deudor haya manifestado por escrito su conformidad con la existencia del crédito; *c)* que el contrato se haga constar en póliza a la cual se adicionen las notas o relaciones que expresen los créditos transmitidos, con mención del nombre y domicilio de los deudores, del importe de los créditos, del tipo de interés pactado y de los términos y condiciones de pago; *d)* que el factorado entregue al factor letras giradas a la orden de este, a cargo de los deudores, en los términos convenidos para cada crédito; y *e)* que el factorante no quede obligado a la presentación de esas letras para su aceptación o pago, que solo podrá usar en caso de que el factorado lo faculte expresamente al efecto o no entregue al factor, a su vencimiento, el importe de los créditos respectivos.

Elementos personales

Los elementos del contrato de factoraje financiero, al igual que del factoraje comercial, son dos: el factorante y el factorado, y el contenido obligacional en ambos casos es similar, con la diferencia de que en el primer caso dicho

contenido y alcance se establecen en la ley, mientras que el del segundo deriva de su tipología social, de su práctica.

El factorante

Pueden actuar como factorantes las Sofom –sociedades anónimas cuyo objeto principal es o no, entre otros, realizar de manera principal factorajes financieros– y cualquier persona física o moral.

Obligaciones y derechos del factorante. Por el contrato de factoraje financiero, el factorante asume las obligaciones siguientes:

1. Adquirir los derechos de crédito. La adquisición de los derechos de crédito constituye la principal obligación de la empresa de factoraje, y el instrumento técnico utilizado en la práctica para formalizar la operación es la cesión de créditos. Una vez efectuada la adquisición, el factorante por lo general realiza estas operaciones:

- a) Una operación de gestión, por la cual el factorante administra los créditos que ha adquirido, en el sentido de que se preocupa por rescatarlos cuando sean vencidos y el deudor haya incumplido, ejercitando incluso acciones judiciales.
- b) Una operación de financiamiento, por cuanto que el factorante anticipa al factorado, en todo o en parte, el importe de los créditos adquiridos. En otros términos, los descuenta, por lo que en cierto sentido se puede decir que financia a los empresarios.
- c) Una operación similar al seguro, ya que el factorante adquiere en ocasiones créditos *pro solutos*, asumiendo con ello los riesgos de la insolvencia del deudor. Pueden darse dos hipótesis: i) si el factorante ha anticipado al factorado todo o parte del importe de los créditos, no exigirá la restitución de la suma anticipada, sino hasta el vencimiento del crédito cuando el deudor sea insolvente; en cambio, ii) si el factorante no anticipa nada, al vencimiento del crédito pagará al factorado dicho importe, independientemente de que el deudor pague o no el crédito. Es necesario destacar que el factorante tiene una amplia facultad discrecional para aceptar o no los créditos *pro solutos* o los *pro solvendo*, con recurso o sin él.

En el primer caso, ante el incumplimiento del deudor cedido, el factorante soporta la insolvencia de este. En el factoraje *pro solvendo* o con recurso, las consecuencias del incumplimiento del deudor recaen sobre el factorado.

2. Pagar al factorado el importe del precio pactado en el contrato, en los términos y las condiciones del mismo, precio que puede ser determinado o determinable.

3. Notificar a los deudores la transmisión de los derechos de crédito en favor del factorante. Dicha notificación es fundamental para que surta efectos contra el deudor, ya que mientras no se le notifique que la transmisión se hizo a favor del factorante, el deudor libera su obligación pagando al acreedor original o al último titular, notificación que puede hacerse a dicho deudor, a su representante legal o a sus dependientes o empleados, en estas formas:

a) Entrega del documento o documentos comprobatorios del derecho de crédito en que conste el sello o la leyenda relativa a la transmisión y acuse de recibo por el deudor mediante contraseña, contrarrecibo u otro signo inequívoco de recepción.

b) Comunicación por correo certificado con acuse de recibo, telegrama, télex o telefacsímil, contraseña o cualquier otro medio donde se obtenga evidencia de su recepción por parte del deudor. Aunque dicha notificación puede ser difícil de probar, sobre todo cuando quien firma de recibido no es el deudor cuya firma aparece en los documentos transmitidos, o respecto de la fiabilidad del télex o telefacsímil, en la tesis siguiente se admite el acuse de recibo como prueba de la notificación.

CONTRATO DE FACTORAJE, LA NOTIFICACIÓN AL DEUDOR NO DEBE CUMPLIR CON REQUISITOS O FORMALIDADES ESPECIALES. Del texto del artículo 48 de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito se colige, con claridad, que por regla general, la notificación al deudor es elemento constitutivo del título de crédito relativo y, por ende, que la demostración de aquélla, es necesaria para la integración del título de crédito apto para generar la procedencia de la vía mercantil ejecutiva. Empero, ello no implica en forma alguna que, para el solo efecto de la procedencia de la vía, la notificación de que se trata deba cumplir con requisitos o formalidades especiales, sino únicamente con los establecidos por la ley, los cuales se encuentran contemplados en el artículo 45-K del ordenamiento legal en consulta, que en lo conducente, dice: “La transmisión de los derechos de crédito deberá ser notificada al deudor por el factorante, en términos de las disposiciones fiscales,

a través de cualquiera de las formas siguientes: i. Entrega del documento o documentos comprobatorios del derecho de crédito en los que conste el sello o leyenda relativa a la transmisión y acuse de recibo por el deudor mediante contraseña, contra recibo o cualquier otro signo inequívoco de recepción; ii. Comunicación por correo certificado con acuse de recibo, telegrama, télex o tele facsímil, contraseñados o cualquier otro medio donde se tenga evidencia de su recepción por parte del deudor; y iii. Notificación realizada por fedatario público.” Precepto de cuya transcripción se desprende, en forma clara, que la notificación al deudor de la cesión relativa, puede hacerse por correo certificado con acuse de recibo. En consecuencia, si en un caso, tanto de la demanda inicial en el juicio de origen, como de los documentos exhibidos como fundatorios de la acción, se advierte que la empresa actora, exhibió el acuse de recibo del Servicio Postal Mexicano, de la comunicación enviada al suscriptor del pagaré materia del contrato de factoraje correspondiente; acuse de recibo al que corre agregada la carta enviada a este último por el subdirector regional de occidente de la empresa quejosa, mediante la cual comunicó al aludido deudor la celebración del propio contrato de factoraje, a través del cual “la factorado” cedió a la empresa de factoraje quejosa, los derechos de crédito derivados del pagaré relativo; es incuestionable que, la empresa de que se trata, probó haber efectuado al deudor la notificación prevista por la ley.²¹

- c) Notificación realizada por fedatario público. La LGTOC no especifica que dicha notificación deba hacerse ante corredor público o notario público, sino de manera general ante fedatario público. Por ello, el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Noveno Circuito, en la tesis siguiente, admite como válida la notificación hecha ante autoridad judicial o dos testigos, si bien se refiere a dicha notificación para que pueda considerarse título ejecutivo mercantil el contrato o documento en donde conste la transmisión de los derechos de crédito, sin necesidad de reconocimiento de firma ni de cualquier otro requisito:

TÍTULO EJECUTIVO MERCANTIL, NOTIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS O DOCUMENTOS EN QUE SE HAGAN CONSTAR LOS CRÉDITOS, ARRENDAMIENTOS FINANCIEROS O FACTORAJE FINANCIERO OTORGADOS POR LAS ORGANIZACIONES AUXILIARES DE CRÉDITO. Atento lo dispuesto por el artículo 48 de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, el contrato o documento en que se hagan constar los créditos, arrendamientos financieros o factoraje financiero, que otorguen las organizaciones auxiliares del crédito, así como los documentos que demuestren los derechos de crédito transmitidos a empresas de factoraje financiero, deben notificarse previa e individualmente al deudor, junto con la certificación del estado de cuenta verificado por el contador de la organización auxiliar del

crédito acreedora de que se trate, para que pueda considerarse título ejecutivo mercantil sin necesidad de reconocimiento de firma ni de cualquier otro requisito; de ahí que es legal la notificación realizada al deudor ante la presencia de dos testigos, por la vía judicial o bien por cualquier otro medio idóneo, para que de esa manera quede enterado plenamente de la obligación contraída.²²

d) Notificación por mensaje de datos. Por los medios establecidos conforme a lo dispuesto por los tratados o acuerdos internacionales suscritos por México respecto de notificaciones en el extranjero, sin perjuicio de poder hacerlo por los mismos medios previstos en los incisos anteriores. Las notificaciones deben hacerse en el domicilio del deudor pactado en el contrato, y entenderse con este o con su representante legal o cualquiera de sus dependientes o empleados. Toda notificación personal, realizada con quien deba entenderse, es legalmente válida aun cuando no se efectúe en el domicilio mencionado. En el caso de sociedades en liquidación, las notificaciones o diligencias podrán practicarse válidamente con cualquiera de los liquidadores que en su caso se hayan designado.

Dichas notificaciones se tienen por realizadas al expedir los deudores contraseña, sello o cualquier signo inequívoco de haberla recibido por alguno de los medios señalados, y surten sus efectos el día hábil siguiente a aquel en que fueron hechas; al practicarlas, deberá proporcionarse al interesado copia del acto que se notifique.

El pago que haga el deudor o su representante legal al factorante se tendrá por notificación y surtirá efectos desde la fecha en que se realice dicho pago.

Una vez notificada la transmisión de los derechos de crédito, los deudores quedan obligados a pagar los mismos al factorante, independientemente de que paguen al acreedor original. La notificación se tiene por realizada al expedir los deudores contraseña, sello o cualquier signo inequívoco de haberla recibido por alguno de los medios señalados en la ley, de donde resulta que para el caso de télex y telefacsímil no basta acreditar dicha notificación con la relación de faxes o télex enviados que arrojen los equipos del factor, sino que es necesario que provengan del mismo deudor.

4. Administrar y cobrar los derechos de crédito. El factorante ofrece al usuario una serie de servicios contables, administrativos y de recuperación de la cartera

de créditos, incluso mediante litigios; de ahí que el factoraje constituya una técnica financiera, administrativa y contable, pues como técnica financiera proporciona al factorado una fuente de financiamiento de corto plazo muy interesante, la cual puede incluso favorecerse con consultoría sobre estudio de crédito a factorados y protecciones a cuentas de difícil cobro. Como técnica contable, utiliza instrumentos y controles que permiten medir, en el caso, el activo circulante del factorado y conocer así la factibilidad de financiar el capital de trabajo de la misma; al mismo tiempo, ayuda al establecimiento de sistemas de control de efectivo, lo cual es benéfico para la planeación de los cobros a su vencimiento, e incluso propicia la elaboración de estudios de inversión de corto plazo, facilitando estadísticas de producción, ventas y compras. En cuanto técnica administrativa, el factorante puede supervisar procedimientos y sistemas del factorado, como ayuda para reestructurar la organización de la empresa que inicia tratos con el factor. Propicia el conocimiento de factorados ideales para el factorado a partir de información sobre crédito y otros elementos objetivos de conveniencia, con lo que minimiza los costos del factorado.

El factorante dispone, por lo general, de conocimientos de organización de cuyo costo se libera el factorado, así como del costo de promover acciones judiciales cuando el crédito no es cubierto; los servicios desarrollados por el factorante aseguran al factorado ahorro de costos y de trabajo. El factor, por otra parte, antes de obligarse a adquirir los créditos, debe valorar la “confiabilidad” de la operación, por lo que cuando se le ofrece una cartera de créditos, se reserva el derecho de seleccionar los créditos de los cuales proveerá la recuperación, excluyendo o aceptando en condiciones menos favorables aquellos que, a su consideración, parecen dudosos.

Corresponde al factorante la administración y cobranza de los créditos adquiridos; no obstante, puede optar por delegar dichas actividades a favor del factorado cuando este ha asumido la obligación solidaria del pago puntual y oportuno de los créditos (factoraje con recurso), en cuyo caso el contrato de prestación de servicios de administración y cobranza debe otorgarse ante fedatario público. Cuando la administración y cobranza de los derechos de crédito queden a favor de tercero, el factorante tendrá derecho a practicar visitas en los locales de los administradores para verificar la existencia y vigencia de los créditos, así como que los mismos se encuentran libres de limitaciones de dominio y gravámenes. El factorado que administre y cobre los derechos de crédito debe entregar al factorante el importe que reciba en virtud de la cobranza

dentro de un plazo que no podrá exceder de 10 días hábiles, contados a partir de aquel en que se efectúe dicha cobranza.

5. En el caso del factoraje sin recurso, el factorante se obliga a responder ante el factorado por los créditos no pagados. Desde luego que si el no pago del documento se debe a culpa, negligencia o responsabilidad del factorado, por ejemplo, porque el deudor no pague en virtud de que las mercancías no corresponden a lo pactado en el contrato, el factorante tendrá derecho a exigir o deducir el pago del factorado mismo, en cuyo caso podrá recuperar no solo la cantidad entregada al factorado, sino también la pena convencional o interés por el uso del dinero durante el tiempo que el factorado haya disfrutado del mismo y se haya convenido en el contrato.

6. En el supuesto de que solo ofrezca servicios administrativos y contables, las obligaciones serán precisamente las consignadas en el contrato.

A su vez, el factorante tiene los derechos siguientes:

- a) Recibir jurídica y realmente los documentos en los que constan los derechos de crédito adquiridos en virtud del factoraje financiero; dicha recepción implica tanto la entrega de los documentos respectivos como, en su caso, el endoso de los títulos de crédito.
- b) Exigir al factorado la suscripción y entrega de pagarés a favor del factorante, por el monto total de las obligaciones asumidas, documentos denominados *pagarés financieros* y que constituyen una garantía a favor del factorante por las cantidades que amparan las facturas, recibos, contrarrecibos, títulos de crédito y demás documentos en donde consten los créditos adquiridos.
- c) Derecho de exclusividad sobre los documentos por cobrar del factorado que resulten de sus operaciones durante la vigencia del contrato, cuando la misma se contiene en el contrato, por lo que el factorado no podrá descontarlos o darlos en otro contrato de factoraje a terceras personas, a menos que el factorante rechace su adquisición. El factorante puede reservarse la facultad de rechazar ciertos créditos; sin embargo, como afirman Ripert y Roblot,²³ para evitar las complicaciones de un sistema de aprobación caso por caso, el factorante hace conocer que está dispuesto a consentir un determinado monto de crédito y, dentro de este límite, no podrá

rechazar las facturas propuestas.

- d) Revisar en forma periódica la contabilidad del factorado, para evitar de ese modo acciones fraudulentas en su contra y, en su caso, para verificar la existencia de los créditos dados en administración y cobranza.
- e) El factorante tiene derecho de analizar los límites de financiamiento que pueda ofrecer a sus factorados para establecer una adecuada línea de financiamiento factorial, que por lo común tiene vigencia de un año con renovación automática.
- f) Tiene derecho a que el factorado le proporcione todas las facilidades necesarias para el cumplimiento del contrato.
- g) Delegar a terceros la administración y cobranza de los derechos de crédito provenientes de los contratos de factoraje financiero, en los términos y las condiciones previstos por las Reglas Básicas para la Operación de Empresas de Factoraje Financiero,²⁴ que prevén, entre otros, que el acto jurídico deba hacerse constar ante fedatario público. Dichas reglas establecen que los factorantes solo podrán delegar dicha administración y cobranza a los factorados de quienes adquieran los derechos de crédito, y en los que el propio factorado de la empresa de factoraje quede obligado solidariamente con el deudor a responder del pago puntual y oportuno de los propios derechos de crédito.
- h) Dar en prenda los derechos adquiridos, en cuyo caso el contrato debe constar por escrito, pudiendo quedar como depositario de los documentos el director general o gerente general de la empresa de factoraje.
- i) Descontar o negociar en cualquier forma los títulos de crédito o derechos de crédito objeto del contrato de factoraje financiero con las personas de quienes reciban financiamiento para su pago.
- j) Celebrar contratos de refactoraje financiero en los que transmita con responsabilidad, o sin ella, los derechos de crédito provenientes de los contratos de factoraje a otras empresas de factoraje financiero.
- k) Exigir al deudor el pago de los créditos cedidos. En caso de que el factorado haya asumido obligación solidaria del pago y no se haya obligado a administrar ni cobrar los créditos, el factorante tiene derecho de exigir a

ambos o a cualquiera de ellos el pago, así como a ejercitar las acciones correspondientes para obtener el mismo.²⁵

El factorado

Comerciante. El factoraje va dirigido a empresarios, por lo que el factorante acepta, por lo general, solo créditos sobre otros empresarios o de prestadores de servicios cuyos créditos se documenten en actos o documentos mercantiles; ello, aun cuando no conste en los contratos, constituye una convención difundida de manera uniforme. Es decir, el factoraje solo tiene como objeto créditos comerciales o profesionales, créditos entre comerciantes o profesionales, debido a que la capacidad económica de un empresario es más expeditamente aceptable que la de un particular, y el factorante tiene mayores posibilidades de investigar sobre los créditos seleccionados.

Además, en virtud de que el objeto del factoraje lo constituyen derechos de crédito derivados de operaciones de enajenación de bienes, prestación de servicios, o ambas, el factorado por lo general es un comerciante, quien hace del comercio su ocupación ordinaria. En efecto, por el factoraje el factorante asume la obligación de adquirir los derechos de crédito del factorado durante un plazo determinado o indefinido, lo que implica que durante ese plazo el factorado desempeña actos por los cuales tenga derecho a obtener dichos créditos, y como necesariamente deben ser derivados de la provisión de bienes o servicios, el factorado no es otro sino una persona que se dedica a vender bienes a plazos o a prestar servicios contra el pago de la contraprestación también a plazos. Sin embargo, no se debe descartar la remota posibilidad de que un prestador de servicios independiente o una sociedad civil obtuviera derechos de crédito derivados de la provisión de sus servicios y documentados en facturas u otros documentos, por lo que teóricamente pudiera estar en condiciones de ser factorado en un factoraje, aunque la verdad es que el factoraje va dirigido a comerciantes, sean personas que hacen del comercio su ocupación ordinaria o sociedades anónimas cuya actividad principal sea la prestación de servicios, y no a los sujetos de derecho civil.

Aunado a lo anterior, cuando el factor celebra el contrato, desea tener el derecho de optar por lo general por toda la cartera de créditos del factorado; su intervención presume que la operación sea cuantitativamente elevada, sea por el

número de créditos adquiridos o por el importe de lo recuperado, lo que no es solo un problema de conveniencia económica, sino también de fraccionamiento del riesgo.

En la actualidad, el factorante representa una importante fuente de financiamiento, pues participa en el mercado de dinero ya sea directamente, en el caso de las instituciones de crédito, o indirectamente, en el de los factorantes, que obtienen recursos del sistema financiero para pagar los créditos. Las funciones complementarias y las necesidades del factorante lo han convertido en un analista e investigador de créditos comerciales, en un cobrador bien organizado y efectivo y en un excelente mercader del papel comercial.

Su responsabilidad es la de un profesional que ofrece consultorías y lleva a la práctica estrategias administrativas, contables, fiscales, financieras y de mercado; los empresarios idóneos para este contrato son aquellos que ofrecen productos no perecederos, en forma periódica, normalmente de corto plazo y con cartera diversificada, por lo que los factorados idóneos para el factorante son: *a)* empresarios dedicados a la actividad detallista; *b)* aquellos que ofrecen sus bienes o servicios mediante pago diferido, a plazo; *c)* los que no tienen a su favor un seguro de crédito por ellos otorgado y para aquellos que por la incertidumbre en la recuperación de sus créditos obtienen seguros, por la lejanía de la plaza del comprador, sobre todo en las exportaciones, donde la inseguridad es más aguda debido a la falta de controles legales, ausencia de convenios comerciales o pocas posibilidades de arbitraje comercial; *d)* los empresarios y comerciantes que venden a crédito, a plazos cortos (hasta seis meses); *e)* los que no dependen de factorados únicos; *f)* empresarios medianos y grandes; y *g)* los empresarios que cuentan con cartera multitudinaria y aquellos que además de utilizar el servicio de distribuidores foráneos y metropolitanos pueden utilizar con mayor éxito los servicios del factor.

La mecánica de la operación es la siguiente:

1. El empresario prospecto presenta la solicitud de línea al factor, acompañada de la información legal y financiera, para su evaluación.
2. El factorante procede a la revisión inicial al factorado, con el propósito de determinar la rotación real de la cartera por adquirir y algunos aspectos contables, de acuerdo con la información financiera presentada. El factoraje determina los niveles de la cartera, atendiendo a la solvencia,

liquidez y conveniencia que puedan ofrecer, así como la línea de crédito por cada factorado y los plazos más adecuados para el financiamiento, y coordina en esa forma las necesidades de liquidez propias del factorado.

3. Una vez autorizada la línea de crédito, se formaliza la operación mediante la firma del contrato normativo y un pagaré financiero.
4. Para llevar a cabo las transmisiones de los créditos, se proporciona previamente la información necesaria de cada uno de los deudores y un plazo de cobro individual. Asimismo, se determinan las condiciones en que operarán con cada uno.
5. Se elabora un contrato de cesión de créditos relacionado con el número de factura o documentos que se ceden, el nombre del deudor, el plazo probable de cobro y el importe neto por cobrar.
6. Por lo general, el contrato se ratifica ante corredor público, quien notifica al factorado la cesión para que este surta sus efectos, es decir, para que se entere y proceda a pagar en forma directa al factor. Una vez verificado el contrato de cesión con la documentación anexa, se abona el anticipo correspondiente a la cuenta del factorado. Los honorarios por los servicios de custodia, administración y cobranza se cobran por anticipado.
7. Todos los pagos colaterales y recibidos para su cobro son custodiados y administrados hasta su fecha de vencimiento, en que se presentan para su cobro a los deudores. Si tales documentos no son liquidados el día del cobro, se podrán hacer presentaciones posteriores hasta que sean pagados, siempre con reportes al factorado.
8. Los intereses generalmente se calculan sobre saldos insolutos y se facturan los días últimos de cada mes, dando un plazo de cinco días para su pago.
9. El factorante puede ceder los derechos objeto del contrato de factoraje.

Obligaciones y derechos del factorado. Entre estos se consignan los siguientes:

1. Transmitir los derechos de crédito objeto del contrato, en los términos y las condiciones pactados. La transmisión de esos derechos comprende la de todos los derechos accesorios a ellos, salvo pacto en contrario, y surte efectos frente a terceros, desde la fecha en que haya sido notificada al

deudor, sin necesidad de que se inscriba en registro alguno u otorgue ante fedatario público. Así, y en concordancia con la ley, se presenta la tesis siguiente:

CONTRATO DE FACTORAJE, POR REGLA GENERAL NO REQUIERE DE RATIFICACIÓN ANTE FEDATARIO PÚBLICO. El contrato de factoraje, por regla general, no requiere para su eficacia o validez, de su ratificación ante fedatario público, según se colige con claridad de la lectura íntegra del capítulo III *bis*, del título segundo, de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, que trata “De los factorantes”; dado que, en ninguna de las disposiciones que lo integran –artículos del 45-A al 45-T de la ley en comento– se establece dicho requisito. No es óbice para arribar a la conclusión anterior, que en el apartado 3, de la decimotercera de las “Reglas Básicas para la Operación de Empresas de Factoraje Financiero”, publicadas en el Diario Oficial de la Federación del dieciséis de enero de mil novecientos noventa y uno, se establezca la obligación de documentar ante fedatario público, los contratos regulados en dicho precepto; pues no debe perderse de vista que, la regla aludida, se refiere concretamente a la hipótesis en la cual, las empresas de factoraje deleguen a terceros la administración y cobranza de los derechos de crédito provenientes de los contratos de factoraje financiero que tengan celebrados; único caso en el que, por disposición expresa de la regla en cuestión, el contrato o “relación jurídica” de los factorantes, con las personas que realicen la administración y cobranza relativas, debe documentarse ante fedatario público.²⁶

2. Garantizar al factor la existencia y legitimidad de los derechos de crédito al momento de la celebración del contrato. Esta obligación implica que el factorado responderá de la inexistencia del crédito o de la falta de legitimación con la que los hubiere transmitido, pero no responde de la solvencia del deudor.
3. Responder del detrimento en el valor de los derechos de crédito, salvo factoraje sin recurso, cuando dicho detrimento sea consecuencia del acto jurídico que les dio origen; esto es, si por culpa, negligencia o incumplimiento del factorado en la provisión de bienes o servicios con el tercero obligado al pago del crédito, el importe de este disminuye o queda sin efectos. Cuando el factorado es un vendedor de bienes cuya entrega no es conforme al contrato, si el comprador que ha documentado el pago del precio en una factura a plazo diferido exige la rescisión del contrato o la acción *cuanti minoris* y, como consecuencia, devuelve los bienes que le fueron entregados, el factorado responde frente al factor por la disminución

del valor y los bienes devueltos deben ser entregados al factorado, salvo pacto en contrario.

4. En su caso, asumir obligación solidaria con el deudor por el pago de los derechos de crédito transmitidos, cuando en el contrato así se haya pactado, en cuyo caso también podrá suscribir pagarés a la orden del factorante por el importe de las obligaciones asumidas, haciendo constar en dichos títulos de crédito su procedencia de manera que queden suficientemente identificados (pagarés financieros), sin que la suscripción y entrega de dichos pagarés constituyan el pago o dación en pago de las obligaciones correspondientes.
5. Otras obligaciones comunes del factorado son informar al factor de cada noticia útil respecto de los factorados, tener al corriente al factor de los actos y tratos entre el factorado y terceros, y transferir al factor los documentos comprobatorios del crédito, facturas, etcétera.
6. Pagar la comisión o comisiones por la celebración y ejecución del contrato,²⁷ que por lo general son una comisión por apertura y aceptación u otra comisión por volumen de créditos cedidos o servicios adicionales prestados, y que se fijan en consideración al volumen de créditos, el movimiento de la cartera, riesgos de insolvencia, plazo de vencimiento de los créditos; descuentos por pronto pago concedidos a los deudores; domicilio de los deudores; penas convencionales para el caso de que los deudores no cumplan con sus obligaciones de pago, etcétera.

A su vez, el factorado tiene derecho a que el factorante le pague el precio pactado por la transmisión de sus créditos y le proporcione los servicios de administración y cobranza de los créditos en los términos señalados.

Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica del contrato ha sido muy discutida en la doctrina, que lo ha considerado ya un contrato de cesión de créditos, descuento,²⁸ apertura de crédito, anticipo y algunos más como un contrato mixto o autónomo.²⁹

Cesión de créditos

En el factoraje mexicano, en un momento determinante aparece la cesión de créditos para satisfacer plenamente la formalización de la transmisión de los créditos al factor; con dicha cesión se perfecciona el efecto traslativo de la titularidad de los créditos, ya sea cuando tales créditos son cedidos al factor *pro soluto* o cuando lo son *pro solvendo* (con recurso) y con independencia del anticipo o no del monto de los créditos que el factorado cede al factor; las consiguientes aplicaciones de las normas relativas a la validez, eficacia y oponibilidad a los terceros de la cesión misma, y el hecho de que las partes estén de acuerdo en que el ámbito de la actividad del factorante pueda hacerse mediante un contrato de factoraje, podrían justificar que la causa del mismo fuera una cesión de créditos.

Sin embargo, no se puede desconocer que por el factoraje el factorado asume diversas obligaciones que no corresponden al cedente y que incluso no siempre se notifica al deudor la transmisión del crédito al factor (cuando es el mismo factorado quien tiene a su cargo la administración y cobranza de los créditos).

Como ya se señaló, según Ripert y Roblot, cada operación de factoraje implica una transferencia del crédito al factor; sin embargo, dicha transferencia en su consideración se efectúa mediante la subrogación convencional y no mediante la cesión, y se verifica cuando el factorado remite al factor sus créditos acompañados de las facturas y demás documentos justificativos, así como la solicitud de pago junto con un recibo subrogativo.³⁰

Un elemento natural del factoraje es sin duda la cesión de créditos, porque únicamente mediante esta figura las partes realizan la enajenación de los créditos. El problema por analizar, en consecuencia, es si la cesión tiene como función instrumental el factoraje o si, en cambio, no es exacto este contenido; en otras palabras, si concretándose el factoraje en una cesión de créditos, dicho contrato no pueda tener su propia autonomía; o bien que se trata de un negocio jurídico autónomo que se sirve del procedimiento de la transmisión de créditos para realizar las intenciones de las partes.

La consideración de que el factoraje sea identificado como cesión de créditos *pro soluto* es incorrecta, porque la causa del negocio de factoraje no es la enajenación o cesión de la titularidad de los créditos, sino que para el factorado

es la obtención por anticipado del monto de los créditos y la prestación de servicios anexos, y para el factorante el beneficio que obtiene por correr el riesgo de la insolvencia del deudor o proporcionar servicios al factorado. En nada influye que en esta hipótesis el negocio traslativo de la cesión pueda configurarse como negocio indirecto, en cuanto utilizado no para la realización del propósito de la enajenación de los créditos, sino para un fin diverso. Es decir, la cesión ciertamente es el instrumento mediante el cual el factoraje realiza su finalidad diversa, cuyo contenido es más amplio que el de la cesión; esta es solo una de las variadas obligaciones que el factorado asume con el factor, pero no es la única, por lo que tampoco se puede aludir al fenómeno de la vinculación de contratos, unidos por un mismo nexo económico, porque el factoraje es un contrato único, si bien con prestaciones típicas de contratos típicos, una de ellas la cesión de créditos.

Descuento

El descuento es un contrato con prestaciones recíprocas por virtud del cual una de las partes (descontador) se obliga frente a la otra (descontatario) a pagarle el importe de un crédito pecuniario que esta alega contra tercero, antes de que ese crédito haya vencido, a cambio de la cesión (*pro solvendo*) de dicho crédito, con lo que la liberación del descontatario, por parte del descontador, queda subordinada al “buen fin” del crédito cedido.³¹ El factoraje guarda bastante similitud con el descuento de títulos, ya que este, a decir de Broseta, es un contrato por medio del cual el descontador, previa deducción del interés, anticipa al factorado el importe de un crédito no vencido contra tercero, mediante la cesión del crédito mismo.³² La diferencia entre ambos estriba en que el objeto del factoraje pueden ser otros documentos y no solo títulos de crédito; el factorante no tiene que ser necesariamente un banco, y existe siempre la posibilidad de que el factorante asuma el riesgo del no pago de tales documentos, mientras que en el descuento el objeto son títulos de crédito que tengan una causa mercantil y la institución de crédito realiza la operación “salvo buen cobro”, es decir, no corre el riesgo del no pago.

También el factoraje presenta notables afinidades con el descuento en libros, sobre todo porque el factorante paga, en el momento de la adquisición, el importe de los créditos menos un porcentaje; sin embargo, el factorante se obliga

con el factorado a otra serie de prestaciones: administrativas, contables y de cobranza que pugnan con la naturaleza del descuento. Además, tanto el descuento de títulos como el descuento en libros requieren la existencia de títulos de crédito, mientras que los créditos objeto del factoraje pueden estar documentados en cualquier otro documento. Asimismo, el factorante no es mandatario del factorado, como ocurre en el descuento en libros, ni se exige el consentimiento o la conformidad del deudor cedido para la existencia y efectos del contrato.

Seguro de crédito

Considerando que la función del contrato de factoraje sea aquella de asegurarse contra el riesgo de insolvencia del deudor cedido, la causa del negocio sería la transmisión del riesgo de insolvencia del factorado al factor y, por tanto, el contrato sería en realidad un contrato de seguro, y la función crediticia resultaría meramente eventual, ya que el factorado puede o no utilizarla. Existe indudablemente cierta afinidad entre las ventajas que el factorado obtiene del factoraje cuando se hace este sin recurso, *pro soluto* y los beneficios obtenidos mediante un contrato de seguro de créditos; sin embargo, ello se debe al amplio campo de las finalidades, que pueden ser similares aun cuando los instrumentos jurídicos sean distintos (por ejemplo, en la transmisión de un título de crédito mediante endoso en propiedad para que el endosatario obtenga a favor del endosante el pago del documento). No obstante, el factoraje puede ser con recurso, es decir, que el factorante no asuma el riesgo de la insolvencia o no pago del deudor, de ahí que no se pueda identificar con el contrato del seguro.

Por otra parte, en el seguro la aseguradora se obliga a pagar una suma de dinero al asegurado mediante una prima al verificarse la eventualidad prevista en el contrato (art. 1º, LSCS), a la vez que el factorante se obliga a pagar por anticipado todo o parte del crédito cedido, con independencia de que el deudor pague o no dicho contrato.

Anticipo bancario

Este anticipo es considerado una operación compleja, resultante de la combinación de una operación de crédito, mutuo o apertura de crédito, y de un

negocio de garantía, vinculado por una relación más que de accesoriedad, de proporcionalidad constante entre el monto máximo de la suma financiada y el valor de las mercancías y de los títulos dados en prenda. Incluso, algunos autores definen al anticipo como un mutuo con garantía prendaria de título,³³ mientras que para Messineo es una subespecie de apertura de crédito caracterizada por el hecho de que la misma va necesariamente acompañada de una garantía real (dinero, mercancías, títulos u otros documentos) proporcionada por el anticipado al anticipante, mientras que la apertura de crédito puede ser simple o con garantía.³⁴ En el factoraje falta el mecanismo técnico característico del anticipo, constituido por la proporcionalidad entre la operación de crédito y las garantías; además, en el factoraje el factorado no tiene la posibilidad automática de reducir a cada momento el anticipo, limitándose a la disponibilidad de los créditos enajenados. Dichos créditos quedan a la exclusiva disponibilidad del factor, quien tiene la posibilidad automática de aumentar el volumen de los créditos por adquirir, con el fin de una cobertura suplementaria.

Operación de crédito

Para algunos autores, el factoraje constituye una operación crediticia, si se toma en cuenta el interés del factorado en obtener el pago seguro de los créditos, relevando la presencia del fin económico sobre los efectos traslativos de la cesión y considerando que la realidad de fondo del factoraje es obtener la circulación de los créditos del factorado, de manera que constituiría una operación crediticia cuya función sería el financiamiento de la empresa, financiamiento que consistiría en el pago anticipado que el factorante haría al factorado contra la cesión de los créditos. Sin embargo, el factoraje aparece como un contrato de cambio de créditos contra el precio, sobre todo en el caso en que el factorado no responde del pago de dichos créditos. De lo anterior debe distinguirse el factoraje no solo de la cesión de créditos, en cuanto que dicha cesión sería el título del factoraje que tendría causa en el primero, sino también de los contratos de crédito, sobre todo cuando se trata de factoraje sin recurso, en el cual el factorante no financia ni otorga crédito alguno y en el que el factorado no se obliga a restituir suma alguna, lo que sí ocurre en las aperturas de crédito y en todas las operaciones de crédito.³⁵

El factoraje es una operación auxiliar o complementaria del crédito³⁶ cuando

quien la celebra es una Sofom, porque en tales hipótesis se trata de intermediarios en los mercados financieros para captar recursos y colocarlos al público mediante la adquisición de derechos de crédito y, por tanto, se trata de una actividad complementaria del crédito, de una “actividad parabancaria”³⁷ a la de intermediación financiera, ya que el factorante debe obtener préstamos y créditos de instituciones de crédito, de seguros y de fianzas del país o de entidades financieras del exterior, destinados a la realización de las operaciones autorizadas por la ley para adquirir los créditos de sus factorados.

El factoraje financiero es un contrato no bancario (aunque lo pueden celebrar los bancos) que coadyuva al desarrollo de la actividad crediticia y que constituye una operación de financiamiento³⁸ similar a las operaciones de crédito, ya que una persona concede por anticipado a otra la propiedad de una suma de dinero proveniente del financiamiento del sistema financiero, a cambio de que le transmita los derechos de crédito no vencidos ni exigibles; pero en ocasiones aparece como una financiación sin crédito, cuando se trata de factoraje sin recurso.³⁹

El factoraje como financiamiento es más accesible que los créditos bancarios o extrabancarios, ya que estos exigen diversos requisitos de garantías y formalidades que retrasan su pronta obtención. Ofrece la posibilidad de un financiamiento continuo y revolviente, pues después de los análisis de las proyecciones de venta y de la calidad de la cartera de créditos del factorado, el factorante puede financiar con cierta seguridad a este, entregándole los fondos suficientes para que el capital de trabajo fortalecido impulse el negocio. Asimismo, el factorado se beneficia con sus propios recursos, se financia con su propia cartera y ahorra por el no pago de diversos conceptos como sueldos o papelería, y los utiliza para el control, seguimiento y cobro a sus deudores.

Confirming o “factoraje al revés”

Contrato por el cual una parte asume la obligación de prestar servicios a otra parte (por lo general, un distribuidor o comercializador), relativos a la gestión y administración de los pagos que esta última ha de hacer a sus proveedores; se trata de un nuevo medio de pago que permite conceder varios servicios al deudor y ser un medio de financiación y garantía para el acreedor. El *confirming* es para

algunos un “factoraje al revés” por el hecho de que, en lugar de adquirir créditos derivados de la proveeduría de bienes y servicios, se pagan por tercero los créditos derivados de tales proveedurías, y puede presentarse como: *a)* un mero servicio de pago de facturas a proveedores, previa provisión de fondos del factorado; *b)* una financiación por parte de la entidad crediticia de estos importes, ya sea mediante préstamo o apertura de crédito o un contrato de gestión de pago; y *c)* como un medio por el cual el factorado anticipe el importe de los pagos, con lo que se coloca como acreedor del banco, como titular de un depósito bancario y con la correspondiente retribución.

Estos servicios son ofrecidos por la compañía a un usuario, quien los pueda utilizar como medio de pago y cancelación de las deudas contraídas con sus proveedores. La entidad financiera se constituye así en gestora de los pagos que su factorado le ordena realizar para liquidar sus compras, en uso del correspondiente contrato. En cumplimiento de esa orden, y al vencimiento de la operación, la entidad financiera libra un cheque o transferencia por cuenta del factorado, que anuncia previamente y remite a su destinatario, cancelando así la deuda existente.

El *confirming* es un medio de pago que garantiza al acreedor la percepción de su crédito en el plazo o fecha acordados y por la compañía de *confirming*. En función de los servicios que esta última entidad se comprometa a prestar al factorado deudor, el *confirming* puede ser: *a)* simple, en el que la entidad simplemente gestiona los pagos del deudor, fungiendo como intermediaria; *b)* de inversión, en el que el factorado deudor anticipa a la entidad de *confirming* el pago de las facturas, que posteriormente esta ha de abonar a los proveedores, y el factorado se deduce de la cantidad que ha de pagar el descuento financiero correspondiente a dicha entidad; y *c)* de financiación, en el que el factorado deudor retrasa el pago de las facturas hasta una fecha posterior a la de su vencimiento, con lo que la entidad de *confirming* le concede una financiación por la que le cobra, además de la comisión pactada, los intereses correspondientes, al tiempo que media entre la fecha del vencimiento y la del pago efectivo.

Características del contrato de factoraje

El de factoraje es un contrato autónomo, normativo, mixto, consensual, de

cambio, sinalagmático, obligatorio (no real), de duración y oneroso. Constituye un negocio jurídico vinculante cuyo objeto es la obligación asumida por el factorado, un empresario, de ofrecer y transmitir a otro empresario (el factor), a cambio de un precio, la totalidad o parcialidad de los créditos a plazo derivados de las ventas de bienes o suministros de servicios, relativos a las actividades de toda la empresa o de un ramo de la misma. Dicho de otro modo, es un contrato mediante el cual el factorado se obliga a ceder sus créditos al factor, conforme a los términos y condiciones pactados y las relaciones derivadas entre las partes y el deudor del crédito cedido. Se trata de un negocio jurídico autónomo, con características peculiares que lo diferencian de los demás negocios, aun cuando contiene prestaciones típicas de otros contratos típicos legal o socialmente, como la cesión de créditos, el descuento y el anticipo.

Clasificación del factoraje

1. Por la persona del factor.

El factoraje puede ser factoraje comercial, puro o simple, y factoraje financiero.

- a) *Factoraje comercial* es aquel en el cual es factor cualquier persona que adquiere de otra derechos de crédito derivados de la proveeduría de bienes o servicios, a cambio de un precio pagado con sus propios recursos.
- b) *Factoraje financiero* es aquel en el cual es factor cualquier persona que adquiere de otra derechos de crédito derivados de la proveeduría de bienes o servicios, a cambio de un precio pagado con recursos propios provenientes de financiamientos obtenidos del sistema financiero o del público en general. A su vez, el factoraje puede ser en moneda nacional o extranjera, de acuerdo con la que el factorante utilice para desarrollar sus actividades.

2. Por la responsabilidad del factorado.

En atención a la responsabilidad que el factorado asume por los créditos transmitidos, el factoraje puede ser con recurso o sin recurso.

- a) *Factoraje con recurso*. Contrato de factoraje por el cual el factorado asume el riesgo del impago de los créditos cedidos al factor; esto es, el factorado se constituye en obligado solidario con el deudor frente al factor para

responder por el pago puntual y oportuno de los derechos de crédito transmitidos al factor y, como consecuencia, debe pagar los mismos en caso de que no lo haga el deudor o de que sea requerido directamente por el factorante.

b) *Factoraje sin recurso.* Por medio de este contrato el factorante cubre el riesgo de los créditos cedidos y no cubiertos por el deudor, sin responsabilidad solidaria del pago por el factorado. El plazo de pago al factorado y de asunción del riesgo pueden ser:

- *Con pago al vencimiento.* En esta variedad el factorante asume el riesgo íntegro de incobrabilidad del crédito, pero el plazo de la cuenta por cobrar se hace a un término previamente acordado, que por lo general es el mismo que el factorante y el factorado asignaron de manera conjunta al deudor. En otras palabras, el pago se efectúa independientemente de si se hace o no el pago de la cuenta por cobrar.
- *Con pago anticipado.* Esta modalidad implica para el factorante la obligación de anticipar una parte del crédito cedido y liquidar la diferencia en la fecha de vencimiento de la cuenta por cobrar, independientemente de que haya o no sido pagada. No obstante, el factorante inicia la operación como si se tratara de factoraje con recurso, y asume el riesgo impagado conforme conoce al factorado.

A su vez, dicho factoraje puede ser factoraje de proveedores, por el cual el factorante asume la obligación de adquirir de los proveedores de las grandes cadenas comerciales principalmente los títulos de créditos que estas emiten; el factorante los adquiere sin recurso y paga de forma anticipada el importe total de los documentos menos un diferencial por la adquisición.

- *Por el ámbito territorial del factoraje.* El factoraje puede ser nacional o internacional; por el primero el factorante adquiere créditos para ser pagados en México, mientras que en el segundo los créditos deben ser pagados en el extranjero (en la práctica puede ser denominado *factoraje a la exportación o a la importación*). La mecánica y la función de estas operaciones son similares a las que se hacen en el interior; sin embargo, revisten cierta complejidad. En el factoraje para venta en México

intervienen: a) el factor; b) el factorado, y c) el deudor, adquirente de los bienes importados a cuyo origen corresponden las cuentas por cobrar y de otro factor. El factorante en México solicita a su factorado una lista de compradores extranjeros, el monto de los créditos y las condiciones de pago; con estos elementos, aun antes de la firma del contrato, él consulta la relación con el factorante importador, asociado en esas operaciones con el factorante mexicano. Como resultado de la consulta con el factorante importador se establecen las condiciones del contrato en función de la seriedad del comprador importador, con lo que el exportador mexicano tiene una ventaja adicional al contar con conocimientos más precisos acerca de su factorado. Las operaciones en firme son sometidas a la consideración del factorante en México, quien, en caso de aprobar los créditos, informa al exportador, para que este, a su vez, informe al importador y se haga saber la obligación de pago al factor importador.

Autoevaluación

1. ¿Qué es el factoraje?
2. ¿Qué diferencia existe entre factoraje y factoraje financiero?
3. ¿Quiénes pueden adquirir créditos mediante factoraje financiero?
4. ¿En qué consiste el factoraje sin recurso?
5. ¿Cuáles son las obligaciones del factor?
6. ¿Cuáles son los créditos que pueden ser objeto de factoraje?
7. ¿Qué diferencias existen entre factoraje y mutuo con garantía?
8. ¿Por qué se califica al factoraje financiero como *operación de financiamiento*?
9. ¿Cuál es la diferencia entre el factoraje y el descuento?

10. Explique si puede considerarse que el factorante adquiere los créditos por subrogación.

- 1 Véase Mario Bauche Garciadiego, *Operaciones bancarias: activas, pasivas y complementarias*, 2a. ed., Porrúa, México, 1974, pp. 272 y siguientes.
- 2 Aprobada en la Conferencia Internacional de Naciones Unidas el 28 de mayo de 1988, en Ottawa, Canadá.
- 3 El factor, conforme al art. 309 de nuestro CCo, es la persona que tiene la dirección de alguna empresa o establecimiento comercial, o está autorizada para contratar respecto de todos los negocios concernientes a dicho establecimiento o empresa, por cuenta y en nombre de los propietarios de los mismos.
- 4 Cfr. Fernando Alejandro Vázquez Pando, “Factoraje”, *Diccionario jurídico mexicano*, t. II, 2a. ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM-Porrúa, México, 1987.
- 5 Según cita en Jacob Leonis, “El contrato de factoring”, *Comparative Juridical Review*, 1976, vol. XIII, p. 148; William H. Hillyer así lo considera en su obra *Key to Business Cash: Origin of “Factoring” Traced Back to Ancient Babylon*, s/d.
- 6 Chilperic Edwards, *The Hammurabi Code and the Sinaitic legislation*, 3a. ed., Watts & Co., Londres, 1921, p. 22.
- 7 Ernesto Eduardo Martorell, *Tratado de los contratos de empresa*, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 448.
- 8 *Ibidem*, pp. 448 y 449.
- 9 Reformas publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* del 3 de enero de 1990.
- 10 Manuel Broseta Pont, *Manual de derecho mercantil*, Tecnos, Madrid, 1974, p. 444.
- 11 Georges Ripert y R. Roblot, *Traité de droit commercial*, 16a. ed., t. 2, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 2000, p. 421.
- 12 Fernando Vázquez Pando, *op. cit.*, p. 1403.
- 13 E. Martorell, *op. cit.*, p. 462.
- 14 U. Carnevali, “Struttura e natura giuridica del contratto di factoring”, en *Factoring per le piccole e medie imprese (a cura di B. Cassandro)*, s/d, Milán, 1982, p. 108.
- 15 Para G. Ripert y R. Roblot (*op. cit.*, p. 422), el factoraje implica una subrogación y no una cesión de créditos, e incluso mencionan que algunas sociedades de factoraje utilizan el mecanismo de las cesiones de crédito profesionales, pero que sus inconvenientes han sido revelados por la jurisprudencia.

- 16 Las sociedades financieras de objeto múltiple no reguladas inicialmente no estaban sujetas a la supervisión de la CNBV. El art. 64 de la LGOAAC solo permitía a personas distintas de los factorantes celebrar de manera esporádica contratos de factoraje financiero en forma accidental, al señalar: “Cuando la Comisión Nacional Bancaria y de Valores presume que una persona física o moral está realizando operaciones de las reservadas a las organizaciones auxiliares del crédito o casas de cambio sin contar con la autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, podrá nombrar a un inspector y los auxiliares necesarios para que revisen la contabilidad y demás documentación de la negociación... a fin de verificar si efectivamente está celebrando las operaciones mencionadas...”
- 17 Como sí ocurría, por ejemplo, en la ahora abrogada *Ley Federal de Instituciones de Fianzas*, que en su art. 3º categórica y expresamente señalaba: “Se prohíbe a toda persona física o moral distinta a las instituciones de fianzas, autorizadas en los términos de esta Ley, otorgar habitualmente fianzas a título oneroso”, precepto que, sin embargo, permite otorgarlas de manera accidental.
- 18 Precepto que no permite otorgar seguros ni siquiera de manera accidental.
- 19 Conforme al art. 45-A derogado de la LGOAAC, las sociedades que disfrutaban de autorización para operar como empresas de factoraje financiero solo podrán realizar las operaciones siguientes: a) celebrar contratos de factoraje financiero, entendiéndose como tal, para efectos de esta ley, aquella actividad en la que mediante contrato que celebre el factorante con sus factorados, personas morales o físicas que realicen actividades empresariales, la primera adquiera de los segundos derechos de crédito relacionados con la proveeduría de bienes, de servicios o de ambos, con recursos provenientes de las operaciones pasivas a que se refiere este artículo; y b) obtener préstamos y créditos de instituciones de crédito, de seguros y de fianzas del país o de entidades financieras del exterior, destinados a la realización de las operaciones autorizadas en este capítulo o para cubrir necesidades de liquidez relacionadas con su objeto social.
- 20 Cfr. Novena Época, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo: VIII, Septiembre de 1998, Tesis: III.2o.C.14 C. Página: 1166. Amparo directo 680/98, 12 de junio de 1998.
- 21 Cfr. Novena Época, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo: VIII, julio de 1998, Tesis: III.2o.C.9 C, Página: 349. Amparo directo 252/98, 5 de junio de 1998. Véase: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo V, abril de 1997, Tesis XIX.2o.23 C, Página 294, de rubro: “TÍTULO EJECUTIVO MERCANTIL, NOTIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS O DOCUMENTOS EN QUE SE HAGAN CONSTAR LOS CRÉDITOS, ARRENDAMIENTOS FINANCIEROS O FACTORAJE FINANCIERO OTORGADOS POR LAS ORGANIZACIONES AUXILIARES DEL CRÉDITO.”
- 22 Cfr. Novena Época, Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Noveno Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo: V, abril de 1997, Tesis: XIX.2o.23 C, Página 294. Amparo directo 59/96, 19 de noviembre de 1996.
- 23 G. Ripert y R. Roblot, *op. cit.*, p. 422.
- 24 Publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* del 16 de enero de 1991.
- 25 Tómense en cuenta las tesis siguientes: “FACTORAJE FINANCIERO. PAGARÉS RELACIONADOS CON CONTRATO DE. POR SÍ SOLOS, SON INEFICACES PARA FUNDAR LA ACCIÓN

EJECUTIVA MERCANTIL. La Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito en su artículo 45-G prevé la suscripción de pagarés como garantía colateral del negocio financiero que les da origen, los cuales difieren de los pagarés ordinarios y se encuentran vinculados indisolublemente al negocio causal, sin que ello implique la derogación del principio general contenido en el numeral 167 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, ya que el título no deja de tener la incorporación del crédito, ni su literalidad, y sólo se encuentra relacionado con el negocio causal, de tal forma que una acción cuyo objetivo sea obtener el pago del adeudo, sólo puede instaurarse con la aportación conjunta del contrato, el certificado del contador de la institución y los pagarés, pues éstos únicamente constituyen como se dijo, una garantía colateral del crédito plasmado en el contrato principal que les dio origen, y siendo similar el referido artículo 45-G de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito al 325 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que regula, entre otros, los contratos de crédito refaccionario, las consideraciones vertidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en las tesis publicadas en el volumen 59 del Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Cuarta Parte, páginas 27 y 47, bajo los rubros: ‘CRÉDITO REFACCIONARIO. LA LEGITIMACIÓN EN CAUSA SE FUNDA EN EL CONTRATO PRINCIPAL Y NO EN LOS PAGARÉS DERIVADOS O RELACIONADOS CON EL CONTRATO DE APERTURA DE’ y ‘CRÉDITO REFACCIONARIO, PAGARÉS DERIVADOS O RELACIONADOS CON EL CONTRATO DE APERTURA DE’, en relación con el dispositivo citado en último término, deben aplicarse también en relación con el contrato de factoraje financiero, al que alude el primero de los mencionados preceptos, por lo que es dable concluir que el título ejecutivo lo constituye tanto el contrato de factoraje financiero, como el certificado del contador de la institución y, en su caso, los pagarés que se hubiesen suscrito, pero de ninguna manera estos últimos pueden, por sí solos, fundar la acción ejecutiva mercantil.” Novena Época, Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo: III, marzo de 1996, Tesis: I.5o.C.38 C, Página 939. Amparo directo 345/96, 22 de febrero de 1996. “FACTORAJE FINANCIERO, CONTRATO DE. SI NO CONTIENE LA RELACIÓN DE LOS DERECHOS DE CRÉDITO QUE SE TRANSMITEN, JUNTO CON EL ESTADO DE CUENTA CERTIFICADO, NO PUEDEN CONSTITUIR TÍTULO EJECUTIVO... En ese sentido, de conformidad con lo establecido por la regla décima tercera, inciso 2, de las Reglas Básicas para la Operación de Empresas de Factoraje Financiero, expedidas por el secretario de Hacienda y Crédito Público, y publicadas en el Diario Oficial de la Federación de dieciséis de enero de mil novecientos noventa y uno y reformadas por acuerdo publicado el siete de enero de mil novecientos noventa y tres, y cuya observancia es obligatoria para las empresas de factoraje, de conformidad con lo ordenado por el artículo 45-A, fracción x, de la citada Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, el contrato de factoraje debe contener la relación de los derechos de crédito que se transmiten, misma que, por lo menos, deberá consignar los nombres, denominaciones o razones sociales del factorado y de los deudores, así como los datos necesarios para identificar los documentos que amparen los derechos de crédito, sus correspondientes importes y sus fechas de vencimiento. Entonces, si el contrato de factoraje no reúne, entre otros, los citados requisitos, evidentemente no puede constituir, junto con el estado de cuenta certificado que al efecto se acompañe, un título ejecutivo, cuyo cumplimiento pueda exigirse en la vía ejecutiva mercantil.” Novena Época, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo: VIII, septiembre de 1998, Tesis: III.2o.C.15 C, Página: 1165. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito, Amparo directo 680/98, 12 de junio de 1998.

²⁶ Cfr. Novena Época, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo: VIII, julio de 1998, Tesis: III.2o.C.8 C, Página: 350. Amparo directo 252/98, 5 de junio de 1998.

²⁷ Víctor Manuel Giorgana Frutos, *Curso de derecho bancario y financiero*, Porrúa, México, 1984, p. 142.

- ²⁸ René Rodière y Jean-Louis Rives-Lange, *Droit bancaire*, 2a. ed., Dalloz, París, 1975, p. 363.
- ²⁹ Mario Bauche Garciadiego, *op. cit.*, p. 305.
- ³⁰ G. Ripert y R. Roblot, *op. cit.*, p. 422.
- ³¹ Cfr. Francesco Messineo, *Manual de derecho civil y comercial*, trad. de Santiago Sentís Melendo, t. VI, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955, p. 133.
- ³² Manuel Broseta Pont, *op. cit.*, p. 446.
- ³³ Cfr. Raúl Cervantes Ahumada, *Títulos y operaciones de crédito*, Porrúa, México, 1954, p. 245; en cambio, para Lorenzo Mossa (*Derecho mercantil*, trad. de Felipe de J. Tena, Uteha, Buenos Aires, 1940, t. I, p. 287), la adquisición de los títulos descontados constituye una venta de dichos títulos.
- ³⁴ Francesco Messineo, *op. cit.*, p. 131.
- ³⁵ Para el estudio de las operaciones de crédito véase la obra de Carlos Felipe Dávalos Mejía, *Títulos y operaciones de crédito*, Oxford University Press, México, 2012.
- ³⁶ Cfr. Mario Bauche Garciadiego, *op. cit.*, pp. 272 y siguientes.
- ³⁷ Cfr. E. Martorell, *op. cit.*, p. 459, quien sostiene que el factoraje es lo que desde hace algunos años se denomina *actividad parabancaria* o *near banking activity*.
- ³⁸ José María Eizaguirre, “Factoring”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 187/188, enero-junio, Madrid, 1988, p. 46.
- ³⁹ *Idem*.

Arrendamiento financiero

Propósitos

Al concluir este capítulo, el lector comprenderá el concepto, alcances y consecuencias del arrendamiento financiero, sus diferencias con el arrendamiento, sus clases, los derechos y obligaciones de las partes, así como la utilidad del negocio jurídico objeto de estudio.

Concepto

Conforme a nuestra LGTOC (art. 408),¹ 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 esta a pagar como contraprestación –que se liquidará en pagos parciales, según se convenga– una cantidad en dinero determinada o determinable que cubra el valor de adquisición de los bienes, las cargas financieras y los demás accesorios, y adoptar al vencimiento del contrato alguna de las opciones terminales siguientes:

- a) Comprar los bienes a un precio inferior a su valor de adquisición, que quedará fijado en el contrato, o, en su defecto, inferior al valor de mercado a la fecha de compra, conforme a las bases establecidas en el mismo contrato.
- b) Prorrogar el plazo para continuar con el uso o goce temporal, mediante el pago de una renta inferior a los pagos periódicos correspondientes al plazo pactado originalmente, conforme a las bases previstas en el contrato, o
- c) Participar con la arrendadora financiera en el precio de venta de los bienes a un tercero, en las proporciones y términos convenidos. Se suprimió del contrato la cuarta opción abierta, que era cualquiera previamente autorizada

por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP), que en realidad no se dio en la práctica.

Jean-Marie Lepoup² considera al arrendamiento financiero como un contrato de alquiler de bienes de equipo de una duración determinada correspondiente a la amortización del bien, acompañado de la promesa del arrendador de prolongar el alquiler por un nuevo periodo, tomar de nuevo el material o venderlo al arrendatario, según sea la voluntad de este al expirar el plazo determinado. Saúl Pérez Idiartegaray³ señala que es el contrato por el cual un empresario que desea utilizar cierto equipo acuerda con una institución financiera que adquiera ese bien y le ceda el uso por un plazo determinado, a cambio de una prestación periódica; en él se estipula que al finalizar el término fijado el tomador podrá optar entre la devolución del bien, la renovación del contrato por un precio por lo general menor o por la compra, en un valor residual ya fijado desde el inicio del negocio.

Para Paul Bibot,⁴ es una operación de financiamiento a mediano o largo plazo cuyo soporte jurídico es un contrato de alquiler de cosas. En sentido similar, Serge Rolin⁵ señala que es una financiación destinada a ofrecer a los industriales y a los comerciantes un medio flexible y nuevo de disposición de un bien de equipo mediante su alquiler en lugar de su compra. Francisco Rico Pérez afirma que se trata de un contrato por el cual una persona cede los derechos de uso de un bien propio en contrapartida de unas prestaciones, obligándose, además, a ceder al usuario una opción de compra.⁶ Adviértase que solo se refiere a una de las diversas opciones terminales que tiene el arrendatario financiero. Para la Convención de Unidroit sobre Arrendamiento Financiero, se trata de un contrato por el cual el arrendador financiero, conforme a las especificaciones del arrendatario financiero, celebra un contrato de suministro con una tercera parte (el proveedor), en virtud del cual el arrendador adquiere instalaciones, bienes de capital u otros equipos en términos aprobados por el arrendatario en lo que concierne a sus intereses, y celebra un contrato (de arrendamiento) con el arrendatario por el que concede a este el derecho de usar el equipo mediante el pago de rentas.

El arrendamiento financiero es un negocio jurídico por el cual una parte, denominada *arrendador financiero*, se obliga a conceder a otra parte, denominada *arrendatario financiero*, el uso o goce de bienes de su propiedad

durante un plazo forzoso y a transmitirle a este o a un tercero la propiedad de los bienes, o a prorrogar el uso o goce de los mismos a cambio de un precio cierto, determinado o determinable y fraccionado que incluya el valor de los bienes, los intereses, impuestos, gastos y demás accesorios. La obligación de la arrendadora financiera de adquirir de un tercero los bienes objeto del contrato no es un requisito indispensable de la definición porque evidentemente, si la arrendadora financiera acepta como objeto del contrato un bien determinado, tiene la obligación de ser propietaria del mismo por la naturaleza del contrato y su contenido obligacional, para lo cual está obligada a adquirir la propiedad de dicho bien en caso de que no la tenga, pero puede también adquirirlo del mismo arrendatario financiero e incluso ser la propia fabricante, y entonces puede celebrar contratos de arrendamiento financiero respecto de los bienes que ya tiene en su poder y de los cuales es propietaria sin que, por tanto, se exija dicha adquisición previa.

Características

Del arrendamiento financiero destacan las siguientes notas características:

1. La adquisición de bienes por parte de la arrendadora financiera constituye una característica importante, aunque no esencial al contrato, ya que existen casos en los que dicha arrendadora financiera es propietaria de los bienes objeto del contrato; sin embargo, por lo general la adquisición de los bienes objeto del contrato de acuerdo con la clase, tipo, calidad, cantidad y demás especificaciones del proveedor indicados por el arrendatario financiero constituye una característica propia del arrendamiento financiero.
2. La concesión temporal del uso o goce de la cosa objeto del contrato es otra de esas características y tiene mayor relevancia en relación con el plazo fijo.
3. El precio del contrato, a diferencia del contrato de arrendamiento, no corresponde al uso mismo del bien, sino que se trata de una cantidad de dinero determinada o determinable que cubre el valor de adquisición del bien, el beneficio o utilidad de la arrendadora por la inversión y el financiamiento, las comisiones, fletes, gastos, impuestos y demás accesorios, que como tal concede al arrendatario financiero el derecho de disponer del bien al finalizar el contrato, ya sea para sí o para un tercero, en

el primer caso, por la compra del bien mediante el pago de una cantidad inferior al precio de mercado del bien, y en el segundo, por la venta a un tercero y el derecho a recibir una parte del precio que pague el tercero. El precio del contrato debe pagarse en fracciones, cuotas o cánones según las cantidades y los plazos fijados en el contrato.

4. La asunción de los riesgos de la cosa a cargo del arrendatario financiero, así como de los vicios de la cosa y gastos de conservación y mantenimiento, constituye otra nota característica del contrato, puesto que, salvo pacto en contrario, nuestra LGTOC no sigue el principio general de que el riesgo de la cosa la sufre el dueño, sino el propio arrendatario financiero, lo cual es interesante a efecto de determinar los alcances del derecho del arrendatario financiero frente al arrendador financiero que reclama la restitución de plano de los bienes y la resolución del contrato.
5. La obligación de la arrendataria financiera de optar, al finalizar el contrato, por la adquisición del bien, la prórroga del contrato o la venta del bien a un tercero es desde luego una nota característica del contrato. No se trata de un nuevo contrato, sino de la ejecución del mismo de arrendamiento financiero, en el cual el arrendatario financiero asume la obligación de optar, al finalizar el plazo de uso, por cualquiera de dichas opciones, que si bien aparecen como una obligación a su cargo, constituyen también su derecho en virtud del precio del contrato que incluye el costo del bien.
6. El plazo forzoso del uso o goce del bien es el periodo inicial e irrevocable en el cual ninguna de las partes puede dar por terminado anticipadamente el contrato, y abarca gran parte o toda la vida económica del bien mueble o su plazo de amortización en caso de inmuebles; se calcula de tal manera que los cánones de ese periodo cubran los costos del bien dado en arrendamiento financiero, las cargas financieras y el beneficio de la arrendadora financiera.

El uso o goce del bien ha de ser de carácter temporal y a plazo forzoso. Ello se debe a la necesidad de salvaguardar la vigencia del contrato y justificar, en todo caso, el derecho de la arrendadora financiera a exigir al usuario el pago de la totalidad de los cánones, aunque los bienes sean inservibles para este. Dice Mario Giovanoli⁷ que esta restricción se explica por el cuidado de la arrendadora financiera en no perder el control de la garantía real que

representa la propiedad de los bienes: durante ese plazo forzoso, aun cuando el bien resulta inútil, el arrendatario no puede dejar de pagar las parcialidades. En principio, ningún litigio suspende las obligaciones de las partes.

Que la ley prescriba el plazo forzoso del contrato se explica por el carácter de financiamiento que tiene el arrendamiento financiero, en cuyo periodo de vigencia el arrendatario financiero paga el precio de los bienes y las cargas financieras que son distribuidas durante ese plazo. El plazo forzoso tiene entonces como fundamento el precio fijado, la opción de adquisición y el concepto de “uso o goce temporal”, y aunque este es también un elemento del diverso contrato de arrendamiento (art. 2398, CCF) sobre el que se ha pronunciado la doctrina, cuando se trata de arrendamiento financiero dicha temporalidad es forzosa y esencial. Su contenido y alcance difiere del plazo del arrendamiento civil porque significa no solo la posibilidad de usar y gozar temporalmente la cosa objeto del contrato, sino que al vencimiento de ese plazo dicha temporalidad se convierte o puede convertirse en definitiva en favor del arrendatario financiero, ya que en cada parcialidad este paga parte del precio, incorpora en cada canon una parte del valor de adquisición del bien, lo que le confiere el derecho de convertirse en propietario de la cosa y, por tanto, en titular definitivo de esa cosa a cambio del pago de una cantidad simbólica como precio que representa la diferencia del costo del arrendamiento financiero. En cambio, en el arrendamiento “puro” el arrendatario únicamente paga el precio del uso o goce de la cosa, y aunque en algunos supuestos puede tener derecho de optar por la compra del bien, su precio corresponde al precio de mercado o pactado, pero no simbólico, como ocurre en nuestro contrato.

Si no se señala plazo forzoso en el contrato, se estará frente a otro negocio jurídico, un arrendamiento civil o uno mercantil, pero no frente a un arrendamiento financiero, al que, por cierto, no se le pueden aplicar supletoriamente las disposiciones del CCF, que establece en materia de arrendamiento de muebles: “Si en el contrato no se hubiere fijado plazo... el arrendatario será libre para devolverla (la cosa) cuando quiera” (art. 2460); tampoco resultarán aplicables al arrendamiento financiero los plazos máximos que establece el CCF (art. 2398) para los arrendamientos de inmuebles, es decir, de 20 años para el comercio y la industria, ya que el

arrendamiento financiero es un contrato diverso del arrendamiento.

7. **Carácter mercantil.** En las legislaciones en las que se prevé expresamente como objeto exclusivo del contrato a los bienes destinados a fines industriales, comerciales o de servicios, resulta fácil concluir que el contrato es mercantil. En otros casos, en cambio, habrá que recurrir a la calidad del o de los sujetos, del objeto o del fin o propósito perseguido por las partes.

En lo que a la ley mexicana se refiere, el arrendamiento financiero resulta un contrato de carácter mercantil como lo establece la propia LGTOC (art. 2º), al que le son aplicables supletoriamente las leyes mercantiles, los usos comerciales y el derecho común.

Naturaleza jurídica

El problema más delicado de toda figura jurídica es el de su naturaleza jurídica; tratándose del arrendamiento financiero el problema se acentúa más, debido a que desde su denominación en la doctrina y la legislación de los países latinos se prejuzga su carácter arrendaticio. El arrendamiento financiero no tiene naturaleza arrendaticia, es un negocio jurídico mixto en el que existen prestaciones típicas de otros contratos típicos como el de arrendamiento, compraventa y crédito; se trata de un instrumento financiero complementario y auxiliar del crédito, de una operación no bancaria que coadyuva al desarrollo de la actividad crediticia; auxiliar del crédito por cuanto que la financiación que proporciona alcanza a beneficiarios potenciales que no conseguirían cubrir los requisitos exigidos por los créditos bancarios.

El arrendamiento financiero es una nueva institución que configura al mismo tiempo técnicas jurídicas distintas que la diferencian del arrendamiento, de la compraventa y del crédito, que no se puede asimilar a ninguno de los contratos tradicionales, de los que se distingue claramente.⁸ A pesar de su complejidad, se trata de un contrato unitario y no de varios contratos, ya que si bien se concede el uso o goce de un bien y se faculta al arrendatario financiero para optar por la adquisición del mismo, tales características no se pueden aislar del mismo negocio jurídico, sino que forman un todo; pues aunque diversos autores han sostenido distintas tesis sobre su naturaleza, que se analizarán en seguida, no corresponde a ninguna de ellas, como se verá a continuación.

Elementos del contrato

Elementos esenciales

- a) *Consentimiento*. El arrendamiento financiero requiere para su existencia del acuerdo de voluntades, es decir, de la concurrencia de las voluntades de la arrendadora financiera y del arrendatario financiero (art. 1794, CCF); el ánimo, la intención o resolución de las partes para que una conceda a otra el uso o goce de los bienes por un plazo forzoso, a cambio de pagar los cánones y optar por alguna de las opciones terminales.
- b) *Objeto*. Pueden ser objeto del arrendamiento financiero tanto bienes existentes como futuros, muebles como inmuebles, ya sea por su naturaleza como por disposición de la ley (arts. 14 y 747 a 789, CCF), y no hay obstáculo alguno para que se celebre un arrendamiento financiero sobre derechos como una patente, una marca o una concesión, puesto que cuando nuestro CCF habla de *bienes tangibles*, pueden celebrarse sobre derechos, como ocurre en el arrendamiento civil.

Elementos de validez

La forma en el contrato. Nuestra ley exige que el contrato de arrendamiento financiero sea otorgado por escrito, y si quien lo realiza es una sociedad financiera de objeto múltiple, los contratos que utiliza son de adhesión y debe inscribirlos en el Registro de Contratos de Adhesión (Reca) de la Condusef, al igual que las tasas de interés que establezca en sus contratos. La LGTOC no exige que los contratos sean ratificados ante fedatario público; sin embargo, para que la arrendadora financiera puede recuperar los bienes dados en arrendamiento financiero, ante el incumplimiento del deudor, debe presentar el contrato ratificado.

Registro. Conforme a nuestra ley, el arrendamiento financiero no está sujeto a registro ni constituye, como ocurría anteriormente, una carga para que proceda la restitución de plano de los bienes en favor de la arrendadora financiera, en caso de incumplimiento del arrendatario financiero. Sin embargo, las partes pueden solicitar que se inscriba en el RPC sin perjuicio de hacerlo en otros registros que

las leyes determinen. Dicho registro se traduce en una publicidad de derecho del contrato, pero no en una formalidad exigida por la ley.

Obligaciones y derechos derivados del contrato

Obligaciones del arrendatario financiero

Obligación de pago y determinación. La obligación más importante del arrendatario financiero está constituida por el pago del precio (cánones, o “Renta global”, como señala la LGTOC) que ha de hacer a cambio de la concesión del uso o goce del bien durante su vida útil; dicha obligación nace desde la celebración del contrato, aunque la arrendadora financiera no haya entregado materialmente los bienes objeto del mismo. En cambio, en la Convención de Unidroit (art. 12, numeral 3) se concede al arrendatario financiero el derecho de retener los cánones pactados conforme al contrato hasta en tanto se le entregue el bien o se remedie la falta de entrega.

El arrendatario financiero debe pagar una cantidad de dinero determinada o determinable (a diferencia del arrendamiento civil, art. 2430 del CCF) que cubra el valor de adquisición de los bienes, las cargas financieras y demás accesorios. Su determinación se hace en función del valor del bien, del costo financiero, así como del uso o goce del bien y de su posible futura adquisición, debido a que por un lado las arrendadoras financieras obtienen créditos de instituciones financieras, y por el otro, es normal que el contrato dure lo que la vida útil del bien, y en la mayoría de los casos la opción terminal elegida es la de adquirir el bien. Todo ello se fija según fórmulas de cálculo financiero para evaluar la realización de inversiones a partir de un proyecto de rentabilidad del capital afectado por la arrendadora financiera y de un presupuesto de explotación por la arrendataria financiera, sobre todo porque las arrendadoras adquieren los bienes con fondos prestados generalmente por bancos, y la poca disponibilidad del ahorro interno los obliga a acudir al exterior en busca de préstamos, con lo que conforme a la práctica establecida, sobre todo a raíz de la circulación de eurodólares en el mercado interbancario londinense, reciben préstamos a tasa de interés ajustable en forma periódica, en función de las condiciones del mercado. Por ello se opta por un precio determinable de acuerdo con ciertas fórmulas adecuadas a su costo financiero, práctica que ha proliferado en los últimos

tiempos, incluso en el ámbito interno, para otorgar créditos a tasas fluctuantes y evitar trastornos en sus posibilidades de mercado.

Para la determinación del precio se toma en cuenta también la posibilidad de su adquisición; el precio de esta, junto con la financiación brindada y los demás conceptos, cuyo cálculo depende del tiempo de duración del contrato y del porcentaje reservado (valor residual) para el ejercicio de la opción terminal, integran el precio del arrendamiento financiero. Por ello, Eduardo Boneo expresa que “configura una flagrante desnaturalización del contrato determinar por separado, el importe de las cuotas periódicas y del valor residual, como si se tratara de negocios jurídicos diferentes”,⁹ de suerte que no se alude a dos precios en el contrato sino a uno solo.

Forma de pago

De acuerdo con nuestra ley, el arrendatario financiero está obligado a pagar como prestación, “que se liquidará en pagos parciales”,¹⁰ una cantidad de dinero, lo que hace suponer que, como el vocablo lo indica (*parcial*, del latín *pars*, *paris*, parte, es decir, parte de un todo), el arrendatario financiero deberá pagar el precio en dos o más fracciones, cuotas o cánones. Podría dudarse de la existencia de pagos parciales, ya que la ley permite al arrendatario financiero suscribir a la orden de la arrendadora financiera un pagaré (o más) cuyo importe total corresponda al precio pactado, por concepto de “renta” global, y si bien añade que tal suscripción y entrega del título de crédito no se considera pago de la contraprestación ni de los pagos parciales, una vez pagado el importe del pagaré y recuperado este, el arrendatario financiero habría hecho un pago y no “pagos parciales”. Sin embargo, persiste la obligación del pago del valor residual o precio por la opción de adquisición del bien o de prórroga del uso o goce.

Efectivamente, si se trata de un solo pagaré (o de varios con vencimientos sucesivos y, por tanto, de acuerdo con nuestra LGTOC, arts. 174 y 79, pagaderos a la vista) habría más de un pago, es decir, sí habría pagos parciales, uno el representado en el pagaré y otro el residual para el ejercicio de la opción terminal. El arrendamiento financiero como tal es un contrato cuya mecánica se inicia desde que la arrendadora financiera se obliga a adquirir los bienes seleccionados por el arrendatario financiero, y culmina cuando este ha adoptado alguna de las opciones terminales y ha cubierto el valor residual del bien. Y

dicho valor residual también es una fracción u otro pago parcial, parte o cuota que integra el precio de la contraprestación, de donde resulta que aun cuando se suscriba un solo pagaré habría un pago parcial, además del valor residual. Debemos aclarar que la suscripción de uno o varios pagarés no implica el pago de los cánones o parcialidades; es, en todo caso, una promesa de su pago; incluso, ante el incumplimiento de pago por parte del arrendatario financiero, la arrendadora financiera debe exhibir el contrato de arrendamiento financiero y no únicamente el pagaré. La ley prevé que en los supuestos en los que el arrendatario financiero solicite la proveeduría, construcción o fabricación del bien objeto del contrato, y deban hacerse anticipos, este deberá cubrir también las cargas financieras por dichos anticipos.

Integración del precio

El precio está constituido por una cantidad de dinero que comprende, además del valor de adquisición del bien, cargas financieras y demás accesorios, lo siguiente:

1. La cuota de amortización del bien, determinada sobre la base del costo, de la duración de su vida útil y del probable valor del bien al término del contrato.
2. El interés correspondiente por la financiación, es decir, el beneficio para la arrendadora financiera conforme al costo del dinero, es una característica (que no elemento) esencial del contrato y resulta una exigencia legal, contractual y fiscal (art. 15, CFF), y cuyo concepto (*interés*) puede tomarse con la amplitud prevista en el art. 361 del CCo y abarcar cualquier prestación a favor de la arrendadora financiera. En este sentido, dicho interés puede ser determinado o determinable y fijarse con base en elementos extraños al contrato (como el costo porcentual promedio de captación, CPP).

El autor citado advierte que no obstante que se trata de una exigencia legal, su ausencia en el contrato no es suplida por la ley, de forma que si no existe ese interés no habrá arrendamiento financiero, sino otro contrato; y es que en realidad la ley exige que se paguen como precio, además del valor de adquisición, las llamadas *cargas financieras*.

3. El precio del uso del bien durante su vida útil.
4. Una cantidad determinada por la gestión de la arrendadora financiera, tanto por la adquisición del bien como por la actividad y los gastos realizados para entregar el bien al arrendatario financiero.
5. Una remuneración respecto del riesgo que corre la arrendadora financiera establecida de acuerdo con las características estructurales y funcionales, así como de la situación patrimonial, financiera y económica del arrendatario financiero, del bien y objeto del contrato y de su mercado, además de las eventuales garantías ofrecidas por dicho arrendamiento financiero.
6. El valor residual que habrá que pagar una vez que ha terminado el tiempo del uso o goce del bien, en cuanto al plazo que se fije y que es irrevocable y forzoso. Dicho precio o valor residual generalmente se resta del precio de adquisición del bien a fin de arribar al importe de capital neto de financiación.¹¹ Como se ha dicho, el valor residual es uno de los elementos que integran el precio o la contraprestación a cargo del arrendatario financiero; constituye el precio de adquisición del bien consignado en el contrato, para el caso de que el arrendatario financiero ejercite la opción de compra reconocida a su favor, valor que configura parte de la contraprestación o el pago asumido por dicho arrendatario financiero, que debe satisfacer una vez dispuesta su adquisición.

Este valor residual por lo general se determina en una cantidad muy baja o simbólica respecto del precio de adquisición de los bienes, y ello se debe a que en las cuotas o los pagos parciales que hace el arrendatario financiero se incluye el precio de adquisición del bien, que se distribuye tantas veces como parcialidades haya, para la amortización del costo del bien, y cuando la duración del contrato no coincide con la vida útil del bien, el arrendatario hace una amortización anticipada; por ello, la ley exige que dicho valor residual esté fijado en el contrato y sea inferior al precio de adquisición del bien, o que si no se fijó, sea inferior al valor de mercado de este a la fecha de compra, conforme a las bases previstas en el contrato.

En virtud del carácter unitario del contrato, el valor residual comprende también el precio o la contraprestación por ese uso del bien, de acuerdo con las consideraciones siguientes: a) si opta por la compra del bien, él mismo

realizará el pago de este valor residual, considerado en el precio global y disminuido de los pagos parciales para hacerse efectivo en este momento; b) si opta por la prórroga del contrato, dicho valor residual se satisface con el pago de cánones parciales, por ese nuevo uso o goce, que deben ser inferiores a los iniciales; c) si se trata de la venta a un tercero, dicho valor residual es pagado con el producto de esa venta, de suerte que debe exceder de este pago para que en su resultado participe el arrendatario financiero; de otra manera, tendría que cubrir la diferencia. En cambio, puede convenirse en qué porcentaje participa del excedente; y d) si se opta por la rescisión, el arrendatario financiero pagaría dicho valor residual como indemnización, según lo establezca el contrato. En conclusión, ese valor residual no puede considerarse por separado del valor inicial: ambos constituyen un concepto unitario.

Lo anterior, con independencia de que el valor residual llegara a ser, en el evento remoto, superior al importe total de los cánones, lo que puede acontecer cuando las partes no fijaron de antemano el importe del mismo, ya que la ley únicamente previene que cuando ese valor residual se pacta, este no podrá ser superior al precio por el que la arrendadora financiera adquirió el bien, pero si no se pactó, dicho valor sí puede superar a aquel con tal de que sea inferior al valor del mercado a la fecha de la opción de compra; y puesto que por diversas cuestiones como la inflación muchos bienes experimentan en el momento de ejercitar la opción un precio superior al que tuvieron cuando se celebró el contrato, dicho valor residual podría ser superior al de los cánones.

7. Los impuestos por concepto de la adquisición del bien, concesión de su uso o goce, su transportación, importación, etcétera.¹²
8. Los gastos administrativos, comisiones y otros. En este renglón cabe destacar que la convención sobre arrendamiento financiero internacional solo destaca que el pago de las rentas será calculado tomando en cuenta en particular la amortización del bien o una parte sustancial del costo del equipo (art. 2, inc. c).

Conservación de los bienes

El arrendatario financiero, salvo pacto en contrario, está obligado a conservar los bienes objeto del contrato en el estado que permita el uso normal que les corresponda; por ello, tiene obligación de darles el mantenimiento necesario y oportuno, hacer por su cuenta las reparaciones requeridas y adquirir las refacciones e implementos necesarios; e incluso dar aviso sobre los posibles desperfectos o solicitar las reparaciones exclusivamente con el fabricante, si así se convino.

De acuerdo con la ley, tales refacciones, implementos y bienes que se adicionen a los que se den dentro de arrendamiento financiero se consideran incorporados a estos y, por tanto, sujetos a los términos del contrato.

Uso convenido

Constituye otra obligación del arrendatario financiero servirse de los bienes solo para el uso convenido en el contrato o conforme a la naturaleza y destino de los mismos; dicha obligación comprende la utilización de los bienes exclusivamente por el usuario y sus dependientes, el cumplimiento de ciertas condiciones para el lugar o local donde se instale o sitúe el bien, el número de horas diarias que según la clase de bien o el pacto pueda ser utilizado, el no traslado del bien a otro lugar sin consentimiento de la arrendadora financiera, el acceso a la inspección periódica del bien, del local o de ambos,¹³ y no transmitir el uso del bien a terceras personas sin consentimiento de la arrendadora financiera.¹⁴

Selección del proveedor y de los bienes

La selección del proveedor constituye una de las cargas o deber que asume el arrendatario financiero, en torno a la cual se ha justificado la obligación de asumir los riesgos de la cosa, pues es quien elige al proveedor, fabricante o constructor y autoriza los términos, las condiciones y especificaciones que se contengan en el pedido u orden de compra, con la descripción e identificación de los bienes que se adquirirán; asimismo, exonera de responsabilidad a la arrendadora financiera en caso de error u omisión en la descripción de los bienes contenida en dicho pedido u orden de compra.

Congruente con lo anterior, prescribe que la firma del arrendatario financiero en

cualquiera de esos documentos implica, entre otros efectos, su conformidad con los términos, las condiciones, descripciones y especificaciones ahí consignados. Dicha selección constituye un presupuesto indispensable para que la arrendadora financiera pueda cumplir con la obligación de adquirir determinados bienes y conceder su uso o goce temporal al arrendatario financiero.

Vicios o defectos ocultos

La ley impone al arrendatario financiero, a menos que otra cosa se hubiere pactado, la obligación de sufrir los vicios o defectos ocultos que impidan el uso parcial o total de los bienes, en función de que es el arrendatario financiero quien selecciona tanto al proveedor como el bien objeto del contrato, mientras que la arrendadora financiera únicamente se limita a hacer efectivo ese pedido, sin perjuicio de que las faltas de calidad, cantidad o vicios ocultos de la cosa son a cargo del vendedor, y que la ley citada impone a la arrendadora financiera la obligación de transmitir al arrendatario financiero los derechos que le asisten como compradora para que este los ejercite contra el vendedor, o bien de legitimarlo para que en su representación ejercite tales derechos.

Lo anterior implica una exoneración de responsabilidad de la arrendadora financiera en derogación de normas generales de otros contratos (por ejemplo, compraventa o arrendamiento) conforme a las cuales la responsabilidad por vicios ocultos es a cargo del vendedor o de la arrendadora financiera. Para el derecho español, de acuerdo con Antonio Cabanillas,¹⁵ es válida por vicios de la cosa siempre que la arrendadora financiera ignore la existencia de aquellos en el momento de la celebración del contrato, supuesto difícil si se considera que por hipótesis desconoce el bien de cuya compra se ha encargado.¹⁶ Conforme a la Convención sobre arrendamiento financiero internacional (art. 8.1), la arrendadora financiera solo asume responsabilidad frente al arrendatario financiero respecto del equipo cuando la misma o el juez en su lugar ha intervenido en la selección del proveedor o del equipo.

Pérdida de la cosa por caso fortuito o fuerza mayor

La ley señala que, salvo pacto en contrario, el arrendatario financiero debe responder por pérdida total o parcial que sufran los bienes aun cuando se

realicen por causa de fuerza mayor o caso fortuito, supuestos en los cuales tampoco se exonera al arrendatario financiero del pago de la contraprestación, por lo que debe cubrirla en la forma pactada. Dicha hipótesis es de dudosa aplicación para diversos autores, pues se llegaría al absurdo de pagar por el uso de una cosa que ha desaparecido sin su culpa o negligencia, lo que debe producir la extinción de la relación contractual y, como consecuencia, la liberación del pago de las parcialidades no vencidas, pues al no poder gozar de los bienes falta la causa de dicho pago, de ahí que mientras no se repare o reponga el bien, no se puede obligar a dicho arrendatario financiero al pago; lo contrario daría lugar a la existencia de un enriquecimiento injustificado y abusivo que rompería el justo equilibrio de las contraprestaciones y sería contrario a la buena fe. Sin embargo, como señala José María de la Cuesta Route, la circunstancia de no liberar al arrendatario financiero del pago de las parcialidades, aun en el supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, incide terminantemente en la esencia del negocio; y la asunción de riesgos por el arrendatario financiero pone en franco contraste los principios rectores del arrendamiento, sin desnaturalizar el núcleo del arrendamiento financiero que no corresponde al de aquel contrato, sino al de un negocio jurídico de financiamiento.¹⁷

Pérdida, destrucción o daños de la cosa

En general, son a cargo del arrendatario financiero todos los riesgos, pérdidas, robos, destrucción o daños de que sean objeto los bienes dados en arrendamiento financiero, y, en consecuencia, tampoco queda liberado del pago de las parcialidades. En este renglón, la ley no distingue que se trate de pérdidas, daños, destrucciones de la cosa por culpa o negligencia del arrendatario financiero o sus dependientes, actos de tercero, culpa o negligencia del arrendador financiero o del proveedor, o bien, caso fortuito o fuerza mayor. Sin embargo, por el principio de responsabilidad por culpa o dolo, y aun por mayoría de razón, en el caso de culpa o negligencia de la arrendadora financiera, esta responde.

Actos de tercero

La ley impone al arrendatario financiero la obligación de responder por el robo,

despojo, perturbación, destrucción, daños o cualquier acto de tercero que afecte el uso o goce de los bienes, la posesión de los mismos o la propiedad. En cambio, la Convención sobre Arrendamiento Financiero Internacional (art. 8.2) establece que la arrendadora financiera garantiza al arrendatario financiero la posesión pacífica del bien y la no perturbación de la misma por persona con mejor derecho.

Opciones terminales

Uno de los aspectos fundamentales que caracterizan al arrendamiento financiero del arrendamiento es la opción terminal que el arrendatario financiero debe adoptar a la expiración de la vigencia del contrato. De manera por demás desafortunada, nuestra ley impone al arrendatario financiero la obligación de optar por alguna de las llamadas *opciones terminales* “al concluir el plazo del vencimiento del contrato una vez que se hayan cumplido todas las obligaciones”, pues precisamente la selección de aquellas constituye otra obligación a cargo de dicho sujeto, obligación que, puede decirse, se integra de dos fases: la selección de la opción terminal y su ejecución; la primera de ellas puede realizarse desde la celebración del contrato hasta un mes antes del vencimiento del uso o goce de los bienes; la segunda, en cambio, solo es posible a la expiración del término señalado en el mismo arrendamiento financiero.

Las referidas opciones forman parte del conjunto de obligaciones a cargo del arrendatario financiero, de modo que no se trata de un arrendamiento y una promesa de compra o de venta, o de un arrendamiento con cláusula de prórroga, y mucho menos de una compraventa a plazos; es decir, no existe la yuxtaposición de figuras que supone Cabanillas, en las que una (la opción) está subordinada a la figura principal (arrendamiento), pues si bien es cierto, como dice, que la opción no desnaturaliza al arrendamiento,¹⁸ también lo es que dichas opciones no configuran un derecho sino una obligación a cargo del arrendatario financiero, que junto con las características antes señaladas del arrendamiento financiero ponen de manifiesto su naturaleza diferente de la del arrendamiento.

La selección de una de las opciones terminales constituye una obligación de carácter alternativo y sujeta a una condición suspensiva: el uso o goce del bien durante el término previsto en el contrato; su cumplimiento constituye un

acontecimiento futuro de realización incierta. Que dicha elección constituya una obligación y no un derecho lo confirma el concepto mismo de arrendamiento financiero (art. 410, LGTOC, este último al prescribir textualmente: “el arrendatario deberá adoptar alguna de las siguientes opciones terminales...”). Se trata de una obligación de carácter alternativo porque el sujeto queda constreñido a uno de varios hechos y cumple su obligación si presta cualquiera de esos hechos (adquirir el bien, prorrogar el contrato o proponer la venta a un tercero); por ello, contrario a lo sostenido por Javier Arce Gargollo, en el sentido de que si el arrendatario “no ejerce su derecho de opción, el arrendador propietario del bien puede, en principio, pedir la devolución de éste”,¹⁹ se considera que no se trata de un derecho de opción, sino de una obligación alternativa, de suerte que si no cumple habrá obligación de pago de daños y perjuicios ocasionados a la arrendadora financiera, sin perjuicio de lo pactado en el contrato o de exigir el cumplimiento forzado del mismo (por la elección de la opción terminal) o su resolución.

Adquisición del bien

De acuerdo con nuestra ley, la adquisición de la propiedad del bien²⁰ por parte del arrendatario financiero puede ser seleccionada desde el momento de la celebración del contrato hasta un mes antes del vencimiento del plazo del mismo; en otras legislaciones se exige que la opción de adquirir se haga valer al final del plazo de vigencia estipulado para evitar una venta disfrazada. En el primer supuesto, el precio del bien será inferior al valor de adquisición por la arrendadora financiera (si se estableció dicho precio en el contrato), y en el segundo, inferior al precio de mercado a la fecha en que se ejerce la opción, conforme a las bases que se establezcan en el mismo; este precio se denomina en la doctrina *valor residual* (véase *supra*) y generalmente es simbólico, debido a que el precio casi se ha cubierto en su totalidad durante el periodo de uso.

Prórroga del plazo

Otra de las opciones es la prórroga del plazo de duración del contrato para continuar con el uso o goce de los bienes, contra el pago de parcialidades cuyo monto sea inferior a los pagos periódicos iniciales, de acuerdo con las bases

establecidas en el contrato. En este supuesto, evidentemente los cánones por la prórroga del contrato serán muy inferiores, debido no solo a la exigencia legal, sino también por la disminución del valor del dinero. Por otra parte, si el arrendatario financiero decide dicha prórroga, una vez vencida esta debe restituir el bien a la arrendadora financiera. En este sentido se pronuncia el texto de la Convención del Unidroit sobre arrendamiento financiero internacional (art. 8.2).

Participación del producto de la venta del bien

Esta opción permite al arrendatario financiero recuperar parte de la cantidad erogada por el uso o goce de los bienes; implica su decisión de compartir con la arrendadora financiera el producto obtenido por la venta del bien a un tercero, en las proporciones y los términos convenidos en el contrato. En otra época se podría cuestionar la conveniencia de seleccionar esta opción, sobre todo si se atiende a que se previera en el contrato la posibilidad de que dicha venta oscilara entre diversas cantidades, de suerte que pagada la más baja el arrendatario financiero se viera obligado a cubrir diferencia de precio. Actualmente, por lo menos en México, esto no es posible debido a la inflación tan acelerada, la cual permite presumir que en la mayoría de los casos (salvo excepcionales cálculos actuariales y de probabilidad) el precio de venta a un tercero fijado de antemano en el contrato de arrendamiento financiero será satisfecho con exceso, de manera que permita al arrendatario financiero participar efectivamente en el producto de esa venta.

Oportunidad del ejercicio de la opción

Por último, en cuanto al ejercicio de las opciones, el arrendatario financiero puede hacerlo anticipadamente o bien al finalizar el plazo; en el primer supuesto, si el arrendatario financiero no cumple con la ejecución de la opción, se hace deudor por el pago de los daños y perjuicios ocasionados por su incumplimiento; en el segundo, estará obligado a notificar al arrendador financiero, por escrito y por lo menos con un mes de anticipación al vencimiento del contrato, cuál de ellas va a adoptar. En su defecto, está obligado al pago de los daños y perjuicios ocasionados, con independencia de lo pactado en el contrato. De acuerdo con este supuesto, parecería válido acumular el pago de daños y perjuicios con una eventual pena convencional, situación que a la luz del derecho civil no es

posible, ya que una excluye a la otra (arts. 1839 a 1846, CCF).

Cualquiera que sea la opción seleccionada, la arrendadora financiera no puede oponerse a su ejercicio, a menos que se trate de la prórroga del contrato cuando el arrendatario financiero se encuentre en estado de insolvencia y resulte previsible, al realizar la operación, que carece de capacidad económica para pagar o responder por el importe de las parcialidades, produciendo quebranto patrimonial para la arrendadora financiera; en este caso, la ley impone sanción de prisión y multa a los funcionarios y empleados de la institución.

Obligaciones y derechos de la arrendadora financiera²¹

Obligaciones de la arrendadora financiera

No habrá de sorprendernos la afirmación que alguno llegara a hacer en el sentido de que el contrato de arrendamiento financiero es de carácter unilateral, pues casi todas las prestaciones son a cargo del arrendatario financiero, al paso que el arrendador financiero cumple estrictamente con su prestación al adquirir los bienes y proceder a su entrega, presupuestos necesarios para el uso o goce de ellos por parte del arrendatario financiero. Incluso, conforme a nuestra LGTOC, la obligación de pago a cargo de este se inicia desde la celebración del contrato, aun cuando no se hubiere hecho la entrega material de los bienes o estos no fueran aptos para el fin deseado o natural de la cosa. A pesar de ello, existen prestaciones a cargo de la arrendadora financiera, las cuales se señalan a continuación.

Adquisición de los bienes objeto del contrato²²

De acuerdo con la LGTOC, la arrendadora financiera se obliga, por virtud del arrendamiento financiero, a adquirir determinados bienes cuya selección corresponde al arrendatario financiero, quien además selecciona al proveedor, fabricante o constructor. Esta obligación, que la ley incluye al definir el contrato, aunque es típica no resulta esencial al mismo, ya que la propia LGTOC permite a la arrendadora financiera que recupere los bienes entregados a su anterior

arrendatario financiero (por incumplimiento de este) celebrar sobre ellos otro contrato de la misma naturaleza con un tercero, cuando las circunstancias lo permitan; de forma que esta obligación de adquirir bienes se ve limitada al supuesto de que no se hayan recuperado bienes dados anteriormente en arrendamiento financiero, ya que de ser así la arrendadora se verá forzada a intentar colocarlos ante un nuevo arrendatario financiero por la limitación que impone la ley de tener en su poder únicamente bienes necesarios para sus oficinas.

En todo caso, la adquisición de los bienes que haga dicha arrendadora financiera tendrá el carácter de compraventa mercantil, en atención al sujeto y al fin, conforme a las fraccs. I, II y XIV, relacionadas con la XXIV y XXI del art. 75 de nuestro CCo, con la característica de que la cosa, el precio y el vendedor serán previamente seleccionados por el arrendatario financiero y aceptados por la arrendadora financiera (a su vez, con seguridad el arrendatario financiero se adecuó a las condiciones generales redactadas unilateralmente por el proveedor), quien procede a la compra para que el arrendatario financiero use o goce los bienes. Que sea una compraventa es lógico y necesario, puesto que por el arrendamiento financiero el arrendatario financiero tiene derecho de optar por la adquisición de la propiedad del mismo, y esta solo es posible si la arrendadora financiera tiene la disponibilidad del bien, el derecho para transmitir su propiedad.

Entrega de los bienes objeto del contrato

La arrendadora financiera debe proceder a entregar los bienes objeto del contrato al arrendatario financiero; si se trata de entrega física, puede satisfacerla mediante el proveedor, fabricante o constructor, en cuyo caso la arrendadora financiera debe legitimar al arrendatario financiero para recibir los bienes y, en su caso, reclamar su entrega en la fecha o el plazo previamente pactados. El arrendatario financiero debe, en los casos en los que se estipule que la entrega material de los bienes sea realizada directamente al arrendatario por el proveedor, fabricante o constructor, en las fechas previamente convenidas, entregar constancia del recibo de los bienes al arrendador. Salvo pacto en contrario, la obligación de pago del precio del arrendamiento financiero se inicia a partir de la firma del contrato, aunque no se haya hecho la entrega material de los bienes objeto del arrendamiento.

La entrega de los bienes por medio del proveedor asegura a la arrendadora financiera liberarse de las consecuencias o efectos propios de dicha entrega, como son el traslado o la instalación de los bienes o ciertos rasgos de daños o pérdidas; nuestra ley exonera a la arrendadora financiera de responsabilidad en el caso de falta de entrega e impone a cargo del arrendatario la obligación del pago del precio, aun cuando haya esa falta y no pueda usar o gozar la cosa, lo cual es explicable en virtud de que es el arrendatario financiero quien elige tanto al proveedor como el bien, así como las condiciones de entrega. Para Cabanillas,²³ la cláusula de exoneración de responsabilidad a favor de la arrendadora financiera debe ser considerada nula cuando la falta de entrega se deba a dolo o culpa grave de esta, al igual que si los bienes no se ajustan a lo pactado, supuestos ambos sustraídos a la libertad contractual y encuadrados dentro de las normas de orden público.

La LGTOC faculta a la arrendadora financiera para cumplir con su entrega por medio del vendedor o para hacerlo directamente ella, pero en los dos casos la constriñe a realizar tal prestación en el plazo pactado en el contrato, lo cual significa que la no entrega o su retardo provocan la mora de la arrendadora financiera como tal, aunque ella se deba a actos u omisiones del vendedor y pese a que el arrendatario financiero haya seleccionado al proveedor y no se libere del pago de los cánones o rentas; por ello, incluso suele ser pactada una cláusula de subrogación convencional del arrendatario financiero, en el ejercicio de las acciones que correspondan a la arrendadora financiera frente al proveedor. Por otra parte, si tal arrendadora no intentara las acciones que como comprador tiene en contra del vendedor, satisfechos los requisitos de ley, el propio arrendatario financiero podría intentarlas merced a la acción oblicua y subrogatoria, sin perjuicio de que la ley misma obligue a aquel a transmitir tales acciones o a legitimar a dicho arrendatario financiero para que haga valer los derechos que correspondan al comprador.

Concesión del uso o goce de los bienes

Dicha prestación, de acuerdo con su carácter de tracto sucesivo, debe ser temporal y a plazo forzoso para las partes, sin que ninguna de ellas pueda renunciar al contrato, ya que se determina en función del lapso de utilización estimado necesario para la explotación económica del bien y del periodo de

amortización indispensable para la arrendadora financiera; de ahí que el plazo dependa según se trate de bienes muebles o inmuebles.

En México la arrendadora financiera, salvo pacto en contrario, no está obligada a garantizar el uso o goce pacífico de la cosa, e incluso tampoco responde por vicios o defectos ocultos de la cosa, ni caso fortuito o fuerza mayor, que son asumidos por el arrendatario financiero, sin perjuicio de que la perturbación en el uso o goce que proviene de tercero, o el vicio de la cosa (por la naturaleza de la misma o por el proceso de su fabricación o construcción), son de responsabilidad del tercero o del vendedor, siempre que la arrendadora financiera no haya obrado con dolo o negligencia. Fuera de esos casos, como señala Manuel Amorós,²⁴ dicha cláusula debe ser nula, ya que carece de causa suficiente, en cuanto que la renuncia por parte del arrendatario financiero a exigir responsabilidad a la arrendadora financiera no tiene contraprestación alguna e implica una vulneración del principio de conmutabilidad y de equivalencia de prestaciones, vigente en los contratos onerosos; en fin, porque iría contra la función económica del arrendamiento financiero, de la buena fe y de la equidad.

En cambio, en la Convención sobre Arrendamiento Financiero Internacional, el art. 8º señala que la arrendadora financiera incurre en responsabilidad ante el arrendatario financiero cuando este haya sufrido pérdidas como resultado de la confianza en la experiencia y juicio de la arrendadora financiera y de su intervención en la selección del suministrador o de las especificaciones del equipo; obliga a la arrendadora financiera a garantizar al arrendatario financiero el uso pacífico del bien y a responder por el saneamiento para el caso de evicción cuando estos no provengan de actos u omisiones del arrendatario financiero, de donde resulta más justa la Convención que nuestra ley (arts. 8º, numeral 2, 31 y 32), que no distingue el caso en el cual la perturbación de ese uso o goce pacífico se debe a culpa o negligencia del arrendatario financiero o de la arrendadora financiera.

Prestación de carácter negativo

La LGTOC establece una prestación negativa a cargo de la arrendadora financiera, que consiste en no oponerse a la selección de cualquiera de las opciones terminales elegidas por el arrendatario financiero, prestación que, por otra parte,

está limitada a los supuestos de inexistencia del estado de insolvencia de este, conocida por los funcionarios y empleados de la arrendadora financiera, y al mantenimiento de su capacidad económica previsible para pagar o responder por el importe de su deuda. Es decir, si dichas personas conocen el estado de insolvencia en que se encuentra el arrendatario financiero y resulta previsible que carece de capacidad económica para responder de su deuda, deben abstenerse de prorrogar el contrato de arrendamiento financiero, pese a que ello se debiera al ejercicio de la opción terminal por parte de tal arrendatario financiero (el cumplimiento de su obligación alternativa), ya que la ley impone pena de prisión y multa a los empleados que en esas circunstancias prorroguen el contrato.

Transmisión de derechos de comprador

Nuestra LGTOC previene que, salvo pacto en contrario, son a cargo del arrendatario financiero los vicios o defectos ocultos de los bienes que impidan su uso parcial o total; pero esto no implica la irresponsabilidad del vendedor (proveedor, fabricante o constructor) por dichos vicios o defectos, ya que la arrendadora financiera debe transmitir al arrendatario financiero los derechos que como compradora tenga en contra del vendedor, ejercerlos directamente, o bien legitimarlo para que en su representación ejercite esos derechos. A tal efecto, la ley impone a la arrendadora financiera una obligación alternativa: ya sea ejercitar directamente o mediante el arrendatario tales acciones y derechos contra su vendedor, o bien transmitir esas acciones y derechos al arrendatario financiero para que ante cualquier eventualidad sobre los bienes dados en arrendamiento financiero, sin culpa o negligencia del arrendatario financiero, puedan válida y legítimamente ejercitarse en contra del responsable.

Derechos de la arrendadora financiera

Como contrato bilateral que es el arrendamiento financiero, en general todas las prestaciones a cargo del arrendatario financiero son a favor de la arrendadora financiera y a la inversa; es decir, en tanto uno es deudor, el otro es acreedor. Así, únicamente se hace referencia a algunos derechos que asisten a la arrendadora financiera y que no han sido tratados en el capítulo de obligaciones del arrendatario financiero.

Celebración del contrato de seguro

La ley dispone que en todo contrato de arrendamiento financiero se debe establecer la obligación de concertar un seguro u ofrecer una garantía que cubra, por lo menos, de acuerdo con lo convenido, los riesgos de construcción, transportación, recepción e instalación, de conformidad con la naturaleza de los bienes, los daños o las pérdidas de los propios bienes, con motivo de su posesión y uso, así como las responsabilidades civiles y profesionales de cualquier naturaleza, susceptibles de causarse por virtud de la explotación o el goce de los propios bienes, cuando se trate de bienes que puedan causar daños a terceros, en sus personas o en sus propiedades.

Primer beneficiario del seguro o garantía

Dentro del derecho concedido a la arrendadora financiera también se comprende el de ser designado como primer beneficiario de la garantía (fianza, hipoteca, prenda, fideicomiso, depósito, etc.) o seguro que llegue a convenirse entre las partes, a fin de que en primer lugar, con el importe de las indemnizaciones se cubran a la arrendadora financiera los saldos pendientes de la obligación concertada por virtud del arrendamiento financiero, o las responsabilidades a que queda obligada como propietaria de los bienes (art. 417). Al respecto, vale la pena recordar que el art. 87 de la LSCS, relativo al interés asegurable, manifiesta que cuando se asegure una cosa ajena por el interés que se tenga en ella, supuesto en el que se encontraría el arrendatario financiero, se considerará que el contrato se celebra también en interés del dueño, que en nuestro caso es la arrendadora financiera, quien no podrá beneficiarse del seguro sino después de cubierto el interés del contratante y de haberle restituido las primas pagadas. Aunque existe congruencia tanto en el precepto de la LGTOC como en el de la LSCS, aquella exige que en contrato se señale como primer beneficiario a la arrendadora financiera, y que si la indemnización cubierta por la aseguradora no satisface los saldos pendientes de pago a favor de esta o las responsabilidades en que la misma incurriera, el arrendatario financiero queda constreñido al pago de los faltantes.

Indemnización de daños y perjuicios

La arrendadora financiera tiene derecho a que el arrendatario financiero le indemnice por los daños ocasionados por omitir el aviso relativo a la opción terminal seleccionada, sin perjuicio de lo que se convenga en el contrato. Este supuesto es el relativo al caso en el cual el arrendatario financiero y la arrendadora financiera convienen en que aquel adopte la opción terminal al finalizar el plazo, para lo cual debe notificar por escrito a esta, por lo menos con un mes de anticipación al vencimiento del contrato, cuál de ellas va a adoptar; si no lo hace, queda obligada en los términos señalados. Dicho pago de daños y perjuicios también resulta en los casos en los cuales la arrendadora financiera opte por la resolución del contrato o su cumplimiento forzado, al tenor de lo dispuesto por el art. 1949 del CCF.

Ejercicio directo y personal de las acciones y defensas

Este derecho supone que el arrendatario financiero ha sido perturbado en el uso o goce de los bienes objeto del contrato de arrendamiento financiero debido a cualquier acto de tercero, supuesto en el que dicho arrendatario está obligado a realizar las acciones que corresponden para recuperar los bienes o defender el uso o goce de los mismos. En tales casos la arrendadora financiera tiene derecho a ejercitar de manera directa las acciones o las defensas que sean necesarias para recuperar, reivindicar o defender los bienes y los derechos derivados de la propiedad de los mismos. Este ejercicio directo y personal de las acciones y defensas no supone necesariamente negligencia o impericia del arrendatario financiero, puesto que la arrendadora financiera puede ejercitar tales acciones o defensas por convenir así a sus intereses, además de poder hacerlo en caso de que no se efectúen o no ejerciten adecuadamente las acciones o defensas por parte del arrendatario financiero.

Asimismo, la arrendadora financiera tiene derecho a ejercitar las acciones y defensas procedentes cuando medie cualquier acto o resolución de autoridad que afecte la posesión o la propiedad de los bienes objeto del contrato de arrendamiento financiero, derecho que supone el conocimiento por parte de la arrendadora financiera de ese acto o resolución por cualquier causa o por así haber sido notificado por el arrendatario financiero, quien es responsable de los daños y perjuicios que cause la omisión de tal notificación, que debe hacer a más

tardar el tercer día hábil siguiente al que tenga conocimiento de los actos que afecten la propiedad o la posesión de los bienes. En este sentido, la arrendadora financiera tiene derecho, en caso de que no se efectúen o no ejerciten en forma adecuada las acciones o defensas, o por convenir así a sus intereses, a ejercitarlas directamente. Tal podría ser el caso de que un tercero proceda a embargar los bienes dados en arrendamiento financiero al arrendatario financiero, y este, por negligencia, omita no solo notificar a la arrendadora financiera, sino que incluso no ejercite, o no lo haga adecuadamente, los derechos correspondientes, por ejemplo, una excluyente de dominio, o interponer recurso de revocación si el embargante como acreedor del arrendatario financiero es la SHCP, por créditos fiscales.

Cesión de derechos y de contrato

Las partes pueden convenir que el arrendatario financiero suscriba uno o varios pagarés cuyo importe total corresponda al precio pactado por “renta global”, que la arrendadora financiera puede transferir, transmitiendo en consecuencia, conforme a la LGTOC, la parte correspondiente de los derechos derivados del contrato de arrendamiento financiero y demás derechos accesorios en la proporción que le correspondan. En la práctica, es muy frecuente encontrar en los contratos de arrendamiento financiero una cláusula relativa a la cesión de derechos u obligaciones, o ambos, derivados del contrato, en los que de antemano se autorice a la arrendadora financiera a ceder sus derechos y obligaciones, y otra por la cual el arrendatario financiero puede ceder sus derechos previa autorización expresa y por escrito de la arrendadora financiera.

Ni el CCF ni el CCo regulan en forma expresa la cesión de contrato, sino únicamente la cesión de créditos y la cesión de deudas; el CCo, en sus arts. 389 a 391, señala algunos requisitos y consecuencias de la cesión. La cesión de contrato está reconocida implícitamente en diversos preceptos del CCF, tal como sucede en la cesión de herencia (art. 2047); la transmisión del arrendamiento por enajenación del inmueble arrendado, en la que el adquirente se sustituye en todas las relaciones del contrato (art. 2409) y en la aparcería, cuando el dueño del predio lo enajena y el comprador queda de pleno derecho sustituido en las obligaciones y derechos del enajenante (art. 2742).

La cesión tanto de derechos como de contrato en materia de arrendamiento

financiero es válida y pueden darse diversos supuestos de cesión: de derechos de comprador de la arrendadora financiera en favor del arrendatario financiero; de derechos derivados del contrato en virtud de transmisión de títulos de crédito y en favor de instituciones de crédito o entidades financieras; de derechos y obligaciones de la arrendadora financiera en favor de otras arrendadoras financieras, y de derechos y obligaciones del arrendatario financiero en favor de un tercero. Los dos primeros supuestos constituyen una cesión de derechos, mientras que los dos últimos son verdaderas cesiones de contrato.

La resolución del contrato

Por la naturaleza misma del arrendamiento financiero, la posibilidad de resolver o de rescindir el contrato por las partes queda sujeta al plazo forzoso, sin que en principio se permita a ninguna de las partes dar por terminada la relación jurídica en forma anticipada ni en cualquier tiempo, en razón de que la naturaleza del contrato le ha dado el carácter “irrevocable” que incluso la doctrina le atribuye, como lo reconoce entre otros Gutiérrez Viguera,²⁵ quien alude a la irrevocabilidad del contrato de arrendamiento financiero para hacer referencia al cumplimiento forzoso, al cual la ley mantiene ligadas a las partes.

El CCF establece en su art. 1949 que 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. Amorós sostiene que es posible aducir la resolución del contrato en el arrendamiento financiero con la consiguiente obligación del pago inmediato de la totalidad o parte considerable de las mensualidades no vencidas, en concepto de cláusula penal que se estipula para sustituir anticipadamente la indemnización de daños y perjuicios, lo cual desde luego parece equivocado, no solo porque implica referirse a conceptos distintos (consecuencias de la resolución y la cláusula penal), sino porque sería inútil la distinción entre ambas figuras y la misma de la rescisión, de cara al plazo forzoso en el contrato, que coincide con la vida útil del bien mueble. El arrendamiento financiero es por esencia irrescindible durante el plazo forzoso, pero resoluble cuando exista cualquier circunstancia esencial que permita a la otra parte suponer fundadamente que las prestaciones pactadas no se cumplirán o no se han cumplido de conformidad con lo pactado, sin que sea suficiente para dar por resuelto el contrato el que solo una de dichas obligaciones sea

incumplida, sino que ese incumplimiento sea general o esencial de las obligaciones a cargo de una de las partes, como puede ser el pago de las parcialidades.

En efecto, en concordancia con la LGTOC, la arrendadora financiera debe conceder el uso o goce de los bienes en forma temporal y a plazo forzoso; esta exigencia supone la imposibilidad para las partes de pactar la terminación del contrato anticipadamente, y al referirse a la terminación del contrato solo alude a dos causas: el incumplimiento de las obligaciones a cargo del arrendatario, incluida la del pago de las parcialidades o cánones, y el incumplimiento de dicho arrendatario financiero de la obligación de celebrar el contrato de seguro, en el supuesto de que tal obligación se hubiere pactado; fuera de dichos casos la ley es omisa, pero en virtud de la definición del contrato –que incluye el plazo forzoso y la contraprestación a cargo del arrendatario, que comprende el valor de los bienes y demás cargas financieras–, se considera que no es aplicable la cláusula resolutoria tácita prevista en el art. 1949 del CCF, pues solo una justa causa es válida para resolver el contrato y para privar de la posesión al arrendatario financiero, el incumplimiento esencial, pero no cualquier incumplimiento; por lo que cuando el art. 416 de la LGTOC confiere a la arrendadora financiera el derecho para pedir al juez la posesión de los bienes, lo hace con la condición de que además del impago de alguna parcialidad, el arrendatario financiero haya incumplido con las demás obligaciones, sin que baste el simple impago de los cánones, puesto que alude al hecho de “ser exigible la obligación y ante el incumplimiento del arrendatario de las obligaciones consignadas en el contrato”, por lo que el derecho de resolver el contrato de arrendamiento financiero no puede entenderse en el sentido ni el alcance de los arts. 376 y 1949, porque el arrendamiento financiero es un contrato irrevocable por naturaleza y resoluble solo por incumplimiento esencial en las prestaciones; como tampoco la posesión de los bienes.

Desde luego, lo anterior es discutible en virtud de que la ley no hace distinción alguna cuando previene la resolución por incumplimiento; sin embargo, atendiendo al principio de conservación del contrato, a su naturaleza y al plazo forzoso, y puesto que todas o casi todas las obligaciones y responsabilidades, aun las derivadas de caso fortuito y fuerza mayor, son a cargo del arrendatario financiero, no es posible declarar resuelto el mismo ante cualquier incumplimiento del arrendatario financiero, por lo que para mayor seguridad cabría una reforma de la ley en el sentido de establecer que solo ante el

incumplimiento esencial de las obligaciones por parte del arrendatario financiero la arrendadora financiera tiene el derecho de pedir la resolución del contrato; es decir, cuando el incumplimiento sea esencial, entendiéndose por tal cuando el arrendatario financiero deje de pagar las parcialidades y no haya cubierto la mitad del importe total de las mismas, y a condición de que se le haya otorgado al arrendatario financiero un plazo suplementario razonable para que cumpla con las mismas y este no lo haga, manifieste de antemano su intención de no cumplir o sea declarado en concurso mercantil.

Con independencia de dicha propuesta, en caso de prosperar la resolución del contrato el arrendatario financiero tiene derecho a recuperar cualquier suma que hubiere cubierto por adelantado, así como la diferencia que exista entre las sumas pagadas durante la vigencia del contrato (fijado por peritos) y el precio del uso normal de la cosa objeto del contrato, además del importe de los beneficios que en su caso el arrendatario financiero hubiera incorporado o derivado a los bienes objeto del contrato; lo anterior, en razón de que en cada parcialidad que el arrendatario financiero paga incorpora parte del precio de adquisición del bien, puesto que por ello el importe de cada canon es superior al de una renta de bienes.

La tácita reconducción

En el CCDF la prórroga del contrato de arrendamiento está prevista como un derecho a favor del arrendatario que ha estado al corriente en sus pagos, supuesto en el cual puede obtener la prórroga hasta por un año (art. 2487, CCDF), siempre que la haga valer durante la vigencia del contrato y esta sea fija o determinada; si después de terminado el contrato el arrendatario continúa sin oposición en el goce y uso de la cosa, el contrato continuará en virtud de la tácita reconducción. En el caso del arrendamiento financiero, pese a que la ley prevé su prórroga, no es posible la tácita reconducción, no solo porque el arrendamiento financiero no tiene naturaleza arrendaticia, sino porque la prórroga del contrato es un derecho alternativo que tiene el arrendatario financiero a cambio de pagar un precio inferior al valor del bien y, en consecuencia, inferior al precio fijado para el plazo forzoso.

El único caso en que podría darse la prórroga es aquel en el cual las partes hayan previsto en el contrato que, a falta del ejercicio de la opción terminal, el contrato

se entenderá prorrogado y el arrendatario financiero continuará en el uso o goce mediante una venta simbólica. En los demás casos, conforme a la ley, el arrendatario financiero debe ejercitar alguna de las opciones terminales al vencimiento del plazo forzoso de uso y goce, aunque para ello debe hacer saber a la arrendadora financiera, con la anticipación exigida por la propia ley, cuál de las opciones previstas desea elegir; si el arrendatario financiero no ha comunicado ni ejercitado la opción respectiva al vencimiento del plazo forzoso, es responsable del uso y de los daños y perjuicios ocasionados a la arrendadora financiera, salvo lo que se establezca en el contrato, por ejemplo, que la omisión en la selección se entienda como opción de compra, y además, si desea continuar con el contrato, debe notificar por escrito a la arrendadora financiera que esta es su opción.

Incluso, conforme a la práctica mexicana no habría razón de considerar la tácita reconducción, ya que por lo general se establece en el contrato de antemano el precio para el ejercicio de la opción de adquisición del bien y, ante la omisión del arrendatario de dar aviso respecto de la opción, se considera automáticamente seleccionada la de adquisición y no la de la prórroga del contrato, lo cual es lógico porque dicho precio es simbólico.

Clases de arrendamiento financiero y otros contratos

Lease back

Este es un contrato mediante el cual el arrendatario financiero²⁶ vende a la arrendadora financiera un bien de su propiedad, y de manera simultánea adquiere su uso y goce en arrendamiento financiero con posibilidad de readquirir su propiedad al vencimiento del plazo forzoso. Se trata de una técnica de asistencia financiera que se materializa mediante la previa adquisición de un bien de capital, su venta a un tercero y el nuevo uso o goce del mismo mediante arrendamiento financiero, con lo cual se convierten los activos fijos en efectivo para hacer frente a los problemas de liquidez²⁷ manteniendo la continuidad en la utilización de los mismos, aunque desde luego no son menores los beneficios que obtiene la arrendadora financiera porque se convierte en propietaria de los bienes citados mediante un pago inferior al real.²⁸

El *lease back* es reconocido en diversas legislaciones: en el derecho musulmán (*bei bil istiglal*);²⁹ en España, en el Real Decreto Ley de Ordenación Económica, en su art. 26, tercer párrafo; el Proyecto de Convención sobre Arrendamiento Financiero Internacional, adoptado por el Unidroit en abril de 1987, excluía esta modalidad al exigir la presencia de una tercera “parte”: el proveedor (art. 1). La Convención adoptada en Montreal el 28 de mayo de 1988 también excluye el *lease back* en razón de que, al referirse al contrato, exige la presencia de un suministrador y la selección de este por el arrendatario financiero (arts. 1, inc. A, y 2, inc. a). En México, la LGTCO faculta a las arrendadoras financieras para adquirir bienes del futuro arrendatario financiero, con el compromiso de darlos a este en arrendamiento financiero.

Subleasing

Se trata de un subarrendamiento financiero previsto en el art. 2º de la Convención sobre *Leasing* Internacional, ordenamiento que prevé la aplicación de la convención cuando el objeto del subarrendamiento financiero sea el mismo equipo objeto del arrendamiento financiero, y se aplica como si la persona de quien el arrendador financiero adquirió el equipo fuera el proveedor y como si el acuerdo bajo el cual el equipo fue así adquirido (por el arrendatario financiero) fuera el acuerdo de suministro.

Esta peculiar figura no está permitida por la LGTOC en forma expresa; sin embargo, las partes pueden prever la posibilidad de que el arrendatario financiero, a su vez, conceda el uso o goce de los bienes en subarrendamiento financiero; por supuesto que la práctica de esta figura de manera profesional o habitual por el arrendatario financiero sería ilícita por contrariar las prohibiciones de la LGTOC, en cuanto que ninguna persona distinta de las sociedades anónimas, previa autorización, puede dedicarse a realizar operaciones de arrendamiento financiero.

Leasing inmobiliario

El arrendamiento financiero inmobiliario tiene por objeto bienes inmuebles para su uso y goce por un plazo forzoso establecido en el contrato, satisfaciendo, como contraprestación que se liquidará en pagos parciales, una cantidad que

comprenda el valor del bien, los gastos de adquisición, impuestos, intereses y demás accesorios, y al vencimiento del plazo forzoso opte por cualquiera de las opciones terminales. Un antecedente importante tanto de esta modalidad como del arrendamiento financiero en general se encuentra en 1945, cuando al final de la Segunda Guerra Mundial la Allied Stores Corporation vendió sus inmuebles y en el mismo acto los mantuvo en concepto de arrendatario por un plazo de 30 años, con una opción de renovación por otros 30 años y con una renta menor a la del periodo inicial.

El arrendamiento financiero inmobiliario presenta una peculiaridad, la derivada de la naturaleza misma del bien, ya que tal como expresan algunos autores,³⁰ a diferencia de lo que ocurre en los bienes muebles, los inmuebles están sujetos a una plusvalía constante que se obtiene por el simple transcurso del tiempo o bien por mejoras o por los servicios públicos de los que se ve beneficiado; incluso los avances tecnológicos no inciden de la manera como ocurre en los muebles, a no ser que se trate de una planta industrial que por el transcurso del tiempo o la falta de uso disminuya su valor, razones todas ellas que permiten concluir, paradójicamente, que en el supuesto de optar por la compra de inmueble el arrendatario financiero puede aún pagar por concepto de valor residual una cantidad incluso superior a la que correspondiera al precio de adquisición de la cosa, aunque desde luego ello depende del esquema y fraccionamiento del precio fijado en el arrendamiento financiero, el cual incluso desde el inicio es factible determinar que en caso de optar por la adquisición del bien el precio de la opción se fija en una cantidad determinada.

Por ello mismo, la duración del contrato también es diferente, ya que en los bienes muebles el plazo de duración del contrato suele coincidir con el de la vida útil de ellos; en los inmuebles, en cambio, habrá que tomar en consideración el lapso de utilización considerado necesario para la explotación económica del inmueble, así como la etapa de amortización indispensable para la arrendadora financiera; de cualquier manera es difícil determinar en términos generales la duración del contrato, debido a que gran parte de la inversión (el terreno) no está sujeta a depreciación.

Dummy corporation

Constituye una modalidad del arrendamiento financiero en la cual la

financiación de los bienes objeto del contrato se hace por medio de un grupo de ahorradores que adquieren la titularidad de las acciones de una sociedad de paja (*dummy corporation*), a la cual proveen de los recursos necesarios para la compra de dichos bienes. Tal sociedad se constituye por el arrendatario financiero y es dirigida por un *trust* que representa a los accionistas y administra la sociedad, cuyo objeto especial es recibir los cánones de los contratos y pagar los intereses, así como efectuar los reembolsos por las acciones cuando el arrendatario financiero ejercita la opción terminal.

Autoevaluación

1. Explique las tesis sobre la naturaleza del arrendamiento financiero.
2. ¿Cuáles son las diferencias entre los contratos de arrendamiento y arrendamiento financiero?
3. ¿Puede una persona distinta de una arrendadora financiera dar en arrendamiento financiero un bien mueble?
4. ¿Forma parte del precio del arrendamiento financiero el pago de la suma fijada para el caso de optar por la adquisición de bienes?
5. ¿Puede una arrendadora financiera ceder los derechos derivados del arrendamiento financiero a otra persona distinta de una organización auxiliar del crédito?, ¿por qué?
6. En caso de vicios ocultos del bien objeto del arrendamiento financiero, ¿quién, cómo y en contra de quién los reclama?
7. ¿Es válido pactar en el contrato que los riesgos de la cosa por caso fortuito o fuerza mayor sean asumidos por la arrendadora financiera?
8. ¿Puede la arrendadora financiera disponer de la posesión de los bienes cuya posesión ha sido decretada en su favor por el juez ante quien demandó al arrendatario financiero la resolución del contrato por incumplimiento, sin que haya sentencia?, ¿por qué?

9. Una vez vencido el plazo de prórroga del contrato de arrendamiento financiero, ¿debe restituir el arrendatario financiero el bien objeto del contrato, o tiene derecho a una nueva prórroga o al ejercicio de las demás opciones terminales?
10. Explique las opciones terminales que la ley concede al arrendatario financiero.

- ¹ Para el estudio completo del arrendamiento financiero véase mi libro *Arrendamiento financiero (leasing) en el derecho mexicano. Una opción para el desarrollo*, UNAM, México, 1989, pp. 31 y siguientes.
- ² Jean-Marie Lepoup, “Commentaires du jugement du Tribunal de Commerce de la Rochelle du 26 juin 1964”, *Juris Classeur. Periodique, La Semaine Juridique*, París, 1965, en donde comenta la jurisprudencia número 1481 bis.
- ³ Saúl Pérez Idiartegaray, “Algunas consideraciones sobre el *leasing* financiero mobiliario”, *Revista de Derecho Comercial y de la Empresa*, núms. 27-28, Uruguay, julio-diciembre de 1983, p. 171.
- ⁴ Paul Bibot, “Trois années de *leasing*”, *Suplemento Agefi*, Bruselas, 26 de octubre de 1964, p. 77. Cfr. Serge Rolin, *El leasing*, trad. Tomás Pérez Ruiz, Madrid, 1970, p. 18.
- ⁵ Serge Rolin, *op. cit.*, p. 21.
- ⁶ Francisco Rico Pérez, *Uso y disfrute de bienes ajenos con opción a compra. La contratación por leasing en España*, Reus, Madrid, 1974, p. 21.
- ⁷ Mario Giovanoli, *Le crédit-bail (leasing) en Europe; développement et nature juridique*, Librairies Techniques, París, 1980, p. 43. Véase Serge Rolin, *op. cit.*, pp. 22 y 23.
- ⁸ Para Loui Vincent y Pierre Deham (“La nature du contrat de *leasing*”, *Revue Critique de Jurisprudence Belge*, Bélgica, tercer trimestre de 1967, pp. 231-244), la naturaleza del contrato es híbrida, sobre todo porque se recurre en una operación esencialmente financiera a técnicas jurídicas destinadas a otros fines, como las del arrendamiento y la compraventa.
- ⁹ Eduardo Boneo Villegas y Eduardo A. Barreida Delfino, *Contratos bancarios modernos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1984, pp. 102 y siguientes.
- ¹⁰ Javier Arce Gargollo critica con justa razón la expresión *liquidación*, debido a que, como dice, tiene una connotación jurídica propia que no es la que pretende el precepto; *op. cit.*, p. 86.
- ¹¹ Eduardo Boneo Villegas y Eduardo A. Barreida Delfino, *op. cit.*, pp. 122 y 123.
- ¹² Eduardo Trucco B. (“Comentarios en torno al *leasing*”, *Revista de Derecho*, Concepción, Chile, año

XLI, núm. 164, enero-diciembre de 1976, p. 161) dice que por ello una arrendadora financiera chilena considera como precio el valor CIF del bien, los derechos aduaneros, el costo del crédito, internación y fletes hasta la bodega del arrendatario financiero, monto al que se agrega 3% sobre esa suma por “costo de dinero por el plazo que transcurra entre el embarque y la entrega del bien en bodega del arrendatario financiero, y el 1% más para gastos administrativos; finalmente, exige como renta mensual el 2.6% del costo total del mismo bien”.

- 13 Manuel Gutiérrez Viguera, *El leasing como institución financiera*, Asociación para el Progreso de la Dirección, Madrid, 1977, p. 89.
- 14 Cfr. Manuel Amorós Guardiola, “El leasing inmobiliario y su inscripción registral”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, año LXI, núm. 569, julio-agosto de 1985, p. 866; Giovanni Gabrielli, “Sulla funzione del leasing”, *Rivista del Diritto Civile*, Padua, año XXV, núm. 4, segunda parte, julio-agosto de 1979, p. 455; y F. T. Silli, “El arrendamiento financiero en México”, *Investigación Fiscal*, México, núm. 48, diciembre de 1969, p. 914.
- 15 Antonio Cabanillas Sánchez, “La naturaleza del leasing o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales”, *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, t. XXXV, fasc. 1, enero-febrero de 1982, p. 99.
- 16 En el mismo sentido, Manuel Amorós Guardiola (*op. cit.*, pp. 909 y 910) añade que es posible la renuncia a exigir la responsabilidad solo cuando el vendedor o cedente ignora tales vicios o defectos ocultos, y en cuanto a la evicción, la renuncia solo es válida cuando no existe mala fe.
- 17 José María de la Cuesta Route, “Reflexiones en torno al leasing”, *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, núm. 118, octubre-diciembre de 1970, p. 582.
- 18 Antonio Cabanillas, *op. cit.*, p. 68. Efectivamente, puede existir un arrendamiento con opción de compra o de prórroga del contrato, aunque el CCF obliga a conceder al arrendatario el derecho del tanto en caso de venta del inmueble (arts. 2447 y 2448, letra J), al permitirle al arrendatario de fincas urbanas destinadas a la habitación decidir sobre la prórroga del contrato hasta por dos años más, siempre que se encuentre al corriente en el pago de las rentas; o la opción que le confiere de adquirir, en igualdad de condiciones que un tercero, el bien arrendado.
- 19 Javier Arce Gargollo, *Contratos mercantiles atípicos*, Trillas, México, 1985, p. 89.
- 20 Para la convención sobre arrendamiento financiero internacional, en cambio, es irrelevante que se concedan o no opciones terminales. Cfr. arts. 3º y 8º, numeral 2.
- 21 Para el estudio de la naturaleza jurídica de las arrendadoras financieras, sus operaciones, facultades y obligaciones, véanse entre otros Jorge Barrera Graf, *Nueva legislación bancaria*, México, Porrúa, 1985; Eduardo Cogorno, *Teoría y técnica de los nuevos contratos mercantiles*, Meru, Buenos Aires, 1979; Manuel Gutiérrez Viguera, *El Leasing como institución financiera*, Asociación para el Progreso de la Dirección, Madrid, 1977; Serge Rolin, *El leasing* (trad. Tomás Pérez Ruiz), Madrid, 1970; José María de la Cuesta Route, “Reflexiones en torno al leasing”, *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, núm. 118, octubre-diciembre de 1970, p. 582, y Fernando A. Vázquez Pando, “En torno al arrendamiento financiero”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, año 4, núm. 4, 1980.
- 22 El Proyecto de Convención sobre Leasing del Unidroit (art. 1, inc. a) y la propia Convención imponen la misma obligación.

- ²³ Antonio Cabanillas, *op. cit.*, pp. 90 y 91.
- ²⁴ Manuel Amorós, *op. cit.*, pp. 908 y 909; asimismo, añade que su validez exteriorizaría el abuso del derecho.
- ²⁵ Manuel Gutiérrez Viguera, *op. cit.*, pp. 77 y 78.
- ²⁶ S. Pérez, *op. cit.*, p. 174; M. Gutiérrez Viguera, *op. cit.*, pp. 43 y 44, y E. Boneo, *op. cit.*, p. 139.
- ²⁷ Cfr. E. Boneo, *op. cit.*, p. 139; Jacques Coillot, *Leasing*, Mapfre, Madrid, 1974, p. 206, y M. Gutiérrez Viguera, *op. cit.*, p. 43.
- ²⁸ Véase Silvia María Cinquemani, “Sale and lease back tra licita e frode al divieto del patto commissorio”, *Cass. Civ. II Sez.*, 126.10.1995, n. 10805/95, *Sardaleasing vs. Ammendola*, Conferma App. Cagliari 3.03.1993, n. 171.
- ²⁹ Sélim Jahel, “L’adéquation du droit musulman classique aux procédés modernes de financement et de garantie”, *Revue trimestrielle du droit commercial et du droit économique*, año 38, núm. 3, julio-septiembre de 1985, p. 150.
- ³⁰ Antonio Cabanillas, *op. cit.*, p. 72, y Manuel Amorós, *op. cit.*, p. 883.

Tiempo compartido y multipropiedad

Propósitos

Al concluir este capítulo, el lector analizará y comprenderá el contenido y la naturaleza jurídica del contrato de tiempo compartido, los criterios para clasificar su mercantilidad, sus elementos y características, así como la multipropiedad y sus diferencias.

Concepto

El incremento del turismo y de las necesidades de la población ha generado distintas modalidades de comercialización de proyectos inmobiliarios, hoteleros y habitacionales, como los *condohoteles*, *buy to let*, *branded residences*, *time sharing* (tiempo compartido), *destination clubs*, *private residence clubs* y *fractional ownerships* (fraccional o multipropiedad), pero no se puede desconocer que dichas formas novedosas de comercialización (y también de financiación) tienen consecuencias jurídicas distintas y son resultado del ejercicio de la autonomía de la voluntad y por ende de la libertad contractual, consagradas tanto en el art. 5º constitucional como en los arts. 6º, 7º, 8º, 1796, 1858 y 1859 del CCF, así como en el 78 del CCo, conforme a los cuales las partes pueden celebrar y ejecutar los contratos que deseen e incluir en ellos las cláusulas que consideren más convenientes, estén o no reconocidos (nominados) o reglamentados (típicos) por la ley, con las únicas limitaciones previstas por la misma.

Tiempo compartido (time sharing)

La *Ley Federal de Protección al Consumidor* (LFPC) establece en su art. 64 que

existe servicio de tiempo compartido, independientemente del nombre o de la forma que se dé al acto jurídico correspondiente, cuando una persona pone a disposición de otra 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 periodos previamente convenidos, mediante el pago de alguna cantidad, sin que, en el caso de inmuebles, se transmita el dominio de estos. En la práctica este contrato se utiliza siempre respecto de bienes inmuebles, aunque la ley prevé la posibilidad de que se haga sobre bienes muebles.

El tiempo compartido (*time sharing*) es el sistema por el cual se adquiere el derecho de uso, goce y disfrute de una unidad residencial vacacional, los bienes muebles que a ella se encuentren afectos y en su caso las instalaciones, áreas, construcciones y servicios comunes, siempre y cuando el derecho se limite a un número determinado de días por un periodo específico de años. El sistema puede constituirse sobre los bienes muebles afectos a unidades residenciales vacacionales, aplicándose las disposiciones de la ley en todo lo que no contraría su naturaleza. Esto es, se adquiere un derecho a utilizar un determinado *resort* turístico durante un periodo (usualmente algunas semanas). Ese derecho puede ser utilizado en distintos *resorts* de la misma prestataria.

Se trata de un nuevo sistema de comercialización de servicios de tipo hotel que prestan al público personas morales dedicadas a esta actividad y cuyo antecedente puede ser el sistema denominado *condotel*, practicado en México en la década de 1970. Este sistema revolucionó el concepto de hospedaje, ya que se fundamenta en el principio de compartir propiedad, espacio, tiempo y servicios, con la posibilidad de utilizar unidades habitacionales en diferentes lugares durante tiempos determinados y que brinda al usuario servicios como los de hospedaje, restaurante, cafetería, bar, piscina, tiendas e instalaciones deportivas, entre otros,¹ pero a diferencia de este sistema, por el de tiempo compartido no se transfiere ni se comparte propiedad, sino solo el uso y goce de una o varias unidades de un inmueble, o todo un inmueble y otros servicios.

Existen otros sistemas parecidos:

- a) *Private residence clubs*: son la expresión más exclusiva y lujosa. Se distinguen por su extraordinaria arquitectura y diseño, por su máximo nivel de servicios y por estar ubicados sin excepción en destinos turísticos de

élite.

- b) *Destination clubs*: a diferencia de los anteriores, el usuario se transforma, contra el pago de una inscripción, en miembro de un “club de vacaciones”. Para mantener su membresía tendrá que abonar una determinada cuota mensual. A su vez, el uso de los servicios se abona aparte.
- c) *Condohotel*: se adquiere una habitación de hotel con el fin de dar su operación a la cadena hotelera. Generalmente las utilidades de la explotación de la habitación se dividen por mitades entre el dueño y la cadena. En el condohotel “puro” no hay derecho de uso en favor del dueño de la habitación.
- d) *Buy to let*: se adquiere una habitación de hotel con el fin de usarla durante un tiempo determinado al año, mientras que el resto del tiempo se alquila a cambio de una renta. Se diferencia del condohotel básicamente en que aquí existe un derecho de uso de la habitación. En el resto, se aplican los términos y condiciones usuales de los condohoteles.
- e) *Fractional ownership* o multipropiedad: se explica más adelante.

El 17 de mayo de 2010 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF) la Norma Oficial Mexicana NOM-029-SCFI-2010, “Prácticas comerciales. Requisitos informativos para la comercialización del servicio de tiempo compartido”, para sustituir a la NOM-029-SCFI-1997, “Prácticas comerciales. Requisitos informativos para la comercialización del servicio de tiempo compartido”, que a su vez había sustituido a la NOM-029-SCFI-1993, publicada en el DOF del 30 de noviembre de 1993² y cuyo objetivo es establecer los requisitos de información comercial y elementos normativos a que deben sujetarse los prestadores, operadores, comercializadores e intermediarios del servicio de tiempo compartido, con el fin de proteger la capacidad adquisitiva y lograr la plena satisfacción del usuario por el servicio contratado. En el prefacio de la norma se señala que en la elaboración de la misma participaron, entre otros, la Asociación Mexicana de Desarrolladores Turísticos (Amdetur), la Asociación Sudcaliforniana de Desarrolladores de Tiempo Compartido (Asudestico), el Fondo Nacional de Fomento al Turismo (Fonatur), la Procuraduría Federal del Consumidor, la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (hoy Secretaría de Economía) y la Secretaría de Turismo. Dicha norma (en adelante la NOM, la norma o esta norma) reproduce en su art. 3.14 el concepto de *tiempo compartido*

del art. 64 de la LFPC.

Conforme al art. 64 de la LFPC, el tiempo compartido como contrato consiste en poner a disposición de una persona o grupo de personas el uso, goce y demás derechos que se convengan sobre un bien o parte del mismo, en una unidad variable dentro de una clase determinada, por periodos previamente convenidos, mediante el pago de alguna cantidad, sin que, en el caso de inmuebles, se transmita el dominio de estos.

Mercantilidad del contrato

Aunque el contrato de tiempo compartido no está regulado expresamente por el CCo, no cabe duda de que se trata de un contrato de carácter mercantil cuando la persona que pone a disposición del usuario un bien para su uso o goce y los demás derechos es una sociedad mercantil, un comerciante persona física o un fiduciario de un fideicomiso para este objeto, ya que hace de este sistema su ocupación habitual al dedicarse a comercializar dichos servicios, con independencia de que también existen contratos de tiempo compartido de carácter civil regulados por algunas leyes locales, e incluso hubo cierta controversia constitucional promovida por los poderes locales de Quintana Roo en contra de la norma oficial que fue declarada infundada.

El *Código Civil del Estado de Jalisco* regula el derecho de uso de tiempo compartido dentro del libro tercero, “De los bienes, su propiedad y sus diferentes manifestaciones”, y en el art. 1115 del título noveno de ese libro, “Derecho de uso en tiempo compartido”. Señala que el derecho de uso en tiempo compartido es el régimen jurídico a que se afecta una edificación y el mobiliario útil para ello, con la finalidad de que sea aprovechado para fines turísticos en forma conjunta, separada y sucesivamente por los adquirentes. Agrega que es *operador* la persona que tiene el cuidado y mantenimiento del desarrollo.

Conforme a dicho precepto, los derechos y las obligaciones de las partes se rigen por la ley en lo general; por el reglamento que expida quien afecta el bien a la modalidad de tiempo compartido, y en lo particular, por los contratos y convenios que en cada caso se celebren. De ahí se desprendería que el contrato relativo puede tener el carácter de civil y entonces está sujeto a lo previsto por la ley local; sin embargo, el contrato por el cual se otorga el tiempo compartido

constituye un negocio sujeto a las normas federales, entre ellas las de protección al consumidor y de turismo en los supuestos por estas, tanto cuando el que lo presta es un proveedor, comerciante, como cuando el objeto del mismo se ubica en territorio federal, de donde resulta que prácticamente no cabe la posibilidad de contratos civiles de tiempo compartido, en virtud de que para su celebración se precisa satisfacer los requisitos previstos por la ley federal, como se señalará a continuación.

La NOM establece los elementos normativos para los sistemas de tiempo compartido, los cuales son de observancia general y obligatoria en el territorio nacional para los proveedores y comercializadores del tiempo compartido que hacen de este su ocupación habitual, de donde se confirma la mercantilidad del contrato.

Características

Son las siguientes: *a)* el de tiempo compartido es un contrato formal. El contrato debe constar por escrito e inscribirse el modelo del mismo en la Procuraduría Federal del Consumidor (Profeco); *b)* es un contrato de adhesión porque las cláusulas y el contenido del mismo están predispuestos previamente sin que el consumidor pueda discutir sus términos ni condiciones; *c)* debe registrarse. Los derechos y las obligaciones de las partes deben estar previamente señalados en un contrato de adhesión debidamente registrado ante la Profeco, conforme a lo establecido por las autoridades competentes y de acuerdo con lo previsto por el art. 64 de la LFPC; *d)* oneroso. Es un contrato de prestaciones recíprocas: el administrador recibe una cantidad de dinero y el usuario adquiere los derechos de uso y goce de una unidad variable, de un inmueble o parte de este, así como el derecho para recibir otros servicios; y *e)* de tracto sucesivo. El tiempo compartido es un contrato de duración; solo es posible su ejecución mediante el transcurso del tiempo.

Naturaleza jurídica

El sistema de comercialización de tiempo compartido está regulado fundamentalmente por la LFPC y la NOM. Asimismo, la Profeco está encargada de autorizar los contratos de adhesión o de negar su inscripción, y en la LFPC se

establece que la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (hoy, Secretaría de Economía), mediante normas oficiales mexicanas, podrá sujetar contratos de adhesión a registro previo ante la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor cuando impliquen o puedan implicar prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores, obligaciones inequitativas o abusivas, o altas probabilidades de incumplimiento. Las normas podrán referirse a cualesquiera términos y condiciones, excepto precio (art. 86, LFPC).

La NOM califica de “venta” el acto jurídico por medio del cual el prestador, a cambio de un precio cierto, se obliga a proporcionar el servicio de tiempo compartido respecto de un bien en uno o varios establecimientos terminados y en operación, o en parte de ellos, incluyendo los beneficios adicionales, secundarios o complementarios que el prestador ofrece. Sin embargo, el contrato de tiempo compartido no tiene la naturaleza de un contrato de compraventa, puesto que el prestador no transfiere la propiedad de la cosa objeto del contrato, sino únicamente el derecho al uso y goce de ella por periodos previamente determinados, así como el derecho a recibir otros servicios. El usuario no adquiere ningún derecho real sobre los inmuebles, sino solo el derecho personal a que se preste el servicio de tiempo compartido en los términos convenidos. Ese derecho lo comparte –de ahí su denominación– con otros usuarios según los periodos convenidos. Incluso la misma NOM, aunque alude a compraventa, la define como todo acto jurídico por medio del cual se acuerda prestar el servicio de tiempo compartido sobre un inmueble determinado y en operación, o parte de él que se ofrezca al público y que se encuentre totalmente terminado y en operación. Como expresa José Ovalle Favela, cuando la NOM alude a venta y preventa de tiempo compartido, en realidad se refiere al contrato definitivo de tiempo compartido y al preparatorio, respectivamente.³

Así las cosas, se debe determinar cuál es la naturaleza de los derechos que confiere dicho acto jurídico para estar en condiciones de determinar si por virtud de ese contrato existe una compraventa, un contrato de arrendamiento o un contrato de otra naturaleza. Conforme a la NOM, el contrato de tiempo compartido es aquel por el cual una persona, denominada *prestador*, se obliga a poner a disposición de otra u otras, denominadas *usuario* o *grupo de usuarios*, 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 periodos previamente convenidos, mediante el pago de alguna cantidad, sin que en ningún caso se transmita el dominio de los establecimientos afectos al servicio; esto es, se trata

de derechos de alojamiento u hospedaje y de diversos servicios.

En nuestra opinión, ese cúmulo de derechos que el prestador concede al usuario son derechos de crédito o personales. El usuario adquiere la titularidad de derechos que incluyen los de disfrutar de las instalaciones y áreas comunes de un inmueble; la posibilidad de disponer de los derechos de alojamiento; la obtención de servicios hoteleros, de limpieza y mantenimiento; así como la administración del inmueble por el prestador o el operador. El derecho personal o de crédito, de acuerdo con la tesis clásica de la doctrina civilista, consta de cuatro elementos: un sujeto activo (acreedor), que tiene derecho de exigir su cumplimiento; un sujeto pasivo (deudor), que debe cumplir; la relación jurídica entre ambos (el contrato) y el objeto, que consiste en la prestación de dar, hacer o no hacer (recibir en forma exclusiva el derecho de alojamiento en los términos señalados).

Ese derecho personal deriva precisamente del acuerdo de voluntades, que en nuestro caso es el contrato de prestación de servicios de tiempo compartido, el cual incluye, entre otros, el derecho al alojamiento en un inmueble; a su vez, el art. 1825 del CCF, cuando se refiere a la cosa objeto del contrato, aunque no lo hace en forma expresa, identifica la “cosa” con el “bien” y expresa que la misma debe existir en la naturaleza, ser determinada o determinable en cuanto a su especie y estar en el comercio. La cosa objeto del contrato es la prestación o abstención a cargo del deudor y en favor del acreedor (la conducta humana de dar, hacer o no hacer) y se clasifica en objeto directo (la conducta que debe observar el deudor de hacer, dar o no hacer) y objeto indirecto (la cosa o el bien que el obligado deba dar). En el contrato de tiempo compartido, el objeto directo consiste en el derecho de obtener servicios de alojamiento y otros convenidos; el objeto indirecto lo constituyen las unidades respecto de las cuales se concede ese derecho, y ese cúmulo de derechos tienen la naturaleza de derechos personales o de crédito, que las partes tienen derecho a exigirse mutuamente en virtud del mismo contrato.

En cuanto a la naturaleza de esos derechos personales o de crédito, que se traducen para su titular en el derecho de alojamiento en las instalaciones del prestador o de un tercero, corresponde a la de bienes muebles por determinación de la ley, puesto que esta no los califica de bienes inmuebles. En efecto, si bien el CCF señala que son bienes muebles por determinación de la ley las obligaciones y los derechos o acciones que tienen por objeto cosas muebles o

cantidades exigibles en virtud de acción personal (art. 754), también califica de muebles aquellos no considerados por la ley como inmuebles (art. 759), y siendo que el art. 750 del mismo ordenamiento, al enumerar los bienes que considera inmuebles, en la fracc. XII solo califica como tales los derechos reales sobre inmuebles, no así los derechos personales, aun cuando deriven o correspondan a bienes inmuebles, dichos derechos son también bienes muebles por determinación de la ley.

Así las cosas, si los derechos de alojamiento no son derechos reales, entonces no son bienes inmuebles porque dicho alojamiento no está dentro de los denominados *derechos reales*; el alojamiento no es un derecho de propiedad, sino que el usuario solo es titular del derecho de alojamiento, pero no se le transfiere el inmueble; tampoco la posesión, porque no se entrega a otro una cosa por la cual se le conceda el derecho de retenerla temporalmente en su poder (art. 791, CCF). Tampoco se confiere el usufructo, servidumbre, uso o habitación como derechos reales definidos por la ley. Entonces, si se dice que los derechos de alojamiento son bienes muebles, se tendrá que determinar qué clase de bienes muebles constituyen esos derechos.

Dentro de las diversas clasificaciones de bienes muebles, la doctrina considera la que los clasifica en bienes *corporales* e *incorporales*; los primeros son las cosas, aquellos bienes que tienen una existencia material; los segundos son los derechos, salvo el derecho de propiedad, según la tradición romanista,⁴ y que son los intangibles, aquellos bienes que no tienen existencia material, simples concepciones de la inteligencia, que no caen bajo la acción de nuestros sentidos y que por ello no se pueden ver ni tocar.

Jorge Domínguez Martínez⁵ señala que una clasificación de los bienes es la que distingue los *corporales* de los *incorpóreos*, tomando en cuenta si el bien ocupa o no un lugar en el espacio, si puede o no ser apreciado por los sentidos. Añade que los bienes incorpóreos son los intangibles, una creación que tiene una estructura estrictamente jurídica, no física, dentro de los cuales ubica a los derechos tanto reales como de crédito. A su vez, Marcel Planiol⁶ expresa que la palabra *bienes* comprende, además de las cosas materiales, cierto número de bienes incorporales que son los mismos derechos, en los que se comprende todo lo que sea un elemento de fortuna o de riqueza susceptible de apropiación en provecho del individuo o de una colectividad, como los créditos, rentas,

derechos de autor, patentes de invención, etc. Jorge Barrera Graf,⁷ al referirse a los bienes que pueden ser objeto de aportación en las sociedades mercantiles, indica que pueden aportarse a la sociedad bienes materiales (muebles o inmuebles) e inmateriales, como los derechos de la propiedad industrial o intelectual, derechos personales o derechos de crédito.

En tales condiciones, los derechos de alojamiento por sí mismos no son bienes materiales, aun cuando se materialicen en las unidades de un desarrollo turístico, puesto que esos derechos *per se* escapan a nuestros sentidos y, sin embargo, conceden a su titular la posibilidad de exigir la prestación consistente en la concesión, por el plazo fijado en el contrato, del uso exclusivo de las unidades del desarrollo turístico y la efectiva utilización de dichas unidades.⁸

Conforme al contrato, el usuario adquiere el derecho de ser el receptor del servicio de alojamiento en las unidades o inmuebles convenidos por el periodo acordado en el contrato, lo cual, en principio, supondría que se trata de derechos de uso o goce temporal de bienes que se conceden respecto de bienes tangibles; sin embargo, según el contrato, el usuario adquiere servicios hoteleros y no únicamente la concesión del uso o goce de bienes; es decir, no se trata de la concesión del uso o goce temporal de bienes, sino de la adquisición de derechos para recibir la prestación de servicios hoteleros o de alojamiento en habitación que se prestan por medio del prestador o del operador, así como otros servicios.

En la especie, si bien en el contrato se transmite el derecho de disfrutar de las instalaciones de un desarrollo turístico o de espacios en hoteles (bienes tangibles), a cambio de una contraprestación, este es una consecuencia de los servicios de hospedaje o alojamiento y de otros que se adquieren, y no a la inversa. En efecto, el art. 2666 del CCF define el contrato de hospedaje como aquel por el cual alguno presta a otro servicios de hospedaje mediante una retribución convenida, comprendiéndose o no, según se estipule, los alimentos y demás gastos que origine el hospedaje. El contrato de hospedaje se encuentra regulado dentro del título décimo, “Del contrato de prestación de servicios”, de la parte segunda, “De las diversas especies de contratos”, del CCF y tiene una connotación diversa de la del contrato de arrendamiento, por el cual exclusivamente se concede el uso o goce temporal de bienes a cambio de una contraprestación, ya que en aquel se prestan diversos servicios.

Así, aun cuando la ley fiscal no distingue entre los contratos de arrendamiento y

el de tiempo compartido, sino que comprende dentro del concepto de “uso o goce temporal de bienes” cualquier acto jurídico por el cual se conceda a una persona el uso o goce temporal de bienes tangibles, se considera que por definición del contrato de hospedaje y por el contenido del diverso de tiempo compartido este no se encuadra dentro de la venta ni del arrendamiento, como tampoco del contrato de hospedaje, sino que se trata de un contrato distinto, de naturaleza mixta, por cuanto incluye prestaciones típicas de varios contratos típicos, principalmente del de arrendamiento, prestación de servicios y hospedaje, ya que dicho contrato no otorga solo el uso o goce de bienes, sino la titularidad del derecho para recibir la prestación de diversos servicios.

Luego, si el objeto principal del contrato es la adquisición de servicios de alojamiento y no exclusivamente la concesión del uso o goce de bienes, dicho contrato no queda comprendido dentro del de arrendamiento, aunque tampoco del de compraventa o el de hospedaje; más aún que los contratos se califican en función de la obligación principal que generan y no de las accesorias, y en el caso concreto del contrato de tiempo compartido, el contenido obligacional se determina en función del cúmulo de servicios que se prestan, entre otros el de hospedaje, y no de la concesión del uso o goce de bienes como ocurre, en cambio, en el contrato de arrendamiento.

Tanto la denominación como el contenido del acto jurídico de tiempo compartido difieren del de los contratos mencionados, ya que si bien parte de su contenido corresponde al de un contrato de hospedaje, expresamente reconocido en el CCF, por el cual el usuario adquiere la titularidad de derechos de hospedaje,⁹ también lo es que se diferencia de este en que las partes asumen obligaciones y derechos diversos de los del hospedaje. Así, se trata de un contrato de prestación de servicios turísticos, al que le es aplicable por analogía el art. 2666 del CCF¹⁰ y por el cual el prestador se obliga ante el usuario a concederle el uso o goce y otros derechos personales respecto de un inmueble o parte del mismo, en una unidad variable dentro de una clase determinada, por periodos previamente convenidos y mediante el pago de un precio determinado a cargo del usuario.

Elementos reales

Son elementos reales del contrato el *establecimiento* y el *precio*. El primero es el

bien inmueble o parte de él, o las unidades variables en donde se preste el servicio de tiempo compartido (art. 3.5, NOM), así como las áreas comunes, es decir, las partes de las instalaciones del establecimiento que pueden disfrutar todos los usuarios del servicio de tiempo compartido, conforme a su naturaleza y destino ordinarios, sin transgredir los derechos de los demás (art. 3.1, NOM). El prestador debe afectar el inmueble objeto del contrato mediante declaración unilateral de voluntad, otorgada ante notario público o mediante fideicomiso otorgado en escritura pública, precisamente para la prestación del servicio de tiempo compartido, por lo que debe contar con una constancia que acredite que el bien está afectado a la prestación del servicio de tiempo compartido, en los términos que señalen las legislaciones locales sobre la materia. En ambos casos debe presentarse la constancia de inscripción definitiva en el Registro Público de la Propiedad. El inmueble afecto al servicio de tiempo compartido no puede modificarse en cuanto al uso al que está destinado. En el caso de que se pretenda llevar a cabo cambios importantes que reduzcan o supriman las instalaciones, áreas verdes recreativas, deportivas o las áreas comunes del establecimiento, el prestador debe someter la propuesta al visto bueno de los usuarios por escrito, quienes por mayoría simple de votos deben decidir lo procedente (art. 6.3, NOM). En cuanto al *precio*, son las cuotas que el usuario debe pagar al prestador en los términos previstos en el contrato, para obtener los servicios de tiempo compartido.

Elementos formales

Tal como lo prevé el art. 6 de la NOM, los contratos de adhesión que celebre el prestador con los usuarios deben ser otorgados por escrito, contar con el registro previo ante la Profeco y estar escritos en idioma español, sin perjuicio de que sean también escritos en otro idioma, siempre que el prestador compruebe que se trata de una traducción fiel del documento registrado en español, hecha por perito oficial. Dichos contratos deben incluir una cláusula donde se señale que en caso de existir discrepancias debe prevalecer el texto en español sobre el texto del idioma extranjero. En virtud de que este contrato va dirigido a los turistas tanto nacionales como extranjeros, por lo general se presenta la necesidad de contar con la versión en otro idioma (inglés y francés) del contrato.

Para que la Profeco otorgue el registro del contrato de adhesión, el prestador debe presentarle los documentos siguientes:

- a) Comprobante de la notificación presentada ante la Secretaría.
- b) Constancia de que el bien está afectado a la prestación del servicio de tiempo compartido, en los términos que señalen las legislaciones locales sobre la materia o mediante declaración unilateral de voluntad otorgada ante notario público, o contenida en un contrato de fideicomiso en escritura pública. En ambos casos debe presentarse la constancia de inscripción definitiva en el Registro Público de la Propiedad, excepto ciertos prestadores intermediarios que cumplan determinados requisitos.
- c) Copia simple de la póliza del seguro contra daños y siniestros totales o parciales de los bienes muebles e inmuebles destinados al servicio de tiempo compartido, para la reconstrucción o reparación del establecimiento y para amparar a los usuarios en su integridad física y sus pertenencias. Dicho seguro en ningún caso puede tener una cobertura inferior a lo dispuesto para los servicios hoteleros.
- d) El modelo del contrato que será celebrado con los usuarios y que debe contener cuando menos el monto, las condiciones y los periodos de pago de las cuotas ordinarias; la indicación sobre si el desarrollo está inscrito en un programa de intercambio prestado por terceros; un Reglamento Interno, que debe contener las bases o reglas de operación a las que se sujeta la prestación y el uso de este servicio; una cláusula en la que se establezca un plazo de cinco días siguientes a la fecha de la firma del contrato, a efecto de que el consumidor pueda revocar su consentimiento sin su responsabilidad y con derecho a la devolución de las sumas entregadas; las garantías que permitan proteger los intereses y la integridad física de los usuarios, así como garantizar el cumplimiento de las obligaciones del prestador (dichas garantías pueden consistir en una fianza con garantía fiduciaria que puede garantizarse o un fideicomiso de garantía; en su caso, la vigencia de este último no puede ser inferior a la del propio contrato de adhesión). La terminación del servicio de tiempo compartido está sujeta a la conclusión del plazo fijado en la constitución del servicio; y la descripción de los cobros y conceptos de los mismos, que se pretende hacer al usuario por la contratación del servicio de tiempo compartido, incluidos, en su caso, los costos por la suscripción o membresía.
- e) Para el registro del contrato de adhesión de “preventa” de los servicios de

tiempo compartido, el prestador debe presentar además los documentos siguientes: *i)* licencia de construcción del inmueble destinado al servicio de tiempo compartido, así como la fianza o garantía de uso alternativo o garantía solidaria de otras empresas por todo el tiempo que dure la construcción y puesta en operación del establecimiento. *ii)* tratándose de reconstrucción, ampliación o reparación del establecimiento, copia de la póliza de seguro contra daños y siniestros totales o parciales de los bienes muebles e inmuebles, contruidos o en operación, destinados al servicio de tiempo compartido; *iii)* descripción de los cobros, y conceptos de los mismos, que se pretende hacer al usuario por la contratación del servicio de tiempo compartido, incluyendo, en su caso, los costos por la suscripción o membresía.

- f)* Además, los contratos de adhesión para la venta o preventiva del servicio de tiempo compartido deben contener los requisitos y las cláusulas exigidos en el art. 6.4 de la NOM y sus subincisos, entre otros los siguientes: el nombre y domicilio del prestador dentro de la República Mexicana; Registro Federal de Contribuyentes del prestador; lugar donde se presta el servicio de tiempo compartido; en el caso de los prestadores intermediarios, la obligación de proporcionar al usuario, por lo menos tres veces al año, una relación actualizada de los lugares y desarrollos donde se presta el servicio de tiempo compartido; un espacio en blanco para indicar el nombre y domicilio del usuario; la obligación del prestador de hacer efectivos los derechos de uso y goce de bienes que tienen los usuarios, incluyendo periodos de uso y características de los bienes muebles e inmuebles del servicio de tiempo compartido.
- g)* Para el caso de las ventas, se deben mencionar los seguros correspondientes y, en lo relativo a las preventas, la especificación de las garantías para el mismo.
- h)* Vigencia del contrato. En el caso de los prestadores intermediarios que cuenten con algún mecanismo de garantía, deberá establecerse una vigencia del contrato, que no podrá ser posterior a la de dicho mecanismo.
- i)* “La forma y términos en que se notifica a los usuarios las modificaciones estipuladas en el inciso.”
- j)* El detalle de las sanciones a que se hacen acreedores tanto el prestador

como el usuario, en caso de cancelación extemporánea o incumplimiento del contrato, así como el procedimiento para su cálculo y aplicación al dar por terminada la relación contractual.

- k) La mecánica y condiciones para llevar a cabo la renovación del contrato, en su caso, así como los costos que implican para el usuario.
- l) La mención de que existe un Reglamento Interno.
- m) La indicación expresa de si el servicio queda afiliado a un sistema de intercambio, nacional o internacional, por así haberlo ofrecido en los contratos y la forma de cumplir con esta obligación.

Elementos personales del contrato

De la definición del contrato se desprende la existencia de por lo menos dos elementos personales: el prestador del servicio y el usuario.

Prestador del servicio

Persona que se dedica de manera directa o indirecta a la comercialización, operación y prestación del servicio de tiempo compartido en el territorio nacional respecto de un bien inmueble o parte del mismo y que se obliga a prestar esos servicios al usuario. Se define al prestador del servicio como la persona física o moral que por justo título y mediante las condiciones especificadas en un contrato se obliga a prestar al usuario el servicio de tiempo compartido.

Además del prestador del servicio, existen otros elementos personales: a) el *comercializador*, persona física o moral que en nombre y representación del prestador promueve, media y realiza en el territorio nacional la venta o preventa del servicio de tiempo compartido; b) el *operador*, persona física o moral que ha asumido con el prestador la obligación de proporcionar el servicio de tiempo compartido a los usuarios, ya sea en forma total o parcial. Aunque el prestador del servicio debe administrar el desarrollo y realizar todos los actos relativos a la operación, mantenimiento de instalaciones y equipo, reservaciones, reposición y reparación de bienes y, en consecuencia, cumplir todas las obligaciones que le

correspondan conforme al contrato y el reglamento interno del tiempo compartido, puede contratar los servicios de un tercero para que funja como prestador, quien debe contar con un representante en el lugar donde se presta el servicio de tiempo compartido. En caso de que el prestador contrate los servicios de un tercero para que funja como prestador, este último debe contar con un representante en el lugar donde se presta el servicio de tiempo compartido; y c) el *prestador intermediario*, quien, independientemente del acto jurídico que celebre, ofrece la prestación periódica de los servicios a que se refiere la NOM en bienes inmuebles o desarrollos turísticos respecto de los cuales carece de derechos de propiedad o disposición o que no estén afectos al servicio de tiempo compartido.

Los prestadores intermediarios que pretendan realizar cobros periódicos o de afiliación o membresía deben acreditar ante la Profeco que cuentan con garantías suficientes y expeditas en el pago para respaldar el cumplimiento de sus obligaciones, las cuales deben cumplir con las características de irrevocabilidad, eficiencia, permanencia, transparencia y legalidad que resulten necesarias para proteger los intereses de los usuarios. En este caso, la ausencia de garantías es causa suficiente para negar el registro del contrato de adhesión respectivo.

Obligaciones precontractuales

1. Las promociones, información y publicidad que lleven a cabo los prestadores de los servicios que regula esta NOM se deben realizar en estricto apego a lo establecido en la ley y la NOM.
2. El proveedor tiene prohibido efectuar prácticas comerciales que contravengan la NOM, y que son todos los actos o estrategias que tengan por objeto: a) utilizar información o publicidad falsa, confusa o contraria a las condiciones estipuladas en el contrato y reglamento registrados ante la Profeco; b) emplear mecanismos promocionales como rifas, regalos, premios, certificados de hospedaje, ya sea por medios escritos o mediante llamadas telefónicas, con el intento de ofrecer o presentar sus servicios, sin especificar de manera clara e inequívoca el propósito de hacer dicha oferta; c) emplear por cualquier medio, sin autorización, el nombre o logotipo de la Secretaría, de la Profeco o de cualquier dependencia de la administración pública federal, estatal o municipal, para la comercialización de servicios de

tiempo compartido; y d) los prestadores deben adoptar las medidas necesarias para evitar la sobreventa, de tal manera que su volumen de contrataciones nunca debe rebasar su capacidad de servicio.

3. Satisfacer los requisitos para el inicio de operaciones de venta o preventiva. La NOM define la “preventa” como el acto jurídico mediante el cual el prestador se obliga a proporcionar el servicio de tiempo compartido y sus accesorios en uno o varios establecimientos aun no terminados ni en operación.

Para que el prestador pueda realizar, directamente o por medio de comercializadoras, la venta o la preventiva del servicio de tiempo compartido, debe notificar previamente a la Secretaría el inicio de las operaciones. Para tal efecto, debe cumplir con los requisitos siguientes: presentar escrito de notificación en el que se especifique el nombre, denominación o razón social del prestador y, en su caso, de su representante legal, así como los datos relativos al(a los) lugar(es) en el(los) que se ofrece(n) la prestación del servicio de tiempo compartido; determinación clara de los derechos de uso y goce de bienes que tendrán los compradores, incluidos periodos de uso y goce; el costo de los gastos de mantenimiento para el primer año y la manera en que se determinarán los cambios en este costo en periodos subsecuentes; las opciones de intercambio con otros prestadores del servicio y si existen costos adicionales para realizar tales intercambios, y descripción de las fianzas y garantías que se otorgarán a favor del consumidor. En el caso de presentar el escrito por medio de un representante legal, este debe acreditar su personalidad adjuntando copia simple del documento comprobatorio, previo cotejo con su original, así como acompañar copia certificada del acta constitutiva, en la que el objeto social admita la prestación de servicios de tiempo compartido.

4. Conforme al *Código Civil del Estado de Jalisco*, para la celebración de contratos de tiempo compartido respecto de inmuebles ubicados en la entidad, así como para realizar cualquier campaña publicitaria, se requiere previamente afectar el inmueble al régimen de uso en tiempo compartido, contar con autorización del ayuntamiento correspondiente e inscribirse en el Registro Público de la Propiedad.

Obligaciones contractuales

- a) El prestador o el prestador intermediario son los únicos responsables aun cuando estos, el comercializador u operador contraten con terceros la prestación de los servicios de tiempo compartido que se proporcionen a los usuarios o al establecimiento.
- b) Administración del tiempo compartido. El prestador del servicio de tiempo compartido debe administrar el desarrollo y realizar todos los actos relativos a la operación, mantenimiento de instalaciones y equipo, reservaciones, reposición y reparación de bienes. El prestador debe cumplir todas las obligaciones que le correspondan conforme al contrato y el reglamento interno del tiempo compartido. En el caso de que el prestador contrate los servicios de un tercero para que funja como prestador, este último debe contar con un representante en el lugar donde se presta el servicio de tiempo compartido.
- c) Informar al usuario del lugar o lugares en donde se presta el servicio de tiempo compartido; en el caso de los prestadores intermediarios, la obligación de proporcionar al usuario, por lo menos tres veces al año, una relación actualizada de los lugares y desarrollos donde se presta el servicio de tiempo compartido.
- d) Hacer efectivos los derechos del usuario respecto del uso y goce de bienes que tienen los usuarios, incluidos periodos de uso y las características de los bienes muebles e inmuebles del servicio de tiempo compartido.
- e) No realizar al usuario cobros o cargos periódicos por ningún concepto, limitándose a efectuar el cobro del servicio correspondiente en el momento de confirmar la reservación respectiva, y que dicho cobro solo puede ser exigible dentro de los 15 días naturales anteriores a la fecha en que deba realizarse la prestación del servicio de tiempo compartido. Tampoco pueden estipularse cobros ni cargos iniciales o únicos por ningún otro concepto.
- f) Indicar las opciones de intercambio con otros prestadores del servicio de tiempo compartido y si existen costos adicionales para realizar tales intercambios, señalando que el desarrollo está inscrito en un programa de intercambio prestado por terceros, sujeto a un contrato de afiliación que implica un costo adicional y la duración.

- g) Inscribir al usuario en la prestadora de intercambio, en su caso, en un plazo máximo de 30 días de la fecha de compra o de acuerdo con los plazos establecidos en el contrato con la compañía de intercambio.
- h) Garantía de uso alternativo. Es la garantía que otorga el prestador del servicio de tiempo compartido por la cual asegura al usuario el ofrecimiento y la disposición del mismo servicio en otros lugares, de manera opcional en condiciones similares, otorgada por otro u otros establecimientos.
- i) Garantías. Para proteger los intereses y la integridad física de los usuarios, y respaldar el cumplimiento de sus obligaciones, el prestador debe contar con garantías, las cuales pueden consistir en una fianza con garantía fiduciaria que puede garantizarse, a su vez, con un fideicomiso de garantía. La vigencia de este último mecanismo no puede ser inferior a la del propio contrato de adhesión. En efecto, en el caso de que la garantía consista en una fianza con garantía fiduciaria, se deben reunir los requisitos siguientes:
1. La fianza que garantizará el cumplimiento de las obligaciones del prestador frente al usuario debe ser global, debiéndose expedir endosos de inclusión para cada uno de los usuarios.
 2. La fianza, a su vez, debe garantizarse con un fideicomiso de garantía constituido conforme a la normatividad aplicable, en el cual la fiduciaria será la propia afianzadora.
 3. El prestador debe afectar en el fideicomiso de garantía todas las contraprestaciones que reciba, así como cualquier otro activo que destine a la prestación del servicio y que haya adquirido con los fondos del fideicomiso.
 4. El fideicomiso de garantía debe tener a su cargo la administración de las contraprestaciones pactadas en el contrato, así como las partidas mencionadas en el inciso anterior, y deben ser entregadas al prestador, previa autorización del Comité Técnico que al efecto se constituya. Asimismo, tendrá como finalidad garantizar la recuperación de las cantidades pagadas por la afianzadora.
 5. La fianza y el fideicomiso de garantía deben permanecer en vigor mientras exista un usuario acreedor del servicio de tiempo compartido.

La institución que funja como fiduciaria debe comprometerse a notificar de inmediato a la Profeco cuando considere que la garantía otorgada puede verse reducida de manera considerable.

En todos los casos en que el mecanismo de garantía abarque la figura del fideicomiso, será responsabilidad del prestador mantener vigente dicho mecanismo, por lo que la vigencia del contrato de adhesión nunca podrá ser posterior a la fecha de conclusión legal o voluntaria de la vigencia del fideicomiso respectivo. En caso de renovarse este o suscribirse un nuevo fideicomiso, esa circunstancia deberá notificarse a la Profeco y registrarse un nuevo modelo de contrato de adhesión en el que se establezca la nueva vigencia.

El prestador debe otorgar también una garantía solidaria, garantía de devolución de las sumas recibidas por el prestador de parte de los usuarios, otorgada por una empresa cuyo balance dictaminado por contador público del último ejercicio refleje, por lo menos, un valor contable igual al valor de la construcción del establecimiento o de la parte del mismo pendiente de terminación.

- j) Inscribir al usuario en la empresa de intercambio, en su caso, en un plazo máximo de 30 días de la fecha de compra o de acuerdo con los plazos establecidos en el contrato con la compañía de intercambio. En los contratos deben señalarse las opciones de intercambio con otros prestadores del servicio de tiempo compartido y si existen costos adicionales para realizar tales intercambios.
- k) Alojar al usuario, por cuenta del prestador, inmediatamente en algún establecimiento en el mismo lugar, y de categoría y calidad similares al servicio de tiempo compartido contratado, siempre que por causas imputables al prestador no pueda utilizar los servicios pactados. En caso de que el prestador demuestre que esta garantía no puede ser cumplida por motivos fuera de su alcance, está obligado a pagar al usuario, en un lapso no mayor a 15 días naturales, contados a partir de la fecha en que se produzca el incidente, los gastos comprobables en que haya incurrido para trasladarse desde su lugar de origen hasta el establecimiento y viceversa.
- l) El prestador debe elaborar y entregar al usuario el Reglamento Interno, que

es el documento en el que se especifican todos los servicios que ofrece el prestador a los usuarios de la membresía, o miembros, o el manual de procedimientos o de políticas de prestación de los servicios, en donde queden establecidos los derechos y las obligaciones del prestador y los usuarios. Dicho Reglamento contiene las bases o reglas de operación a las que se sujetan la prestación y el uso del servicio de tiempo compartido, el cual debe anexarse al contrato de adhesión.

Contenido del Reglamento Interno. Es el siguiente:

1. Mecánica para el uso de las unidades o bienes destinados a la prestación del servicio de tiempo compartido.
2. Funcionamiento de los sistemas de reservación y medios de confirmación.
3. Cuotas ordinarias, su aplicación y periodicidad, monto y manera de modificarse, así como las cuotas extraordinarias y las formas de aplicación.
4. Participación de los usuarios en la toma de decisiones, en las cuales tengan derecho a participar, de acuerdo con lo previsto en el contrato o en el Reglamento Interno, a través de los medios necesarios para que el usuario efectivamente se encuentre en conocimiento de los acuerdos tomados y pueda opinar sobre los mismos.
5. Descripción de bienes muebles e inmuebles.
6. Indicación de que el prestador del servicio de tiempo compartido tiene la obligación de dar mantenimiento a los bienes muebles e inmuebles con la periodicidad necesaria para mantener las instalaciones en condiciones de funcionamiento.
7. Número máximo de personas que pueden alojarse por unidad.
8. Días y horas de inicio y terminación de los periodos de uso.
9. Condiciones, requisitos y reglas para el uso de áreas comunes.
10. Sanciones que internamente se pueden aplicar a los usuarios por incumplimiento o infracción al Reglamento y el procedimiento para

aplicarlas y dar por terminada la relación contractual.

11. Descripción de los servicios adicionales que se ofrecen y conforme qué bases o reglas de uso.
12. Derechos y obligaciones del prestador y los usuarios.
13. Indicación expresa de si el servicio queda afiliado a un sistema de intercambio, nacional o internacional, por así haberlo ofrecido en los contratos, y la forma de cumplir con esta obligación.

En el caso de los prestadores intermediarios, el Reglamento Interno debe contener, por lo menos, lo siguiente: la mecánica para el uso de la membresía o bienes destinados a la prestación del servicio de tiempo compartido; descripción del mecanismo y funcionamiento de los sistemas de reservación y medios de confirmación; información referente al número máximo de personas que puede alojarse por unidad, días y horas de inicio y terminación de los periodos de uso; derechos y obligaciones del prestador y los usuarios; en su caso, las cuotas ordinarias, su aplicación y periodicidad, monto y manera de modificarse; descripción de bienes inmuebles; en su caso, las sanciones que internamente se pueden aplicar a los usuarios por incumplimiento o infracción al reglamento y el procedimiento para aplicarlas y dar por terminada la relación contractual, y descripción de los servicios adicionales que se ofrecen y conforme a qué bases o reglas de uso.

- m) Los prestadores deben crear o establecer un sistema de reservaciones que responda a las necesidades y requerimientos de los usuarios del servicio de tiempo compartido. Dicho sistema debe tomar en cuenta la demanda anticipada para el uso de los bienes del establecimiento, de acuerdo con la capacidad de ocupación de los mismos, su tipo o clase y temporada.
- n) En su caso, pagar las cantidades previstas en el contrato por incumplimiento del contrato o revocación extemporánea, conforme al procedimiento para su cálculo y aplicación al dar por terminada la relación contractual.

El usuario. Derechos y obligaciones

El usuario es la persona o personas que por cualquier justo título (como el contrato de tiempo compartido, cesión de derechos, legado, etc.) tengan derecho a recibir el servicio de tiempo compartido. Sus derechos y obligaciones son los siguientes:

a) *Pago de cuotas ordinarias.* El usuario debe pagar las cuotas previstas en el contrato. La determinación del monto, las condiciones y los periodos de pago de las cuotas ordinarias debe sujetarse a lo establecido en el contrato o en el reglamento interno del servicio de tiempo compartido (art. 9, NOM). Las cuotas ordinarias son las cantidades de dinero que el usuario debe pagar al prestador del servicio y que se refieren a los gastos y demás conceptos dinerarios que son previsibles en la operación y el mantenimiento normal del bien o establecimiento, como los generados por la administración, operación y mantenimiento del establecimiento, de las instalaciones y áreas comunes.

La NOM exige que en los contratos sujetos a registro se mencione el importe de las cuotas ordinarias para el primer año y la manera en que se deben determinar los cambios en este rubro para periodos subsecuentes, es decir, el costo de la adquisición de los derechos que genera el servicio de tiempo compartido. Asimismo, salvo lo dispuesto por el art. 8 de la NOM, en el contrato debe incorporarse una cláusula en la cual el prestador del servicio se comprometa a no realizar cobros o cargos periódicos por usuarios por ningún concepto, limitándose a efectuar el cobro del servicio correspondiente en el momento de confirmar la reservación respectiva.

Los prestadores intermediarios deben incorporar una cláusula en la cual se comprometan a no realizar al usuario cobros o cargos periódicos por ningún concepto, limitándose a efectuar el cobro del servicio correspondiente en el momento de confirmar la reservación respectiva, y que dicho cobro solo puede ser exigible dentro de los 15 días naturales anteriores a la fecha en que deba realizarse la prestación del servicio de tiempo compartido. Tampoco pueden estipularse cobros ni cargos iniciales o únicos por ningún otro concepto.

En los contratos celebrados en el territorio nacional, el prestador debe establecer un lugar de pago dentro del mismo, sin menoscabo de que pueda

especificar uno o más lugares en el extranjero, a fin de que el usuario pueda optar por liquidar sus pagos en cualquiera de ellos.

Las obligaciones de pago en moneda extranjera contraídas dentro o fuera de la República Mexicana para ser cumplidas en esta se deben solventar entregando el equivalente en moneda nacional al tipo de cambio que rija en el lugar y la fecha en que se realice el pago, tal como lo señala la *Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos*, o en la moneda extranjera pactada, a elección del usuario en el momento de efectuar cada pago. Lo anterior es aplicable de igual forma a las cuotas ordinarias y extraordinarias.

- b) *Cuotas extraordinarias.* El usuario debe pagar las cuotas extraordinarias por hechos imprevisibles en la operación y mantenimiento del bien objeto del tiempo compartido, siempre que sean urgentes, necesarias o indispensables para la conservación total o parcial del mismo, así como de sus áreas comunes, instalaciones, equipos y servicios; para la conservación o reposición de mobiliario o equipo, o aquellas sin cuya aplicación el establecimiento o parte de él corran el riesgo de perderse, destruirse o deteriorarse, de forma tal que no puedan cumplir con la función para la cual fueron creados, contruidos o destinados.
- c) *Intereses.* El usuario debe pagar los intereses que resulten conforme a la determinación del procedimiento para el cálculo de los intereses, cuando las operaciones se realicen a crédito.
- d) En su caso, pagar las cantidades previstas en el contrato por incumplimiento del contrato o revocación extemporánea, conforme al procedimiento para su cálculo y aplicación al dar por terminada la relación contractual.
- e) El usuario tiene derecho de disfrutar de los servicios pactados en el contrato en la forma, término y demás condiciones previstas.
- f) El usuario tiene derecho a transmitir o ceder sus derechos sobre el servicio de tiempo compartido conforme al procedimiento establecido en el contrato y la mecánica para el cálculo de los cargos que se originen por este proceso.
- g) También tiene derecho a revocar su consentimiento para la celebración del contrato. Ese derecho debe ser incorporado como una cláusula del contrato,

en la que se mencione el plazo en que el usuario puede cancelar el servicio de tiempo compartido sin sufrir menoscabo en los pagos efectuados; dicho plazo no puede ser menor al de cinco días hábiles, contados a partir del siguiente día hábil al de la firma del contrato. La devolución de la inversión inicial debe hacerse, como máximo, dentro de los 15 días hábiles siguientes a la fecha de cancelación del contrato. La cancelación se debe hacer por escrito en el lugar en que se haya realizado la operación o en el domicilio del prestador o representante de la empresa señalado en el contrato.

- h)* Por último, la NOM considera que constituyen prácticas comerciales contrarias a la misma las que: *i)* utilicen información o publicidad cuyo contenido sea falso, confuso o contrario a las condiciones estipuladas en el contrato; *ii)* apliquen mecanismos promocionales sin especificar el propósito de las ofertas respectivas; *iii)* utilicen el nombre o logotipo de la Secretaría, de la Profeco o de cualquier dependencia de la administración pública federal, estatal o municipal para la comercialización de los servicios de tiempo compartido. Además, las empresas deben evitar la sobreventa, de tal manera que nunca rebasen la capacidad del servicio.

Los comercializadores están obligados a notificar el inicio de sus operaciones de “venta” o “preventa” del servicio de tiempo compartido, en la cual deberán acreditar la existencia legal de la comercializadora y que dichos servicios forman parte de su objeto social, así como la personalidad de quien comparezca en su nombre.

Prestación de servicios en el extranjero

La NOM establece que para la comercialización en México del servicio de tiempo compartido de un establecimiento ubicado en el extranjero, el prestador debe acreditar ante la Profeco lo siguiente:

- a)* Que el establecimiento por comercializar se encuentre concluido y registrado de acuerdo con las leyes del país en que se ubique.
- b)* Que en el caso de que el establecimiento no esté concluido, se encuentre registrado de acuerdo con las leyes del país de su ubicación; que dichas leyes permitan su comercialización antes de su conclusión; que se

constituya en nuestro país una garantía financiera mediante la cual se protejan las cantidades pagadas por los usuarios, por concepto de los servicios de tiempo compartido ubicados en el extranjero, de manera que el prestador solo pueda disponer de dichas cantidades una vez que el establecimiento haya sido concluido en la forma descrita en el contrato de adhesión correspondiente. En caso de que el establecimiento no se concluyera en el plazo y en la forma contratada por los usuarios, el proveedor debe reembolsar a estos las cantidades pagadas por tal concepto.

- c) Los prestadores deben acreditar el registro del o de los establecimientos en los países donde se ubican, mediante la presentación de la documentación legal correspondiente.

En caso de que el establecimiento por comercializar no requiera del registro en el país en que se ubique, debe presentar copia certificada de la documentación siguiente: estatutos sociales y la organización administrativa del prestador que sea propietario del o los establecimientos; título de propiedad o posesión sobre el o los establecimientos, que cumpla con los requisitos legales establecidos por la legislación del país de su ubicación. Si el prestador no tiene título legal alguno que acredite la propiedad o posesión sobre el establecimiento, debe cumplir con los requisitos establecidos en la NOM para los prestadores intermediarios (numerales 10.4, 10.41, 10.42, 10.43 o 10.44 de la NOM).

Asimismo, el prestador debe exhibir el documento en el que conste que está registrado ante las autoridades fiscales competentes del país en donde se ubica el establecimiento y el expedido por dicha autoridad competente, en el que conste que el mismo está construido en su totalidad; un ejemplar de los documentos que use el prestador para comercializar los servicios de tiempo compartido; el documento que acredite al prestador extranjero contar con la autorización de la Secretaría para realizar actos de comercio en los Estados Unidos Mexicanos, de conformidad con la *Ley de Inversión Extranjera*.

Dicha documentación debe presentarse ante la Profeco, debidamente legalizada o apostillada ante cónsul mexicano para surtir efectos en México, conforme a la legislación aplicable, y traducida al idioma español por perito traductor autorizado por cualquier tribunal de justicia de México.

- d) El comercializador debe operar de acuerdo con las condiciones; esto es, que se trate de una persona moral domiciliada en el territorio nacional o que presente una garantía equivalente a 50% de las operaciones que pretenda realizar en territorio nacional, circunstancia que debe comprobar mediante documentación auditada contablemente por un despacho internacional con oficinas en México; que tenga las facultades suficientes para comercializar el servicio de tiempo compartido, otorgadas directamente por el prestador, que sea responsable solidario por la prestación del servicio de tiempo compartido en los términos y por los plazos pactados en el contrato de tiempo compartido.
- e) Que se notifique previamente a la Secretaría el inicio de operaciones, conforme se establece en el capítulo 5 de la NOM.
- f) Que se registre el contrato de adhesión ante la Profeco. Además, tratándose de preventiva de tiempos compartidos, debe presentar la documentación exigida por la NOM.

Naturaleza jurídica del tiempo compartido

Desde su origen, el tiempo compartido ha sido considerado un sistema por el cual se prestan servicios de hospedaje y conexos por periodos discontinuos durante un plazo determinado, mediante un pago, y no un acto de enajenación de bienes ni modalidad alguna de esta; se trata de un mecanismo utilizado con mucho éxito en materia de alojamiento turístico para asegurar al turista el derecho de recibir dichos servicios durante cierto periodo anual, por lo cual las leyes fiscales y administrativas de nuestro país califican al tiempo compartido como un servicio, como un acto jurídico por el cual se adquiere el derecho de usar y gozar bienes, pero en ningún momento para adquirir inmuebles, tal como se confirma con lo dispuesto por las diversas leyes señaladas a continuación.

Conforme a la *Ley del Impuesto al Valor Agregado* (art. 19), *a)* es un servicio por el cual se ponen a disposición de una persona o grupo de personas, directamente o por medio de un tercero, el uso, goce o demás derechos que se convengan sobre una unidad variable, no fija ni determinada; *b)* el bien objeto del uso o goce se ubica en una unidad variable dentro de una clase determinada (unidad variable es cualquier habitación disponible dentro de un hotel ubicado

en los lugares pactados por las partes, así como las habitaciones cuya ocupación requiera reservación y sea susceptible de modificación futura o de la facultad de revocar o sustituir la opción original); c) que el uso o goce se ponga a disposición por periodos previamente convenidos; en los contratos de compra no aparece ese convenio; y d) que el uso o goce se haga mediante el pago de una cantidad o la adquisición de acciones o partes sociales de una persona moral, sin que en este último caso se transmitan los activos de la persona moral de que se trate.

La NOM establece que los derechos derivados del servicio de tiempo compartido no constituyen derechos reales y pueden ser adquiridos por personas físicas o morales, mexicanas o extranjeras, sin más limitaciones que las que establecen la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* y otras leyes aplicables. El *Reglamento de la Prestación del Servicio Turístico del Sistema de Tiempo Compartido* también califica de servicio al tiempo compartido sin incluir la adquisición de bienes, sino el “uso, goce y demás derechos que se convengan sobre un bien o parte del mismo, ya sea una unidad cierta, considerada en lo individual o una unidad variable dentro de una clase determinada, durante un período específico, a intervalos previamente establecidos, determinados o determinables” (art. 3).

Para la *Ley del Impuesto Sobre la Renta* (art. 30), el tiempo compartido también es un servicio por el cual se concede el uso o goce *temporal de bienes inmuebles o mediante la prestación de servicios de hospedaje, podrán acumular los ingresos y pagar el impuesto considerando únicamente*; en el mismo sentido, la LFPC establece en su art. 64: “La prestación del servicio de tiempo compartido, independientemente del nombre o de la forma que se dé al acto jurídico correspondiente, consiste en poner a disposición de una persona o grupo de personas, el uso, goce y demás derechos que se convengan sobre un bien o parte del mismo, en una unidad variable dentro de una clase determinada, por periodos previamente convenidos, mediante el pago de alguna cantidad, sin que, en el caso de inmuebles, se transmita el dominio de éstos.” Esta definición coincide con la de la doctrina, ya que por el contrato de tiempo compartido no se transfiere ni comparte propiedad, sino solo el uso y goce de una o varias unidades de un bien y otros servicios relacionados.¹¹

Como puede observarse, el contrato de tiempo compartido no implica la enajenación de bienes ni constituye una modalidad de esta, puesto que el

prestador del servicio no transfiere la propiedad de una cosa, sino únicamente el derecho al uso y goce de un bien determinable en cada uso y de ciertos servicios relacionados con el hospedaje por periodos previamente determinados. El usuario no adquiere ningún derecho real sobre los inmuebles objeto del tiempo compartido, sino solo el derecho personal a que se preste el servicio de tiempo compartido en los términos convenidos, derecho que el usuario comparte –de ahí su denominación– con otros usuarios conforme a los periodos convenidos.

En el tiempo compartido, el usuario no adquiere la propiedad del inmueble porque no hay enajenación de bienes, simplemente adquiere la titularidad de derechos que incluyen los de disfrutar de las instalaciones y áreas comunes de un inmueble; la posibilidad de disponer de los derechos de alojamiento; la obtención de servicios hoteleros, de limpieza y mantenimiento; así como la administración del inmueble por un prestador u operador, que en conjunto constituyen diversos derechos personales o de crédito a su favor y no derechos reales, como ocurre en la venta de bienes. De acuerdo con la tesis clásica de la doctrina civilista, el derecho personal o de crédito consta de cuatro elementos: *a)* un sujeto activo (acreedor), que tiene derecho de exigir su cumplimiento; *b)* un sujeto pasivo (deudor), que debe cumplir; *c)* la relación jurídica entre ambos (el contrato), y *d)* el objeto, que consiste en la prestación de dar, hacer o no hacer (recibir en forma exclusiva el derecho de alojamiento en los términos señalados).

Ese derecho personal deriva precisamente del acuerdo de voluntades, que en nuestro caso es el contrato de prestación de servicios de tiempo compartido, que incluye, entre otros, el derecho al alojamiento en un inmueble, derivado de la prestación a cargo del prestador, consistente en prestar servicios de hospedaje. En el contrato de tiempo compartido, el objeto directo consiste en el derecho de obtener servicios de alojamiento y otros convenidos; el objeto indirecto lo constituyen las unidades respecto de las cuales se concede ese derecho, y ese cúmulo de derechos tienen la naturaleza de derechos personales o de crédito, que las partes tienen derecho a exigirse mutuamente en virtud del mismo contrato, sin que tales derechos de alojamiento puedan ser calificados de derechos reales; el alojamiento no es un derecho de propiedad, sino un derecho personal por el cual no se le transfiere el inmueble ni la posesión de este, porque no se entrega a otro una cosa por la cual se le conceda el derecho de retenerla temporalmente en su poder (art. 791). Tampoco se confiere el usufructo, servidumbre, uso o habitación como derechos reales definidos por la ley, sino el uso o goce temporal y discontinuo a cambio de un precio.

Conforme al contrato de tiempo compartido, el usuario adquiere el derecho de ser el receptor del servicio de alojamiento en las unidades o inmuebles y por el periodo convenidos, lo cual en principio supondría que se trata de derechos de uso o goce temporal de bienes que se concede respecto de bienes tangibles; sin embargo, según el contrato, el usuario adquiere servicios hoteleros y no únicamente la concesión del uso o goce de bienes, es decir, no se trata tampoco de la concesión solo del uso o goce temporal de bienes, sino de la adquisición de derechos para recibir la prestación de servicios hoteleros o de alojamiento en habitación que se prestan por medio del prestador o del operador, así como otros servicios.

Terminación del contrato

Se trata de la terminación del servicio en sí mismo y no de la extinción del contrato de tiempo compartido; este termina por cualquiera de las causas previstas en el contrato y conforme a lo establecido en el contrato de adhesión suscrito con el usuario y previamente autorizado por la Profeco. La terminación del servicio de tiempo compartido significa la desafectación de los bienes afectos al servicio, los cuales quedan sujetos a su destino hasta la terminación del plazo fijado en la constitución del servicio, por lo que la desafectación de estos establecimientos solo puede realizarse cuando ya no existan usuarios.

Para tal efecto, los prestadores deben apegarse a lo dispuesto en las legislaciones estatales y, en su defecto, al procedimiento siguiente: *a)* notificar a la Secretaría y a la Profeco la intención de desafectar el o los establecimientos y solicitar la autorización de la Profeco para llevar a cabo tal propósito. En todo caso, la desafectación de establecimientos debe surtir efecto un año después de la fecha en que se solicite la cancelación de la inscripción de afectación en el Registro Público correspondiente; *b)* una vez que el prestador obtenga la autorización de la Profeco para desafectar el o los inmuebles, debe publicar cada 30 días, por un periodo de tres meses en dos de los diarios de mayor circulación nacional y en uno de la localidad donde se ubique el o los establecimientos, el aviso sobre la desafectación de estos; y *c)* el prestador debe mantener durante un año la disponibilidad del uso alternativo para los usuarios que aún tuvieran derecho o entregar a la Profeco una fianza por 10% del valor del inmueble con vigencia de un año, para garantizar los derechos de los mismos.

Contrato de *fractional* o multipropiedad

Fractional ownership (multipropiedad, propiedad fraccional o propiedad fraccionada) es un contrato por el cual una parte, el propietario de una unidad inmobiliaria, enajena a la otra parte, denominada multipropietario o copropietario, el dominio pleno sobre una parte alícuota de dicha unidad inmobiliaria afecta a cualquier destino, respecto de la cual el multipropietario podrá ejercer todas las facultades de dueño para disponer, transmitir, intercambiar y gravar, sujeto a un calendario en cuanto a los derechos de uso, goce, aprovechamiento y disfrute exclusivo, en los términos de su respectiva parte alícuota de utilización, terminada la cual continuarán en el uso exclusivo por su orden el resto de los multipropietarios en forma sucesiva y cíclica. Al adquirir la propiedad fraccional el multipropietario solo paga por el porcentaje de la propiedad que adquiere.

Por medio de este contrato se comparte la propiedad entre varios (de cuatro a 12) propietarios denominados *multipropietarios*. Hay copropiedad de un inmueble con derechos adicionales similares a los del tiempo compartido, de ahí que varios propietarios de una misma unidad habitacional la utilizan cada uno de ellos en su totalidad y en forma exclusiva durante un periodo determinado como convengan; y pueden a su vez enajenar sus derechos a cualquier persona física o moral que pueda adquirir derechos reales de propiedad en multipropiedad o en copropiedad o condominio, con las únicas limitaciones, tratándose de personas físicas o morales extranjeras, previstas en el art. 27 de la Constitución federal.

A diferencia del tiempo compartido, los multipropietarios gozan del derecho de propiedad pleno sobre una parte alícuota de un bien y, además, de un derecho de uso total, exclusivo y absoluto sobre todo el bien, únicamente por el periodo determinado en el calendario de uso, pero ese derecho es perpetuo y además no existe el intercambio ni la variabilidad de la unidad que supone de manera necesaria el tiempo compartido. La principal diferencia es que en la propiedad fraccionada el sujeto es dueño del bien mediante una escritura como cualquier bien tradicional, y no solo de un título o del derecho de uso del bien, como ocurre en el tiempo compartido.

En este contrato cada unidad es enajenada a varias personas, por lo general a 10 personas en porcentajes de hasta 10% a cada una, quienes adquieren 10% de los derechos, por lo que no implica que se trate de tiempo compartido, pues de

conformidad con lo previsto por los arts. 6º, 7º, 8º, 1796, 1852, 1858 y demás relativos del CCF, los compradores son copropietarios en la proporción en que adquieran la titularidad de los derechos, e incluso conforme a las declaraciones y cláusulas de dichos contratos.

El propio CCF (art. 938) señala que existe copropiedad cuando una cosa o un derecho pertenecen pro-indiviso a varias personas, y en su art. 942 advierte que el concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, es proporcional a sus respectivas porciones; en consecuencia, y habida cuenta de que por un lado el CCF admite la copropiedad, y por el otro, que la *Ley del Impuesto al Valor Agregado* señala que el tiempo compartido es un servicio por el cual se concede el uso o goce de una unidad variable y otros servicios conexos, es inconcuso que hay enajenación de inmuebles en copropiedad.

En efecto, dicho ordenamiento civil federal previene en sus arts. 938, 943 y 950 que hay copropiedad cuando una cosa o un derecho pertenecen pro-indiviso a varias personas; que cada partícipe puede servirse de las cosas comunes conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copropietarios usarla según su derecho, y que cada condueño tiene la plena propiedad de la parte alícuota que le corresponda y la de sus frutos y utilidades, pudiendo, en consecuencia, enajenarla, cederla o hipotecarla, y aun sustituir otro en su aprovechamiento, salvo si se tratare de derecho personal. En esta tesitura, debe decirse que la adquisición de la propiedad de un solo departamento o unidad por varias personas implica una copropiedad, bajo la modalidad conocida como *multipropiedad, propiedad fraccionada o fraccional*.

Los multipropietarios gozan del derecho de propiedad pleno sobre una parte alícuota de un bien y, además, de un derecho de uso total, exclusivo y absoluto sobre todo el bien, únicamente por el periodo determinado en el calendario de uso, pero ese derecho es perpetuo y además no existe el intercambio ni la variabilidad de la unidad que supone de manera necesaria el tiempo compartido. La principal diferencia es que en la propiedad fraccionada el sujeto es dueño del bien mediante una escritura como cualquier bien tradicional, y no solo de un título o del derecho de uso del bien, como ocurre en el tiempo compartido.

Autoevaluación

1. ¿Cómo se define en la ley el contrato de tiempo compartido?
2. ¿Cuáles son los requisitos que debe contener el contrato?
3. ¿Cuál es el objeto del contrato?
4. ¿Cuáles son las características del contrato de tiempo compartido?
5. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de los derechos del usuario derivados del tiempo compartido?
6. ¿Cuál es el régimen jurídico del tiempo compartido?
7. ¿Cuáles son los requisitos que deben satisfacer los prestadores intermediarios de tiempo compartido?
8. ¿Qué obligaciones previas a la celebración del contrato impone la ley a los prestadores del servicio?
9. Explique las garantías que debe ofrecer el prestador para proteger los intereses y la integridad física de los usuarios de tiempo compartido y para respaldar el cumplimiento de sus obligaciones.
10. ¿Qué es la multipropiedad?

¹ Cfr. Miguel Torruco Marqués y Manuel Ramírez Blanco, *Servicios turísticos. La oferta turística y sus principales componentes*, Diana, México, 1997, p. 50.

² Norma Oficial Mexicana NOM-029-SCFI-1998, Información Comercial, Prácticas Comerciales. Requisitos informativos para la comercialización del servicio de tiempo compartido, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de enero de 1999, en vigor desde el 30 de marzo de ese año, la cual deroga NOM-029-SCFI-1993, publicada en el DOF del 30 de noviembre de 1993.

³ Cfr. José Ovalle Favela, *Comentarios a la Ley Federal de Protección al Consumidor*, McGraw-Hill,

México, 1995, p. 124.

- 4 *Enciclopedia jurídica Omeba*, t. II, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1956, p. 190.
- 5 Jorge Alfredo Domínguez Martínez, *Derecho civil. Parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, Porrúa, México, 1998, p. 305.
- 6 Marcel Planiol y G. Ripert, *Tratado práctico de derecho civil francés*, trad. de M. Díaz Cruz, Cultural, La Habana, 1942, p. 180; *cfr. Enciclopedia jurídica Omeba, op. cit.*, p. 1026.
- 7 Jorge Barrera Graf, *Las sociedades en derecho mexicano*, UNAM, México, 1983, p. 53.
- 8 *Cfr.* José Ovalle Favela, *op. cit.*, p. 122, quien aclara que los derechos que se confieren mediante tiempo compartido no tienen naturaleza de derechos reales, sino que son de carácter personal, como lo confirma la Norma Oficial Mexicana NOM-029-SCFI-1993.
- 9 El art. 4º, fraccs. I y V, de la *Ley Federal de Turismo*, califica como servicio turístico el prestado por medio de hoteles, moteles, albergues y demás establecimientos de hospedaje, así como paraderos y campamentos de casas rodantes que presten servicios a turistas, esto es, a la persona que viaja desplazándose temporalmente fuera de su lugar de residencia habitual y que utiliza alguno de los servicios turísticos, así como las empresas de intercambio de servicios turísticos.
- 10 En este sentido *cfr.* José Ovalle Favela, *op. cit.*, p. 123.
- 11 Miguel Torruco Marqués y Manuel Ramírez Blanco, *op. cit.*, p. 50.

Préstamo mercantil

Propósitos

Al concluir este capítulo, el lector analizará y conocerá el concepto y la naturaleza jurídica del préstamo mercantil, la mercantilidad, los elementos personales y reales del contrato, así como sus modalidades, distinguiéndolo del contrato de mutuo civil.

Concepto

El contrato de préstamo está regulado en los arts. 358 a 364 del CCo, pero al igual que ocurre con los contratos de compraventa y de transporte, dicho ordenamiento no define en qué consiste el préstamo: simplemente señala cuándo es mercantil. Así, el art. 358 del CCo reputa mercantil al préstamo cuando se contrae en el concepto y con expresión de que las cosas prestadas se destinen a actos de comercio y no para necesidades ajenas de este, y presume que los préstamos realizados entre comerciantes se hacen en tal concepto y con dicha expresión.

En efecto, a pesar de que el CCF no se refiere al préstamo sino al mutuo, este es una especie de préstamo que dicho ordenamiento regula bajo las denominaciones de *mutuo* y de *comodato*; en el art. 2384 del CCF se establece que el mutuo es un contrato por el cual el mutuante se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al mutuario o mutuuario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad. A su vez, en el art. 2497, relativo al comodato, señala que es el contrato por el cual uno de los contratantes se obliga a conceder de manera gratuita el uso de una cosa no fungible y el otro contrae la obligación de restituirla individualmente.

Una de las acepciones de préstamo contenidas en el *Diccionario de la lengua*

española es: “denominación genérica que abarca las dos especies de mutuo o simple préstamo y comodato.”¹ El mismo diccionario define al mutuo como el contrato real en que se da dinero, aceites, granos u otra cosa fungible, de suerte que la haga suya el que la recibe, obligándose a restituir la misma calidad de igual género en día señalado.

A su vez, el Código Civil de 1874 disponía en su art. 2785: “Bajo el nombre de préstamo se comprende toda concesión gratuita, por tiempo y para objeto determinados, del uso de una cosa no fungible, con obligación de restituir ésta en especie; y toda concesión gratuita o a interés, de cosa fungible, con obligación de devolver otro tanto del mismo género y calidad. En el primer caso, el préstamo se llama *comodato*, y en el segundo *mutuo*.”²

De acuerdo con lo anterior, el préstamo a que se refiere el CCo constituye una especie del préstamo en general, el mutuo a que alude el CCF, ya que en virtud del contrato el prestador se obliga a transferir al prestatario la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles, con la obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad y, en su caso, de pagar los intereses pactados. Y es mercantil, como se dijo, cuando se hace con el concepto y expresión de que las cosas serán destinadas a actos de comercio, o cuando quien presta los bienes es un comerciante; por lo que el prestatario o mutuuario se convierte en propietario de las cosas prestadas y puede disponer de ellas para destinarlas a actos de comercio, ya sea transformarlas o venderlas, o para cualquier otro fin, con la sola obligación en cualquier caso de restituir otras tantas de la misma especie y calidad por cuya entrega el prestador se constituye en acreedor.

Así, se puede decir que la ley reconoce tanto el préstamo regular como el préstamo irregular: el CCo denomina a ambos como *préstamo*, en tanto que el CCF los distingue como *comodato* y *mutuo*, respectivamente; se regula solo en el CCF bajo la denominación de *comodato*. La diferencia sustancial entre los préstamos regular e irregular consiste en que el primero tiene por objeto bienes no fungibles de los que solo puede hacer uso el prestatario, con obligación de restituir esos mismos bienes; en el segundo, los bienes son fungibles y el prestatario adquiere el derecho de disponer de los mismos, ya sea consumiéndolos, transformándolos, vendiéndolos, etc., con la obligación de restituir otros tantos de la misma especie, cantidad y calidad. A continuación se hace referencia únicamente al préstamo regulado por el CCo, mientras que el

préstamo celebrado por instituciones de crédito será tratado en la sección dedicada a contratos de depósito, apertura de crédito y descuento bancarios.

Mercantilidad

El préstamo mercantil es un contrato traslativo de dominio por el cual el prestador entrega al prestatario bienes fungibles, con obligación de este de restituir otro tanto de la misma especie y calidad y que el CCF regula bajo la denominación de *mutuo*. El propósito o la causa del contrato estriba en que el prestatario tenga la disposición de las cosas prestadas y, como consecuencia, que no devuelva las mismas sino otras tantas de la misma especie y calidad dentro del plazo fijado o dentro de los 30 días siguientes a la interpelación judicial o extrajudicial (art. 360, CCo).

De acuerdo con el CCo, el préstamo es mercantil cuando se contrae en el concepto y con expresión de que las cosas prestadas se destinarán a actos de comercio y no para necesidades ajenas de este. Por ello se presume que los préstamos realizados entre comerciantes se hacen en tal concepto y con dicha expresión, presunción que puede ser desvirtuada por las partes por los medios de prueba que permite la ley. El carácter mercantil del préstamo se da tanto en función del propósito: “que las cosas prestadas se destinen a actos de comercio”, como del sujeto, un comerciante cuya actividad es precisamente realizar actos de comercio de manera habitual.

Conforme a lo previsto por el art. 358 del CCo, el contrato de préstamo es mercantil por el fin o propósito: que los bienes objeto del contrato se destinen a actos de comercio y que el prestatario asuma la obligación de restituir otros tantos de la misma especie y calidad; como consecuencia, no constituyen contratos de préstamo mercantil los contratos por los cuales una persona transfiere la propiedad de bienes fungibles a otra con la obligación de restituir otro tanto de la misma especie y calidad, si los bienes no se reciben en el concepto y con expresión de que se destinen a actos de comercio y quien los recibe contrae diversas obligaciones, como puede ocurrir en los casos de reporto y depósito, en los que también se transfiere la propiedad de bienes fungibles en favor del deudor, pero sin dicha expresión ni concepto y con obligaciones adicionales.

Sin embargo, no se puede decir que solo existe un contrato de préstamo mercantil cuando, conforme al citado art. 358, los bienes recibidos por el prestatario se reciben en el concepto y con la expresión de que serán destinados a actos de comercio y cuando en virtud de ello el prestatario asume la obligación de restituir otros tantos de la misma especie y calidad y, en su caso, al pago de intereses; ya que también es mercantil el préstamo que se hace entre comerciantes sin esa expresión o concepto, pues la ley presume que las cosas prestadas entre estos serán destinadas para actos de comercio, así como mercantiles son los préstamos realizados por las instituciones de crédito, cualquiera que sea el fin al que se destine el dinero prestado. En efecto, la fracc. XIV del art. 75 del CCo califica de actos de comercio las operaciones bancarias, y el art. 46, fracc. VI, de la LIC autoriza a los bancos a realizar operaciones de préstamo, por lo que cuando dichas instituciones celebran préstamos con terceros, independientemente del destino del dinero objeto del mismo, dicho contrato tiene también el carácter de mercantil.

Elementos reales

La cosa objeto del contrato de préstamo mercantil se constituye por bienes fungibles, dinero, títulos y cualesquiera otros bienes susceptibles de apropiación.

Dinero. Este bien fungible por excelencia puede ser objeto del contrato de préstamo, en cuyo caso el prestatario contrae la obligación de devolver una cantidad igual a la recibida, salvo que se haya pactado una especie de moneda, y asume la obligación de entregar otro tanto de la misma especie recibida (art. 359, CCo).

Títulos o valores. Pueden ser objeto de préstamo títulos de crédito o de valores, en cuyo caso el deudor debe devolver otros tantos de la misma clase o idénticas condiciones, o su equivalente si se hubieren extinguido, salvo pacto en contrario (art. 359, CCo). Si se trata de préstamo de valores que se celebren con la intervención de casas de bolsa, se transfiere la propiedad al deudor, quien quedará obligado a restituir otros tantos títulos del mismo emisor, valor nominal, especie y clase o equivalente que sea expresamente pactado (art. 98, LMV).

El préstamo de títulos se diferencia del préstamo de valores en que los primeros son títulos emitidos individualmente (letra, cheque), mientras que los segundos

se emiten en masa (acciones, bonos), por una sola declaración de voluntad; a su vez, el préstamo de títulos se diferencia del depósito y del reporto en que en el depósito el depositante asume no solo la obligación de entregar títulos de la misma especie y calidad, sino que debe ejercitar los derechos inherentes a los mismos, como ocurre con el reporto (art. 259, LGTOC), con el que se diferencian tanto el depósito como el préstamo por cuanto que quien recibe en reporto los bienes asume la obligación de pagar una suma de dinero llamada *premio*, la cual, en su caso, puede ser pactada a cargo de quien transfiere la propiedad de dichos títulos (art. 259, LGTOC). En el préstamo mercantil, el pago de intereses ordinarios es natural, pero no esencial al contrato.

Mercancías. Pueden ser objeto de préstamo bienes muebles fungibles que el prestatario debe destinar a actos de comercio, con la sola obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, lo que es frecuente entre productores, quienes se prestan materias primas o producto terminado para su transformación o venta con la obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad (arts. 359 y 362, CCo).

Elementos personales

En el contrato de préstamo existen dos elementos personales: el prestador, prestamista o acreedor, quien se obliga a transferir la propiedad de dinero o de otras cosas fungibles, y el prestatario o deudor, quien las recibe en el concepto y con la expresión de destinarlas a actos de comercio, con la obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, así como, en su caso, a pagar los intereses pactados.

Derechos y obligaciones del prestador

1. *Obligaciones.* El prestamista o prestador asume la obligación de entregar los bienes fungibles objeto del préstamo, dinero, títulos o mercancías al prestatario.
2. *Derechos.*
 - a) Exigir al prestatario la entrega de la misma cantidad y calidad de bienes que los objetos del préstamo. Salvo pacto en contrario, el prestador no puede

exigir al prestatario el cumplimiento de su obligación, sino después de 30 días siguientes a la interpelación que se haga, judicial o extrajudicialmente, al prestatario (art. 360, CCo).

- b) Recibir bienes de la misma cantidad y calidad o clase de los entregados en préstamo al prestatario.
- c) Recibir, en su caso, los intereses pactados en su favor, los cuales, de acuerdo con el art. 361 del CCo, consisten en cualquier prestación pactada en favor del prestador.
- d) Exigir al prestatario el pago de los intereses moratorios en caso de mora en el pago de sus obligaciones, salvo pacto en contrario, conforme a lo siguiente:
 - Cuando se trata de numerario, por 6% anual, desde el día siguiente al vencimiento de la obligación.
 - En el caso de préstamo de bienes distintos de numerario, el CCo establece en su art. 362 que para computar el rédito se graduará el valor por los precios que las mercancías prestadas tengan en la plaza en la que deba hacerse la restitución, el día siguiente al del vencimiento, o por el precio que determinen peritos si la mercancía estuviese extinguida al tiempo de hacerse la valuación.
 - En el caso de títulos o valores, los intereses que los mismos títulos o valores devenguen o en su defecto 6% anual, determinándose el precio de los valores por el que tengan en la bolsa, si fueren cotizables, o en caso contrario, por el que tuvieren en la plaza el día siguiente al del vencimiento.

El art. 364 del CCo previene que 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. Las entregas a cuenta, cuando no resulte expresa su aplicación, se imputarán, en primer término, al pago de intereses por orden de vencimiento, y después al del capital.

Derechos y obligaciones del prestatario

Por el contrato de préstamo mercantil el prestatario tiene derecho a recibir los bienes fungibles objeto del préstamo y adquirir la propiedad de los mismos y, como consecuencia, puede disponer de ellos para actos de comercio. El prestatario asume la obligación de entregar otro tanto de la misma especie y calidad de bienes recibidos y, en su caso, la obligación de pagar intereses ordinarios y moratorios conforme a lo antes expuesto.

Forma. La ley no exige que el contrato de préstamo se otorgue por escrito; sin embargo, cuando se realiza por una institución de crédito o ante el consumidor, el mismo debe formalizarse por escrito y con las formalidades que se requieran para la constitución, en su caso, de las garantías en cumplimiento del mismo, e inscribirse en el Registro de Contratos de Adhesión, si es el caso; pero su otorgamiento por escrito implica no solo la formalidad, sino la prueba misma de la existencia del contrato e incluso de la entrega del dinero cuando ocurre simultáneamente, pero además en ciertos casos ofrece beneficios adicionales al prestador; por ejemplo, los contratos de préstamo que celebran las sociedades financieras populares (art. 33 bis 1, *Ley de Ahorro y Crédito Popular*) que consten por escrito, junto con los estados de cuenta certificados por el contador facultado por la sociedad acreedora, son títulos ejecutivos, sin necesidad de reconocimiento de firma ni de otro requisito, además de que el propio estado de cuenta certificado por el contador a que se refiere este artículo hace fe, salvo prueba en contrario, en los juicios respectivos para la fijación de los saldos resultantes a cargo de los deudores, cuestión en la que desde luego no estamos de acuerdo porque pone en desequilibrio a los prestatarios frente al prestador.

Problemática en cuanto a los intereses moratorios y su capitalización en el préstamo

El art. 363 del CCo establece que los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Sin embargo, los contratantes podrán capitalizarlos. Como se señala en el capítulo 1 de este libro, dicho precepto se refiere a la capitalización de intereses calificada por la doctrina como *anatocismo* (del griego *aná*, reiteración, y *tokimós*, acción de dar a interés), y que en el lenguaje jurídico designa el pacto por el cual se conviene en pagar intereses de intereses vencidos y no pagados.³

El anatocismo constituye una operación mediante la cual, capitalizados los

intereses vencidos de un capital, devienen productivos de nuevos intereses. Los intereses, en lugar de ser pagados a su vencimiento (cada mes, cada seis meses o al año), se agregan al capital prestado a medida que se generan y, como consecuencia, una vez capitalizados generan intereses de nueva cuenta.⁴

Con el anatocismo se aumenta el capital rápidamente y agrava en forma considerable la situación del deudor, pues como dicen los hermanos Mazeaud,⁵ el pacto de anatocismo “es muy peligroso para el deudor, que lo acepta con tanta mayor facilidad por cuanto su situación se encuentra aligerada momentáneamente; para comprender este peligro, basta con comprobar que un capital prestado a 5% se duplica en 14 años si los intereses son capitalizados, y solamente en 20% si no lo son”. Por ello la cláusula que lo prevé ofrece peligros e inspira repulsa, y por ello también las legislaciones del mundo no lo admiten siempre ni de pleno derecho, e incluso algunas lo rechazan en absoluto.

El art. 363 del CCo no fue objeto de gran análisis y discusión sino a partir de la crisis económica de finales de 1994, que provocó el impago generalizado de deudas de dinero contraídas fundamentalmente con las instituciones de crédito, cuyos litigios dieron pauta para que la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolviera en jurisprudencia firme de octubre de 1998 que en nuestro derecho no existe la institución del anatocismo y que la capitalización de intereses en materia mercantil es válida aun cuando se haya pactado de antemano.⁶

Sin embargo, contrario a lo resuelto por la jurisprudencia, conforme a las fuentes del derecho mexicano, como la histórica (el origen y desarrollo del anatocismo), la doctrina, la ley y la propia jurisprudencia anterior, debe concluirse que el pacto de anatocismo (la capitalización de intereses) está regulado en México y el CCF lo declara nulo cuando se hace por adelantado, es decir, antes de que se venzan los intereses a capitalizar.

Respecto de la palabra *anatocismo*. En la jurisprudencia de 1998 de la Suprema Corte, contraria a lo resuelto por la misma con anterioridad y en relación con otras instituciones que tampoco están mencionadas en las leyes y que sin embargo las ha admitido como válidas y existentes en el derecho mexicano (por ejemplo, el pacto comisorio, la *pacta sunt servanda* o la *plus petitio*), la Corte considera que en México no cabe hablar de *anatocismo*, sino únicamente de *intereses sobre intereses*, que dice que están prohibidos tanto por el CCF como por el CCo, y de *capitalización de intereses*, que dice que son

válidos expresamente y a condición de que sean pactados entre las partes con posterioridad a que los intereses se causen, de acuerdo con el CCF; y sin hacer manifestación en cuanto a la temporalidad de ese convenio, conforme al CCo, lo que nos parece un equívoco de este alto Tribunal. Expresa la jurisprudencia:

Al respecto, se impone establecer que del análisis de las disposiciones que integran el sistema jurídico mexicano, en especial del Código Civil y del de Comercio, así como de las Leyes de Instituciones de Crédito y de Títulos y Operaciones de Crédito, relativas a los contratos civiles, mercantiles y bancarios, se advierte que en ninguna parte hacen referencia expresa al anatocismo, vocablo que queda comprendido en el campo de la doctrina.

El artículo 2397 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, ubicado en el título Quinto del Mutuo, capítulo II, del Mutuo con interés, establece que las partes no pueden, bajo pena de nulidad, convenir de antemano que los intereses se capitalicen y que produzcan intereses. El artículo 363 del Código de Comercio, en el título quinto, capítulo primero, denominado del Préstamo mercantil en general, previene que los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses y, añade, que los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos. Finalmente, las leyes citadas en último término, que regulan los contratos bancarios, no tienen ninguna disposición en ese sentido. Por tanto, no cabe hablar de anatocismo, sino de intereses sobre intereses, prohibido por ambos preceptos, y de capitalización de intereses, expresamente autorizado a condición de que sea pactado entre las partes, en el primer precepto, con posterioridad a que los intereses se causen; y, en el segundo, sin hacer manifestación en cuanto a la temporalidad de ese convenio.

En la jurisprudencia citada se sostiene, por un lado, que el término *anatocismo* no existe en nuestro derecho, ya que no está recogido en las leyes, y que la cláusula por medio de la cual se permite la capitalización de intereses de antemano es válida; sin embargo, contrario a ello, se considera que dicho término sí existe en nuestro derecho, porque el derecho mexicano no solo se integra por el texto de la ley, sino también por su interpretación, por la doctrina, por la costumbre y por la misma jurisprudencia, además de que no se pueden abstraer sus fuentes formales, reales e históricas.

En efecto, el que en la legislación nacional no exista consignada expresamente la palabra *anatocismo* no autoriza a la Suprema Corte a desconocer esta institución, que está contenida en la ley y que ha sido reconocida por la doctrina nacional y extranjera, así como por la propia jurisprudencia; dicho desconocimiento

implicaría ignorar otras instituciones cuya designación como tales tampoco aparecen expresamente en las leyes, como acontece, entre otras, con *plus petitio*, *pacto comisorio*, *cláusula resolutoria*, *pacta sunt servanda* y *lesión*. No puede desconocerse en México la institución del anatocismo porque, como la misma Suprema Corte lo ha expuesto, las instituciones jurídicas son lo que son por su esencia y no por el nombre que se les quiera dar, que en muchas ocasiones puede ser erróneo o no manifestarse o que incluso se haya omitido por el legislador; así, por ejemplo, es incuestionable que el art. 2646 del CCF señala que: “El contrato por el cual alguno se obliga a transportar, bajo su inmediata dirección o la de sus dependientes, por tierra, por agua o por el aire, a personas, animales, mercaderías o cualesquiera otros objetos, si no constituye un contrato mercantil, se regirá por las reglas siguientes”, regula y define al contrato de transporte, aun cuando en dicho concepto no aparece expresamente la palabra *transporte*.

Por lo demás, como hemos señalado, el derecho mexicano no solo se integra por el texto de la ley, sino también por su interpretación, por la doctrina y por la costumbre, etc. En el caso del anatocismo, aunque no existe esa palabra en las leyes mercantiles ni en el CCF, es evidente que tanto el art. 363 del CCo como el 2397 del CCF se refieren a esta figura. En Italia, el art. 1283 del Código Civil alude expresamente al anatocismo para referirse a los intereses generados de intereses vencidos, y como se dijo, la palabra *anatocismo* no significa otra cosa sino la capitalización de intereses vencidos y no pagados, por lo que no se puede desconocer bajo eufemismos insostenibles, so pena de incurrir en fraude a la ley, que la capitalización de intereses no constituye anatocismo o que como esta palabra no está consagrada textualmente en el art. 363 del CCo, dicho precepto no se refiere a la misma.

Incluso, en el art. 1168 del CCo de Colombia se prohíbe simular el pacto de anatocismo, lo que parecería ser lo que se hace cuando se pretende desconocer la institución y la prohibición de su pacto por adelantado. Por ello se considera irreflexiva y tendenciosa la jurisprudencia, porque pretende desconocer la institución del anatocismo indiscutiblemente consagrada en el CCo y solo permitida cuando los intereses son vencidos y no pagados, ya que sostener el argumento de la Corte implicaría también desconocer figuras como la *lesión*, regulada en el art. 17 del CCF, en el cual se omite cualquier referencia a la palabra *lesión* y que, sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia reconocen como tal.

Historia y derecho comparado. La Suprema Corte argumenta que la

perspectiva histórica confirma la validez del pacto de capitalización de intereses por anticipado en materia mercantil, pero olvida el derecho comparado, del cual nuestro legislador abrevó y tomó para incorporarlo a las leyes. También olvida la doctrina nacional y extranjera, y simplemente se refiere a los códigos anteriores haciendo abstracción de las demás fuentes del derecho; cuando se refiere a dichos códigos, lo hace de manera parcial. En la tesis que se comenta menciona la Suprema Corte:

El primer Código de Comercio que se expidió en nuestro país 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.

En efecto, dicha codificación mercantil, que data de mil ochocientos cincuenta y cuatro, en su artículo 302, establecía: “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 sobre capitalización de intereses, consagrando el más amplio criterio de libertad en relación con ésta.

La Corte dice que el legislador mercantil optó por mantener el sistema del derecho civil y que supuestamente, como consecuencia, suprimió toda disposición encaminada a prohibir o reglamentar el convenio sobre capitalización de intereses; sin embargo, el Supremo Tribunal omite mencionar que el Código Civil de 1884, aunque facultaba a las partes para cobrar intereses sobre intereses, se refería a los intereses vencidos y exigía establecer los plazos en los que debía proceder dicha capitalización (art. 2699); así como que dicho ordenamiento sancionaba con nulidad los actos jurídicos cuyo objeto fuera legalmente imposible, siendo uno de ellos el que la cosa no pudiese ser exigible; y puesto que los intereses solo son exigibles a partir de su vencimiento, no podía ser objeto de pacto o convenio la capitalización de intereses por vencer bajo

pena de nulidad, tal como lo previene el mismo art. 81 del CCo.

Por otra parte, es inexacto que el CCo haya suprimido toda reglamentación en torno a la capitalización de intereses, puesto que precisamente en el art. 363 se refiere a dicha capitalización y solo autoriza capitalizar los intereses vencidos y no pagados por acuerdo posterior de las partes.

La sola interpretación adecuada del art. 363 del CCo permite sostener la nulidad del anatocismo por adelantado, ya que únicamente autoriza la capitalización de intereses vencidos y no pagados y, por consiguiente, sí impone una temporalidad tácita pero clara al pacto, cuya violación implica la nulidad del pacto por disposición del mismo art. 81 del CCo. De lo anterior resulta que la jurisprudencia es incorrecta, ya que pretende comprender tanto intereses vencidos como intereses por vencer, siendo que el art. 363 se refiere clara y únicamente a los intereses vencidos y no a los intereses por vencer.

Asimismo, la Suprema Corte no tomó en consideración la evolución histórica del anatocismo ni el derecho comparado, pues es conocido que la capitalización de intereses causa una situación gravosa al deudor, razón por la cual no es ni ha sido aceptada siempre ni ilimitadamente. En efecto, en el derecho romano antiguo el pacto de anatocismo fue permitido para los intereses vencidos (*praeteriti temporis*) y prohibido para los intereses futuros (*futuri temporis*); en la República, con Justiniano, fue prohibido en definitiva y absolutamente para ambos casos: *ut nullo modo usurae usurarum a debitoribus exigantur* (L. IV, tít. 22, Ley 28).⁷ En el derecho francés antiguo⁸ también se prohibió, a pesar de que en su derecho intermedio, con la declaración de la Convención del 11 de abril de 1793, se proclamó la libre contratación de intereses.

En las legislaciones modernas han existido dos tendencias definidas: la que prohíbe en absoluto el anatocismo (por ejemplo, el código alemán en su art. 289) y la que lo prohíbe parcialmente; en esta se autoriza el anatocismo en ciertas condiciones (Francia, Holanda, España, Argentina y México).

El Código Civil francés señala en su art. 1154 que los intereses vencidos de capitales pueden producir intereses o por demanda judicial o por convenio especial, con tal que, sea en la demanda o sea en el convenio, se trate de intereses debidos por un año entero cuando menos. Dicho precepto, vigente a la fecha, dio lugar a posiciones encontradas. Charles Aubry y Charles Rau sostuvieron que los intereses de un capital (por convención, ley o sentencia) eran

susceptibles de producir, en ciertas condiciones, nuevos intereses, pero que estos últimos no podían ser convertidos a su vez por capital productivo de nuevos intereses,⁹ que lo dispuesto por el art. 1154 debía ser interpretado restrictivamente.

Por su parte, Gabriel Baudry Lacantinerie y Louis Barde sostuvieron que los intereses de intereses podían, a su turno, devengar intereses indefinidamente, ya que los intereses de los intereses son del capital al haberse capitalizado (Louis Josserand también opinó igual); Gaston Rau, Charles Falcimaigne y Maurice Gault, en las notas a la quinta edición de la obra de Aubry y Rau, advierten que de lo que se trata es de indagar si los intereses de intereses pueden ser convertidos en capital, y Baudry Lacantinerie y Barde sostienen que una vez que los intereses se han capitalizado, devienen ellos mismos en capital y por ello pueden de nueva cuenta producir nuevos intereses sin violentar el artículo que nos ocupa.

Como quiera que sea, conforme al citado artículo y según la jurisprudencia francesa, el anatocismo se rige de acuerdo con las condiciones siguientes:¹⁰ a) la capitalización de intereses no opera de pleno derecho; solo se produce cuando se haya unido un pacto de anatocismo al contrato de préstamo y cuando el acreedor presenta expresa demanda judicial; b) para que opere la capitalización de intereses es necesario que se adeuden al menos por un año entero. No es posible efectuar capitalización por todos los meses; c) únicamente los intereses vencidos pueden ser capitalizados. Se prohíben las convenciones que estipulan por anticipado la capitalización, sobre todo en el momento de la celebración del préstamo. El pacto de anatocismo solo es válido para intereses vencidos con anterioridad a la conclusión de dicho pacto; d) el retraso en la liquidación de la deuda no debe provenir de la culpa del acreedor.

En Italia, el Código Civil anterior establecía en su art. 1232 restricciones al principio de la licitud del anatocismo. Se exigía para capitalizar los intereses que se tratase de intereses debidos por lo menos en un año completo, prohibiéndose la capitalización de intereses mensuales o semestrales; asimismo, se exigía que dichos intereses hubieran vencido en el momento en que judicialmente se demandaran las *usurae usurarum* o en el momento en que estas se fijaran mediante convención, de tal forma que quedaba prohibido el pacto de intereses sobre intereses futuros y cualquier convención por la que se pactara la capitalización de intereses futuros.¹¹ Conforme al art. 1283 del Código Civil

italiano de 1942, los intereses vencidos pueden producir interés solo desde el día de la demanda judicial o por efecto de convención posterior, a su vencimiento, y siempre que se trate de intereses vencidos cuando menos por seis meses.

En España, el art. 1109 del Código Civil señala que los intereses vencidos devengan interés legal desde que son reclamados judicialmente, aunque las partes nada hayan pactado. A su vez, el art. 317 del CCo español previene que “los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizar los intereses líquidos y no satisfechos, que, como aumento de capital, devengarán nuevos réditos”.

El Código Civil argentino derogado el 1 de agosto de 2015 establecía en su art. 623 que no se debían intereses de los intereses sino por obligación posterior, convenida entre deudor y acreedor, que autorizara la acumulación de ellos al capital, o cuando judicialmente liquidada la deuda con los intereses, el juez mandase pagar la suma que resultare y el deudor fuese moroso en hacerlo. Esto es, solo se admitía el anatocismo por convención especial como acumulación del capital y en forma posterior a la mora. Únicamente se admitían intereses vencidos y no futuros, y el juez podía determinar la existencia del anatocismo con el requerimiento de pago posterior al vencimiento de los intereses y mora en el pago por el deudor. A su vez, el art. 569 del CCo argentino, también derogado, señalaba que los intereses vencidos podían producir intereses por demanda judicial o por una convención especial. En caso de demanda, era necesario que los intereses se adeudaran al menos por un año, y también señalaba que promovida la demanda judicial por el capital e intereses, no podía hacerse acumulación de los que se fueran devengando, para formar aumentos de capital que produjeran réditos. El 1 de agosto de 2015 entró en vigor el nuevo *Código Civil y Comercial de la Nación* (CCyCo), que sigue el proceso unificador del derecho privado, desde Italia en 1942 a Brasil en 2002,¹² derogando el Código Civil y el CCo.

En Argentina, el CCyCo¹³ se refiere al anatocismo en el art. 770 y señala que no se deben intereses de los intereses, excepto que: *a)* una cláusula expresa autorice la acumulación de los intereses al capital con una periodicidad no inferior a seis meses; *b)* la obligación se demande judicialmente; en este caso, la acumulación opera desde la fecha de la notificación de la demanda; *c)* la obligación se liquide judicialmente; en este caso, la capitalización se produce desde que el juez manda pagar la suma resultante y el deudor es moroso en hacerlo; *d)* otras normas

permitan la acumulación de intereses; asimismo, el art. 771 de dicho ordenamiento previene que jueces pueden reducir los intereses cuando la tasa fijada o el resultado que provoque la capitalización de intereses exceda, sin justificación y desproporcionadamente, el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación; que los intereses pagados en exceso se imputan al capital y, una vez extinguido este, pueden ser repetidos.

En Uruguay, conforme a lo expuesto por Gásperi,¹⁴ el art. 2215 del Código Civil no admitía el anatocismo por adelantado; sin embargo, actualmente se admite el mismo en el CCo, en el art. 718, que señala:

Artículo 718. En las obligaciones comerciales los intereses vencidos y no satisfechos solo pueden producir intereses por efecto de una convención u obligación especial posterior a cuando los intereses hayan vencido, y siempre que se trate de intereses vencidos y debidos durante al menos un año entero.

Las partes no pueden convenir de antemano que los intereses se capitalicen y produzcan intereses. En defecto de convención o autorización legal especial, los intereses devengados no pueden capitalizarse.

Lo mismo sucede en el art. 2215 del Código Civil: “Los intereses vencidos y no satisfechos solo pueden producir intereses por efecto de una convención u obligación especial posterior a cuando los intereses hayan vencido, y siempre que se trate de intereses vencidos y debidos durante al menos un año entero. Las partes no pueden convenir de antemano que los intereses se capitalicen y produzcan intereses. En defecto de convención o autorización legal especial, los intereses devengados no pueden capitalizarse. Estas normas son de orden público.”

De ahí resulta claro que el anatocismo es la capitalización de intereses, que el derecho comparado prohíbe el pacto por adelantado y que el art. 317 del CCo español previene: “Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizar los intereses líquidos y no satisfechos, que, como aumento de capital, devengarán nuevos réditos.” Se puede inferir fácilmente que el art. 363 de nuestro CCo fue una copia incompleta del CCo español, como ocurrió con otros preceptos, pero que el espíritu del legislador mexicano fue proscribir el pacto de capitalización de intereses por adelantado y solo permitir dicha capitalización para intereses vencidos y no

pagados, aspecto que olvidó la Suprema Corte.

Anatocismo en el Código de Comercio. En la legislación mexicana, es cierto que en el art. 363 del CCo no aparece textualmente el término *anatocismo*, que tampoco aparece en las normas generales aplicables a los contratos civiles y mercantiles, ni en ellas se alude de forma expresa a la capitalización de intereses. Sin embargo, el CCo se refiere a esta institución en su art. 363, el cual únicamente permite capitalizar los intereses vencidos y no pagados; una vez que sean líquidos, las partes pueden convenir en su capitalización, pero no antes.

Como se dijo, el art. 81 de nuestro CCo previene que con las modificaciones y restricciones contenidas en dicho código, las causas que anulan los contratos civiles también anulan los contratos mercantiles, de donde resulta que si tanto el CCF como el CCo contienen un precepto relativo a la capitalización de intereses, ubicado en el capítulo del contrato de mutuo con interés y del préstamo mercantil, respectivamente, y si el CCF sanciona con nulidad el pacto de anatocismo por adelantado, es incuestionable que por la misma razón es nulo dicho pacto en materia mercantil; incluso, como se dijo, el anterior Código Civil declaraba nulos los actos cuyo objeto fuera legalmente imposible, siendo uno de ellos el que la cosa no pudiese ser exigible, y puesto que los intereses solo son exigibles a partir de su vencimiento, no puede ser objeto de pacto o convenio la capitalización de intereses por vencer bajo pena de nulidad, tal como lo previene el art. 81 del CCo.

En efecto, el CCo señala en el art. 363, ubicado en el capítulo I, denominado “Del préstamo mercantil en general”, que “Los intereses vencidos y no pagados, no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos.” Si se analiza e interpreta adecuadamente este precepto, se observa sin lugar a dudas que los intereses a que se refiere el art. 363 citado cuando dice: “Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos”, son únicamente los intereses vencidos y no pagados, no cualquier interés; esto es, la ley no alude a los intereses por vencer, sino solo a los vencidos, porque antes de la expresión *capitalizarlos*, dicho artículo se refiere a los *intereses vencidos y no pagados* y de ninguna manera a los intereses por vencer. De ahí resulta claramente que el CCo permite el pacto de capitalización de intereses únicamente cuando estos se han vencido, pero no permite el convenio de la capitalización de antemano de intereses futuros o por vencer, ya que la expresión *podrán* contiene en forma clara la temporalidad en la cual puede convenirse la capitalización y que consiste

en que una vez que sean vencidos dichos intereses, puede convenirse en su capitalización.

De tal suerte, solo es válido el pacto de anatocismo de intereses vencidos y no pagados y, en consecuencia, es nula la cláusula de anatocismo por adelantado. La nulidad de dicha cláusula deriva directamente de lo previsto por el mismo art. 363, que de manera categórica previene que los intereses vencidos no devengarán intereses y que solo permite la capitalización de los intereses vencidos después de celebrado el contrato y una vez que dichos intereses sean vencidos, en cuyo caso *podrán* convenir dicha capitalización; así también la nulidad del pacto de antemano resulta de lo dispuesto por los arts. 2º y 81 del mismo CCo; el primero de ellos se refiere a la supletoriedad del derecho civil en materia mercantil, y el segundo a la incorporación. Reza el art. 81: “Con las modificaciones y restricciones de este Código, serán aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de la capacidad de los contrayentes, y de las excepciones y causas que rescinden o invalidan los contratos.”

Tanto el CCo (art. 363) como el CCF (art. 2397) se refieren a la capitalización de intereses vencidos (anatocismo), pero a diferencia del segundo, el CCo no establece en forma literal ni directa la nulidad del anatocismo por adelantado; sin embargo, atendiendo a las reglas de interpretación se puede afirmar que la permisión de capitalizar intereses se limita a los intereses vencidos (“podrán capitalizarlos”, obviamente los intereses vencidos, que son a los que se refiere el artículo); además, por disposición de los arts. 2º y 81 del CCo surte la nulidad de la cláusula de anatocismo por adelantado, ya que esta es nula por disposición expresa del art. 2397 del CCF, artículo perfectamente incorporado al diverso 263 del CCo, sin que exista contradicción de normas. En efecto, existe armonía y complementación de este art. 363 con el diverso 2397, como si el segundo estuviera incorporado al primero, para lo cual basta hacer la siguiente transcripción: “Artículo 363. Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos. Las partes no pueden, bajo pena de nulidad, convenir de antemano que los intereses se capitalicen y que produzcan intereses.”

Como observará el lector, en el texto anterior no existe contradicción, el contenido transcrito del art. 2397 del CCF queda perfectamente incorporado al art. 363 del CCo y lo complementa, porque este prohíbe la capitalización de

intereses vencidos, a menos que una vez vencidos las partes convengan en su capitalización, y el 2397, que también permite el convenio de capitalización de intereses vencidos y prohíbe el pacto por adelantado, expresamente sanciona con nulidad a este último, lo cual significa que en ambos preceptos solo está permitido el anatocismo respecto de intereses vencidos y no pagados.

Incluso, aun cuando se argumentara que el art. 2397 del CCF no puede incorporarse al CCo, ya que cuando este entró en vigencia aún no existía dicho precepto (puesto que el CCF entró en vigor en 1932), por sí solo el art. 363 permite concluir la nulidad del pacto de anatocismo por adelantado, además de que el Código Civil de 1884, aunque permitía la capitalización de intereses, exigía que las partes establecieran previamente los plazos conforme a los cuales podía operar dicha capitalización; de manera que dicho ordenamiento sancionaba con nulidad los actos jurídicos cuyo objeto fuera legalmente imposible, siendo uno de ellos el que la cosa no pudiese ser exigible; y puesto que los intereses solo son exigibles a partir de su vencimiento, no puede ser objeto de pacto o convenio la capitalización de intereses por vencer.

Como dijimos, la nulidad de dicha cláusula deriva directamente de lo previsto por los arts. 2º y 81 del CCo. El primero de ellos se refiere a la supletoriedad del derecho civil en materia mercantil, mientras que el segundo alude a la incorporación y establece: “Artículo 81. Con las modificaciones y restricciones de este Código, serán aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de la capacidad de los contrayentes, y de las excepciones y causas que rescinden o invalidan los contratos.”

Tanto nuestro CCo como el CCF se refieren a la capitalización de intereses (anatocismo), y aunque a diferencia del segundo el CCo no establece en forma expresa la nulidad del anatocismo por adelantado, es incuestionable que dicha prohibición dimana directamente del mismo art. 363 e indirectamente por disposición de los arts. 2º y 81 del CCo, de donde surge la nulidad de la cláusula de anatocismo por adelantado, ya que esta es nula por disposición expresa del art. 2397 del CCF, artículo perfectamente incorporado al diverso 363 del CCo, sin que exista contradicción de normas pues, como se dijo, se pueden encontrar armonía y complementación de este con el diverso 2397, como si estuviera incorporado al primero.

En efecto, no existe contradicción sino complementación, porque el art. 363 solo

se refiere a la posibilidad de capitalizar los intereses vencidos y no pagados y el 2397, que también permite la capitalización, prohíbe que la misma sea por adelantado y sanciona con nulidad al pacto que así lo haga, lo cual significa que en ambos preceptos solo está permitido el anatocismo respecto de intereses vencidos y no pagados.

La temporalidad en el pacto de anatocismo. Otro de los argumentos que sostiene la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia firme que resolvió sobre la validez de la capitalización de intereses por adelantado,¹⁵ es el relativo a la supuesta falta de temporalidad en el art. 363 del CCo. En la tesis de la Suprema Corte se sostiene que supuestamente el pacto de capitalización de intereses está expresamente autorizado en cualquier tiempo en materia mercantil: “capitalización de intereses, expresamente autorizado a condición de que sea pactado entre las partes, en el primer precepto, con posterioridad a que los intereses se causen; y, en el segundo, sin hacer manifestación en cuanto a la temporalidad de ese convenio.”¹⁶

Es inexacto que por el hecho de que el art. 363 del CCo no establezca literalmente temporalidad alguna para convenir la capitalización de intereses, dicho precepto autorice a hacerlo aun antes de que dichos intereses se devenguen y sean vencidos, pues ese precepto se refiere precisa y únicamente a los intereses vencidos y no pagados, y como lógica consecuencia, el convenio sobre su capitalización solo puede hacerse con posterioridad a que se hayan vencido los mismos, conclusión que se soporta con el propio art. 363, que se refiere a la posibilidad de proceder a la capitalización en el futuro *podrán*, y con lo dispuesto por el art. 2397 del CCF, que en forma categórica sanciona con nulidad el pacto que de antemano convenga en la capitalización de intereses, nulidad que por disposición del art. 81 del CCo es aplicable en materia mercantil.¹⁷

En definitiva, el art. 363 del CCo solo alude a intereses vencidos y no pagados y de ninguna manera a los intereses por vencer; de ahí que no se comparte la posición de la Suprema Corte, ni la opinión de Jorge Adame, quien sostiene que el art. 363 citado no contiene indicación alguna respecto del momento en que puede hacerse el pacto de anatocismo, y que si bien es verdad que dicho precepto se refiere a la capitalización de intereses vencidos, ello no implica que se prohíba el pacto por el cual de antemano se convenga en la capitalización de intereses a su vencimiento; que en su opinión, la frase “los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos”, no contiene referencia al momento en que las partes

podrán hacerlo, y que el uso del futuro *podrán* no indica posterioridad al momento en que los intereses vencieron, sino respecto de la acción de la vigencia de la regla,¹⁸ lo cual es inaceptable por lo expresado.

Desde luego, se insiste en que cuando el art. 363 expresa que “los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos”, necesaria y únicamente se refiere a los intereses vencidos y no a los intereses por vencer, porque previamente alude a dichos intereses vencidos, y que el término *podrán* solo puede significar posibilidad para el futuro, después de celebrado el contrato y con posterioridad a que los intereses se hayan vencido, pero de ninguna manera que pueda convenirse en la capitalización de intereses por vencer o futuros en el propio contrato de préstamo. Incluso, aunque se quiera aplicar lo dispuesto por el art. 2699 del Código Civil de 1884, que estableció: “no puede cobrarse interés de los intereses vencidos si no está expresamente estipulado en el contrato; observándose lo que en él se establezca sobre los plazos en que debe hacerse la capitalización”, dicha aplicación sería inexacta porque el art. 363 del CCo en forma categórica –y a diferencia del citado Código Civil de 1884– se refiere solo a la capitalización *a posteriori* de los intereses vencidos. Entonces, es válido el anatocismo respecto de intereses vencidos y no pagados y, en consecuencia, es nula la cláusula de anatocismo por adelantado.

En cuanto a la supuesta derogación de la libertad contractual. La Suprema Corte argumenta: “Además, existen argumentos lógico-jurídicos que conducen al mismo resultado. Por una parte, no se pueden hacer interpretaciones que deroguen tácitamente el principio general de libertad contractual. De existir alguna distinción deben acordarla las partes o establecerla el legislador, según lo ha hecho en otras materias, como en la civil (artículo 2397 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia Federal, ya transcrito) o de protección al consumidor, artículo 68 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, que a la letra dice: ‘Artículo 68. Únicamente se podrán capitalizar intereses cuando exista acuerdo previo de las partes, en cuyo caso el proveedor deberá proporcionar al consumidor estado de cuenta mensual. Es improcedente el cobro que contravenga lo dispuesto en este artículo.’”

Se equivoca la Suprema Corte al sostener en esta jurisprudencia que cuando las partes convienen en la capitalización de intereses se invoca para ello el art. 363 del CCo; lo hacen en atención al convenio que se celebra con fundamento en el

art. 78 del CCo, “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”, puesto que el art. 77 del mismo ordenamiento proclama la nulidad de los actos ilícitos, y conforme a los arts. 6º, 7º, 8º y 1831 del CCF aplicables al CCo (art. 2º, CCo), y el mismo art. 81 del CCo, la autonomía de la voluntad y la libertad contractual están limitadas por disposiciones de orden público y leyes prohibitivas, una de las cuales es la contenida en el art. 2397 incorporado al 363 del CCo, que prohíbe dicho pacto bajo pena de nulidad.

Si bien es verdad que tanto el art. 363 del CCo como el 2397 del CCF autorizan la capitalización de intereses por acuerdo expreso de las partes, no menos cierto es que la capitalización no solo no puede operar de manera automática, sino que el convenio que la contenga únicamente puede ser válido en las condiciones y límites previstos por la ley, esto es, se requiere que la expresión de la voluntad de los contratantes sea dada con posterioridad al vencimiento de los intereses objeto del convenio; por lo que en sentido contrario a lo señalado por nuestro máximo tribunal, no solo no existe entre ambos preceptos la supuesta diferencia en cuanto al momento en que puede celebrarse el pacto correspondiente –ya que si bien es verdad que el CCF prohíbe en forma expresa que ese acuerdo de voluntades sea anterior al vencimiento y al no pago de los intereses que habrán de capitalizarse, y que el art. 363 del CCo no contiene ninguna exigencia expresa de temporalidad para su realización, dicha supuesta diferencia solo es literal, ya que del texto mismo de este precepto se desprende con claridad la exigencia de que el pacto sea también posterior (*podrán*), más aún que dicho precepto se complementa con el art. 2397 del CCF, al amparo de los arts. 2º y 81 del mismo CCo–, sino que para que el pacto de anatocismo sea válido se requiere que no contravenga disposiciones prohibitivas o de orden público, como la que prohíbe el pacto de anatocismo por adelantado, de suerte que dicho pacto es contrario a la ley y no produce efecto legal alguno, al tenor de lo dispuesto por el art. 77 del CCo.

Como consecuencia de lo anterior, y en sentido contrario a lo sostenido por la Suprema Corte en materia mercantil, para que el pacto de capitalización de intereses sea válido solo puede recaer sobre intereses ya vencidos que no hayan sido pagados (pacto posterior), pero no sobre los que tengan vencimiento futuro (convenio anticipado). En efecto, la expresión *vencidos y no pagados* que contiene el numeral 363 mencionado no debe ni puede interpretarse en relación

con una temporalidad, sino solo como una reiteración especificativa de que los intereses que pueden ser objeto de dicha capitalización son los vencidos, es decir, únicamente los que se adeuden por ser de plazo cumplido.

Lo sostenido por la Corte está fuera de toda realidad jurídica y económica, puesto que la prohibición del pacto de anatocismo por adelantado no constituye ninguna derogación a la libertad contractual, sino un límite de orden público impuesto por la ley expresamente en el mismo art. 363 del CCo, cuando establece una norma prohibitiva: “Los intereses vencidos y no pagados, no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos”, limitación también sostenida en los arts. 6º, 7º, 8º y 1831 del CCF y 77 y 81 del CCo. Por tanto, no existe ninguna derogación tácita al principio general de libertad contractual, sino una limitación expresa y de orden público contenida en el precepto en cuestión,¹⁹ que no puede violentarse bajo pena de nulidad. De ahí que no se trata de una interpretación que derogue tácitamente al principio general de libertad contractual, sino que es la ley misma la que impone dicha limitación al tenor de lo dispuesto por el art. 77 del CCo.

Donde la ley distingue debemos distinguir. Sostiene la Corte que al efecto debe tomarse en cuenta y aplicarse la regla de interpretación consistente en que donde la ley no distingue no debe distinguir el intérprete; sin embargo, dicho principio o regla es aplicado en forma equívoca por la Suprema Corte, ya que el CCo hace una distinción que la Corte no observa, ya que en la tesis mencionada argumenta: “la distinción que establecieron algunos de los tribunales que entraron en contradicción acerca de que la capitalización sólo puede ser posterior a que los réditos se encuentren vencidos y no pagados, implica la introducción de 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”.

En sentido contrario a lo sostenido por la Suprema Corte, el CCo hace una distinción, ya que únicamente menciona los intereses que califica de *vencidos*, por lo que se refiere de manera expresa al pacto de anatocismo de intereses vencidos y no pagados, de lo cual resulta que donde la ley distingue sí se debe distinguir y no se pueden comprender otros supuestos de los que la ley no estableció. De esta forma, en relación con los intereses no vencidos, no solo debe interpretarse según la distinción clara que hace la ley, sino que incluso debe recurrirse a la aplicación del principio de derecho de mayoría de razón conforme al cual si el art. 363 del CCo prohíbe la capitalización de intereses vencidos y no

pagados, a menos que medie pacto expreso posterior, y el CCF sanciona con nulidad el pacto por adelantado, por mayoría de razón no es válida la capitalización de intereses no vencidos o capitalización de antemano.

El pacto de anatocismo perjudica al deudor. Para sostener la validez del pacto de anatocismo por adelantado, la jurisprudencia expone un argumento infundado, fuera de toda realidad e incluso increíble: “el pacto de anatocismo por adelantado no perjudica al deudor.” No se puede entender cómo es que el convenio de capitalización de intereses que se pacte en el momento de celebrar un contrato de préstamo no pueda perjudicar al deudor, si desde el derecho romano antiguo solo se autorizó la capitalización de intereses vencidos y no pagados, en razón de lo gravosos que estos resultan al deudor, y que por ello en forma unánime los juristas han advertido de los peligros que implica la aceptación del pacto por adelantado, de ahí que diversas legislaciones extranjeras solo lo admitan mediante pacto posterior a la fecha en que se contrae la deuda; incluso el mismo legislador mexicano, en la exposición de motivos del CCF,²⁰ advirtió que dichos pactos perjudican al deudor y que con la sanción de nulidad de los mismos se evita que el acreedor se aproveche de la aflictiva situación de aquel al solicitar el préstamo, pactándose de manera anticipada la acumulación de intereses que, por producir una utilidad inmoderada del capital, fomentan la negligencia del acreedor para reclamar oportunamente el pago y causan ruinoso perjuicio al deudor.

Sin embargo, la Suprema Corte sostiene: “En la hipótesis examinada 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. Es decir, no existe motivo alguno para restringir la letra de la norma.” Si este fuera el criterio correcto, entonces no sería explicable por qué la LGTOC, en su art. 344, prohíbe el pacto celebrado en la fecha de constitución de la prenda, que permite al acreedor prendario hacerse dueño de los bienes o títulos dados en prenda.

No se trata de restringir la letra de la norma, sino de respetar su sentido, el cual fue autorizar a las partes a pactar la capitalización de intereses vencidos y no pagados, por lo que no es válido interpretarla amplia y contrariamente a su

sentido literal como lo hace la jurisprudencia, pasando por alto diversas normas, principios, doctrina y las fuentes del derecho.

En sentido contrario a lo sostenido por la Corte, mientras el deudor ignore el total de intereses por acumularse al capital no es posible autorizar la capitalización de los mismos, y tampoco en el momento de la celebración del contrato, porque en tales condiciones el deudor se encuentra forzado a convenir de antemano la capitalización en su perjuicio en virtud de que precisa el dinero que le será prestado; por ello, solo se puede autorizar válidamente el anatocismo de intereses vencidos y no pagados mediante convenio posterior al vencimiento, y no el pacto de antemano de capitalización de los intereses futuros,²¹ pues no se puede perder de vista que, como dice Gásperi,²² el deudor que consiente en el anatocismo por adelantado lo admite por inexperiencia o extrema penuria, y que el acreedor que lo estipula se aprovecha de estas circunstancias para lucrar con su debilidad y explotarlo; esta es la razón que no quiso ver la Corte en la tesis que comentamos.

En conclusión, el pacto de anatocismo por adelantado es nulo, ya que el art. 363 del CCo solo admite la validez de ese pacto cuando se hace después de vencidos los intereses, sin que sea argumento para sostener que es válido el pacto por adelantado porque “así operaba cuando el Código de Comercio fue expedido”,²³ porque aun suponiendo que así fuera, dicha práctica sería nula, ya que en contra de la observancia de la ley no se puede aducir uso o costumbre en contrario. Con el nuevo orden constitucional la SCJN podría hacer una nueva reflexión sobre el anatocismo, pues a la fecha se ha pronunciado de manera muy parca, y aunque ha declarado nulo el pacto de anatocismo por adelantado lo ha hecho a nivel estatal, pero no en materia mercantil, pese a que la interpretación adecuada del art. 363 del CCo lo permite.

Diferencias con el mutuo civil. Como señalamos, el CCF regula el préstamo civil bajo las denominaciones de *mutuo simple* y *mutuo con interés* (préstamo irregular), así como de *comodato* (préstamo regular), de lo que difiere el préstamo mercantil en virtud de lo siguiente:

1. El préstamo es mercantil cuando se contrae en concepto y con la expresión de que las cosas objeto del mismo se destinan a actos de comercio, o cuando se celebra entre comerciantes, o el prestador es una institución de crédito.

2. En el préstamo mercantil por tiempo indeterminado, el prestador puede exigir la entrega del dinero, títulos o valores o mercancías en la misma especie y calidad después de transcurridos 30 días siguientes a la fecha de la interpelación que haga judicial o extrajudicialmente (art. 360, CCo); en cambio, en el mutuo, a falta de pacto, el mutuuario debe entregar los bienes a que se obliga, según la naturaleza de estos; por ejemplo, si el mutuuario es labrador y el préstamo consistió en productos del campo, o cuando no siendo labrador el mutuuario, este deba percibir frutos semejantes por otro título, la restitución procede en la siguiente cosecha de los mismos o semejantes frutos o productos (art. 2385, CCF).
3. A falta de pacto, en el préstamo mercantil el prestatario debe entregar los bienes en el lugar que conforme a la naturaleza del negocio o la intención de las partes se considere adecuado (art. 86, CCo), mientras que en materia civil debe restituirse la cosa en el lugar en donde se encuentre, y tratándose de dinero, en el domicilio del deudor (art. 2387, CCF).
4. En el préstamo mercantil, el deudor que demore en el pago de su deuda debe pagar al acreedor un interés moratorio que a falta de pacto se fija en 6% anual, mientras que en el mutuo es de 9% anual.

Modalidades del préstamo

Conforme a lo dispuesto por el CCo, el préstamo puede ser de dinero, de títulos o en especie.²⁴

Préstamo de dinero. Contrato por el cual el prestador se obliga a transmitir al prestatario una suma de dinero, en pesos mexicanos o moneda extranjera, en cuyo caso el prestatario contrae la obligación de devolver una cantidad igual a la recibida, salvo que se haya pactado una especie de moneda, en cuyo caso deberá entregarse otro tanto de la misma especie recibida. El art. 359 del CCo previene que si se pacta la especie de moneda, siendo extranjera, en que se ha de hacer el pago, la alteración que experimente el valor será en daño o beneficio del prestador; sin embargo, se debe atender lo dispuesto por la *Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos* y la *Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita* (ley antilavado de dinero) que considera en la fracc. IV del art. 17 al préstamo de dinero, con o sin garantía,

por parte de sujetos distintos a las entidades financieras, como una actividad vulnerable y, por tanto, sujeta a aviso ante la SHCP cuando el préstamo sea una cantidad igual o superior al equivalente a 1 605 veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal.

Préstamo bancario directo, personal o quirografario. Se trata de contratos de préstamo de dinero por los cuales una institución de crédito transfiere la propiedad de una suma de dinero al prestatario con la obligación de este de restituir otro tanto de la misma especie, más los intereses pactados, sin más garantía que el crédito y la solvencia personal del prestatario. En tal caso la institución de crédito, independientemente de la firma del contrato, exige al prestatario la suscripción de uno o varios pagarés, en los que incluso suele incorporarse la obligación personal de un tercero, del avalista, a fin de garantizar al banco el pago del préstamo por ese tercero, en adición de la obligación personal del prestatario.

El plazo de estos créditos por lo general es de 180 días, renovables al vencimiento. Este punto resulta interesante a la luz de lo preceptuado por las Reglas para la Calificación de la Cartera Crediticia de las Instituciones de Crédito, conforme a las cuales se entienden por renovados los créditos cuando se prolongue el plazo de amortización o cuando se liquide con recursos provenientes de otra operación de crédito contratada con la misma institución en la que se pacte el mismo deudor u otra persona que, por sus nexos patrimoniales, constituya riesgos comunes, aunque se haga aparecer la liquidación en efectivo o se amortice parcialmente la deuda. Cuando las partes convienen de antemano en esta forma de redocumentar el crédito con la capitalización de intereses, hay un pacto nulo, pero válido cuando las partes convienen en ello una vez que el plazo del crédito y los intereses de este han sido vencidos y no pagados.

El préstamo quirografario es distinto del contrato de apertura de crédito en cuenta corriente en razón de que el primero constituye un préstamo directo, por el que el otorgante da una cantidad de dinero a otro mediante título de crédito, sin mediar otro requisito, y el deudor se obliga a cubrir oportunamente el importe de la obligación que contrajo; en el contrato de apertura en cuenta corriente, se trata de créditos derivados de las remesas recíprocas de las partes que se anotan como partidas de abono o de cargo en una cuenta, y solo el saldo que resulte de la cuenta constituye un crédito exigible y disponible; por tanto, el incumplimiento del préstamo quirografario se constituye por el propio título y no

a través de otro.

Préstamo prendario

El art. 65 de la LIC señala que para el otorgamiento de sus financiamientos, las instituciones de crédito deben estimar la viabilidad económica de los proyectos de inversión respectivos, los plazos de recuperación de estos, los estados financieros o la situación económica de los acreditados, y su calificación administrativa y moral, sin perjuicio de considerar las garantías que, en su caso, fueren necesarias. Dichas garantías pueden ser personales o reales. En la práctica, las instituciones de crédito no suelen conceder crédito sin una garantía, real o personal, que cubra el importe máximo de disposiciones que puede hacer el acreditado en virtud del préstamo o crédito. Cuando se alude a los créditos prendarios se hace referencia a los créditos garantizados con prenda sobre bienes.

A diferencia del préstamo quirografario, el préstamo prendario es el que se otorga mediante una garantía real sobre bienes muebles, aunque también se documenta con pagarés suscritos por el prestatario y avalados por un tercero. El art. 69 de la LIC establece que la prenda sobre bienes y valores se constituirá en la forma prevenida por la LGTOC, bastando al efecto que se consigne en el documento respectivo con expresión de los datos necesarios para identificar los bienes dados en garantía; salvo que se trate de préstamos concedidos para la adquisición de bienes de consumo duradero, en cuyo caso la prenda se constituye respecto del mismo bien por adquirirse con el préstamo, con la entrega al acreedor de la factura que acredite la propiedad sobre la cosa comprada, haciendo en ella la anotación respectiva. El bien queda en poder del deudor con el carácter de depositario, carácter que no podrá ser revocado en tanto esté cumpliendo con los términos del contrato respectivo.

En el caso de anticipos sobre títulos o valores, la prenda sobre ellos, sobre sus frutos y mercancías, y ante el incumplimiento del prestatario, las instituciones de crédito pueden proceder a su venta por medio de corredor o dos comerciantes de la localidad, conservando en su poder la parte del precio que cubra las responsabilidades del deudor, que podrán aplicar en compensación de su crédito, y guardando a disposición de aquel el sobrante, en caso de que exista.

En las operaciones bancarias la prenda aparece siempre y por ley en los contratos de crédito de habilitación y avío, conforme a los cuales el acreditado se obliga a invertir el importe del crédito precisamente en la adquisición de las materias primas y materiales, y en el pago de los jornales, salarios y gastos directos de explotación indispensables para los fines de su empresa, y cuya garantía se constituye precisamente con las materias primas y materiales adquiridos y con los frutos, productos o artefactos que se obtengan con el crédito, aunque estos sean futuros o pendientes al tiempo del crédito.

El art. 70 de la LIC previene que cuando las instituciones de crédito reciban en prenda créditos en libros, bastará que se haga constar así, en los términos del art. 69, en el contrato correspondiente, que los créditos dados en prenda se hayan especificado en las notas o relaciones respectivas y que esas relaciones hayan sido transcritas por la institución acreedora en un libro especial en asientos sucesivos, en orden cronológico, en el que se expresará el día de la inscripción, a partir de la cual la prenda se entenderá constituida. En tal caso, el deudor se considerará mandatario del acreedor para el cobro de los créditos y tendrá las obligaciones y responsabilidades civiles y penales que al mandatario correspondan.

En todo caso, la institución de crédito debe cerciorarse de la existencia, legitimidad, valor y demás características de la garantía; cuidar que se satisfagan los requisitos legales para este tipo de préstamos, así como los establecidos en el manual que debe elaborar cada institución de crédito sobre el otorgamiento y la renovación de créditos; dejar constancia respecto de la documentación relativa al préstamo cuyo monto sea superior 3% del límite máximo de responsabilidad directa y contingente de una misma persona, entidad o grupo de personas que constituyan negocios comunes para la institución; la suficiencia de las garantías; conformidad respecto de los textos de los contratos y títulos de crédito en los cuales se documenten los créditos; así como vigilar que el importe de los préstamos otorgados se destine a los fines pactados, cuando por la naturaleza del mismo así lo ameriten, realizando incluso visitas oculares y constancias de esa supervisión.

Préstamo hipotecario

Por virtud del préstamo hipotecario, la institución de crédito transfiere al

prestatario una suma de dinero mediante una garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles (terrenos, construcciones y en general bienes muebles adheridos a inmuebles) o sobre la unidad completa de una empresa, que le garanticen la restitución de la suma prestada, más el pago de intereses y accesorios en la forma y términos previstos en el contrato. El préstamo hipotecario puede ser simple, sin destino específico de los recursos, o bien destinado a un fin específico, como la adquisición, construcción, mejora o reparación de bienes inmuebles.

En el primer caso, puede ser objeto de garantía hipotecaria cualquier bien inmueble en los términos del CCF; en el segundo, la hipoteca debe constituirse sobre los mismos bienes a que se destinará el importe del préstamo, como ocurre en el crédito refaccionario. En todo caso, la hipoteca debe ser inscrita en el Registro Público de la Propiedad del lugar donde se ubiquen los bienes.

El art. 67 de la LIC prevé la posibilidad de constituir hipoteca sobre la unidad completa de una empresa industrial, agrícola, ganadera o de servicios, que deberá comprender la concesión o autorización respectiva, en su caso, así como todos los elementos materiales, muebles o inmuebles afectos a la explotación, considerados en unidad, e incluso el dinero en caja de la explotación corriente y los créditos a favor de la empresa, originados por sus operaciones, sin perjuicio de la posibilidad de disponer de ellos y de sustituirlos en el movimiento normal de las operaciones, sin necesidad del consentimiento del acreedor, salvo pacto en contrario.

En tal caso, las instituciones de crédito deben permitir la explotación de los bienes afectos a la hipoteca conforme al destino que les corresponda, así como en su caso las alteraciones o modificaciones necesarias a las concesiones para la prestación de los servicios. Sin embargo, las instituciones de crédito pueden oponerse a la venta o enajenación de parte de los bienes y a la fusión con otras sociedades, en caso de que con ello se origine un peligro para la seguridad de los créditos hipotecarios.

Además del préstamo hipotecario, las instituciones de crédito pueden conceder créditos de esta naturaleza, contratos consensuales cuya formalidad se limita a su otorgamiento en póliza de corredor público titulado, escritura pública o contrato privado firmado por triplicado ante dos testigos y ratificado ante notario público, corredor público titulado, juez de primera instancia en funciones de notario o

ante el encargado del registro público correspondiente.

La LIC otorga a las instituciones de crédito que cuenten con garantías reales el privilegio de ejercitar sus acciones en juicio ejecutivo mercantil, ordinario, o el que en su caso corresponda, conservando la garantía real y su preferencia aun cuando los bienes gravados se señalen para la práctica de la ejecución.

Asimismo, la ley establece que los contratos o las pólizas en los que, en su caso, se hagan constar los créditos que otorguen las instituciones de crédito, junto con los estados de cuenta certificados por el contador facultado por la institución de crédito acreedora, serán títulos ejecutivos sin necesidad de reconocimiento de firma ni de otro requisito, y que dicho estado de cuenta, salvo prueba en contrario, hará fe en los juicios respectivos, para la fijación de los saldos resultantes a cargo de los acreditados o mutuuarios en los casos en que el acreditado o mutuuario: *a)* pueda disponer de la suma acreditada o del importe del préstamo en cantidades parciales; *b)* esté autorizado para efectuar reembolsos previos al vencimiento del término señalado en el contrato, y *c)* se pacte la celebración de operaciones o de prestación de servicios mediante el uso de equipos o sistemas automatizados.

En todo caso, existe tesis de jurisprudencia en la cual se determina que además de exhibirse el contrato o la póliza en los que, en su caso, se hagan constar los créditos que otorguen las instituciones de crédito, 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, estos 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.

Préstamo para la vivienda de interés social

Las instituciones de crédito pueden otorgar créditos para la vivienda de interés social en la medida en que puedan tener disponibilidad de su pasivo exigible que destinen a este objeto y siempre que las condiciones económicas del solicitante

lo permitan. Asimismo, dichas instituciones pueden redescantar o ceder los activos derivados de estas operaciones por medio del Fondo de Operaciones y Financiamiento Bancario a la Vivienda (Fovi), previa aprobación de los programas correspondientes por parte de la SHCP. Los créditos para la vivienda comprenden los que se otorgan tanto para la etapa de la construcción de las viviendas como para la compra de casas habitación o su reparación. Dichos créditos tienen un punto de conversión a riesgo de aproximadamente 50% de la parte garantizada del crédito y de la no garantizada, por lo que deben contar con una garantía de por lo menos 50% del saldo insoluto del préstamo otorgado por el mencionado Fondo, la cual se puede ejercer por el banco a partir de la séptima mensualidad vencida y no pagada por el prestatario, y devengar la tasa de interés anual que el fondo dé a conocer mensualmente.

Préstamo de títulos o valores

Se trata del contrato por el cual el prestador transfiere la propiedad de títulos o valores al prestatario con la obligación de este de devolver otros tantos de la misma clase o idénticas condiciones, o su equivalente si se hubieren extinguido (art. 359, CCo).

La denominación *títulos-valor* no se encuentra reconocida en la LGTOC; esta únicamente se refiere a los *títulos de crédito*, a los que clasifica, por su forma de circulación, en nominativos y al portador. Aquella locución es introducida en España por Garrigues,²⁵ quien considera que el término *título de crédito* usado por la gran mayoría de los juristas y por la ley es poco comprensivo porque, por un lado, no alude a otro aspecto distinto del crédito, cual es la denominación jurídica de la cosa misma, propia de los títulos llamados *de tradición*; por el otro, existen títulos (acciones) que no atribuyen un solo derecho de crédito a su titular, sino más bien un conjunto de derechos subjetivos de índole varia, que componen una cualidad o posición jurídica compleja (por ejemplo, el estatus de socio); que por dicha razón prefiere utilizar la denominación *títulos valores* para designar a ciertos documentos cuyo valor, estando representado por el derecho al cual se refiere el documento, es inseparable del título mismo.

Roberto Mantilla Molina se refiere a *títulos de crédito* y aclara que lo hace empleando la terminología de la LGTOC, aunque prefiere el término *título-valor*²⁶ que utiliza en su obra *Derecho mercantil*, en donde reconoce que esta expresión

tiende a sustituir en la doctrina a la de *título de crédito* por considerarla más exacta, aunque insiste en que la LGTOC se refiere a *títulos de crédito*, y que incluso en el anteproyecto impreso del libro tercero del CCom la comisión redactora acordó volver a utilizar la expresión *título de crédito* y rechazó la de *título-valor*.²⁷

Independientemente de las tendencias doctrinarias y de que, en efecto, la expresión *título-valor* puede ser más afortunada que la de *título de crédito*, sobre todo por lo que se refiere a ciertos títulos o documentos en los cuales no es posible encontrar literalmente el derecho del titular (como ocurre en las acciones en las que el valor de la acción no representa los derechos del socio), la LGTOC no reconoce dicho término, sino solo el de *título de crédito*.

El término *título-valor*, en cambio, se recoge en la fracc. xxiv del art. 2º de la LMV, que regula la oferta pública de valores y que define a los mismos como sigue: “Valores, las acciones, partes sociales, obligaciones, bonos, títulos opcionales, certificados, pagarés, letras de cambio y demás títulos de crédito, nominados o innominados, inscritos o no en el Registro, susceptibles de circular en los mercados de valores a que se refiere esta Ley, que se emitan en serie o en masa y representen el capital social de una persona moral, una parte alícuota de un bien o la participación en un crédito colectivo o cualquier derecho de crédito individual, en los términos de las leyes nacionales o extranjeras aplicables.”

Por definición legal, son valores o títulos-valor los títulos de crédito emitidos en serie o en masa (como las acciones), y si bien la LMV incluye entre los valores (o títulos-valores) las letras de cambio y los pagarés, a estos solo les otorga tal carácter cuando se emiten en serie o en masa y se destinan, se emiten, para circular en el mercado de valores, cuando son objeto de oferta pública en los términos y las condiciones previstos en ese ordenamiento. De conformidad con lo anterior, para la ley mexicana existe una diferencia entre títulos de crédito y títulos-valor, si bien ambos son títulos de crédito: los primeros son el género y los segundos, la especie. Así, son títulos-valor los títulos de crédito emitidos en serie o en masa destinados (emitidos por una sola declaración de voluntad) a circular en el mercado de valores, y solo son títulos de crédito los que se emiten en forma individual por una declaración unilateral de voluntad; es decir, en el primer caso existe una sola emisión de voluntad, la que permite crear valor valores (por ejemplo, un acuerdo de asamblea por el que se crean mil acciones), en tanto que en el segundo cada título se crea por una emisión de voluntad:

tantos títulos de crédito como declaraciones unilaterales de voluntad se produzcan.

Así, resulta que la locución *títulos-valor* aplicada a los títulos de crédito cambiarios (letra de cambio, cheque y pagaré) es meramente doctrinaria, no existe en la LGTOC, solo es aplicable a los títulos de crédito emitidos en serie o en masa y destinados para circular en el mercado de valores. Si los títulos de crédito no se emiten con tales características, no adquieren el carácter de valores títulos-valor.

La ley fiscal suele modificar los conceptos acuñados por otras leyes (como ocurre cuando considera como acciones las partes sociales); sin embargo, el *Código Fiscal de la Federación* (CFF), en su art. 16-A, solo hace una distinción entre los títulos de crédito y los títulos-valor, comprendiendo a ambos dentro de los bienes fungibles. En otros apartados la ley fiscal, al referirse a estos conceptos, considera *títulos de crédito* a los valores mobiliarios, pero no a la inversa; esto es, diferencia los títulos de crédito propiamente dichos (cambiarios: letra, cheque y pagaré) de los valores (títulos que se emiten en serie o en masa para ser destinados a circular en el mercado de valores).

Y puesto que la LGTOC se refiere a títulos de crédito y no a valores mobiliarios, aun cuando también regula estos, subsiste una notable diferencia entre unos y otros: los títulos de crédito propiamente dichos son los títulos cambiarios (letra, cheque y pagaré), mientras que los valores mobiliarios o títulos-valor son también títulos de crédito cuya característica específica es que se emiten en serie o en masa, que no siempre son el documento necesario para ejercitar los derechos de su titular, ni necesariamente tienen consignados de manera literal los derechos y son siempre causales.

Diversos preceptos, tanto del CFF como de la LISR, se refieren a los títulos de crédito y a los valores como conceptos diferentes; incluso aluden a *valores y otros títulos de crédito*. La LISR se refiere a otros títulos-valor (por ejemplo, los que representen la propiedad de bienes, como los certificados de depósito o los conocimientos de embarque). Por ende, pueden ser objeto de préstamo mercantil tanto títulos de crédito como valores.

En el evento de que el objeto del contrato sean títulos o valores, el deudor debe devolver otros tantos de la misma clase o idénticas condiciones, o su equivalente si se hubieren extinguido, salvo pacto en contrario (art. 359, CCo). El préstamo

de títulos se diferencia del depósito y del reporto en que en el depósito el depositante asume no solo la obligación de entregar títulos de la misma especie y calidad, sino que debe ejercitar los derechos inherentes a los mismos como ocurre con el reporto, con el que se diferencian tanto el depósito como el préstamo, pues quien recibe en reporto los bienes asume la obligación de pagar una suma de dinero llamada *premio*, la cual, en su caso, puede ser pactada a cargo de quien transfiere la propiedad de dichos títulos. En el préstamo mercantil, el pago de intereses ordinarios es natural, pero no esencial al contrato.

El contrato de préstamo de títulos o valores se diferencia del reporto en virtud de que en el préstamo el prestatario solo asume la obligación de devolver otros tantos títulos de la misma clase o idénticas condiciones, mientras que en el reporto el reportador, quien adquiere los títulos, se obliga a pagar una suma de dinero en adición de la obligación de transferir la propiedad de otros tantos títulos de la misma especie en el plazo convenido y contra reembolso del mismo precio pagado más un premio (art. 259, LGTOC).

La diferencia de ambas figuras es difícil, atendiendo a que el CCo previene en su art. 361 que cualquier prestación pactada a favor del acreedor, que conste precisamente por escrito, se reputará interés, como podría ser el pago de la prima en el reporto; sin embargo, en este el reportador asume diversas obligaciones frente al reportado respecto de los títulos que recibe, entre ellas las de realizar todos los actos necesarios a su conservación, así como el ejercicio de los derechos derivados del título y el pago de cantidades que deban cubrirse por el título, todo por cuenta del reportado, mientras que en el préstamo no existen dichas obligaciones para el prestatario.

Préstamo de mercancías

Es el contrato por el cual el prestador se obliga a transferir la propiedad de mercancías, de bienes muebles, al prestatario, para ser destinadas a actos de comercio y con la obligación del prestatario de devolver otro tanto de la misma especie y calidad.

Autoevaluación

1. ¿En qué consiste el préstamo mercantil?
2. ¿Qué derechos tiene el prestador en caso de incumplimiento del pago por el deudor?
3. ¿En qué consiste el anatocismo?
4. ¿Cuáles son los argumentos que se esgrimen en contra de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en relación con el anatocismo?
5. ¿Considera usted que lo dispuesto por el art. 2397 del *Código Civil Federal* contraría lo dispuesto por el art. 363 del *Código de Comercio*?, ¿por qué?
6. ¿Cuáles son las diferencias entre el préstamo mercantil y el mutuo con interés?
7. ¿En qué consiste el préstamo de títulos o valores?
8. En el préstamo de dinero, ¿qué intereses debe pagar el deudor en caso de mora?
9. A falta de pacto, ¿cuándo debe restituir lo prestado el deudor?
10. En caso de entregas a cuenta de lo prestado, cuando no resulta expresa su aplicación, ¿cómo se aplican dichas entregas?

- 1 Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 21a. ed., Espasa Calpe, Madrid, 1992, t. II.
- 2 Cfr. Manuel Dublán y José María Lozano, *Legislación mexicana o colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la independencia de la República*, edición oficial, t. XI, México, 1979, p. 374.

- 3 Cfr. *Enciclopedia jurídica Omeba*, t. I, “Anatocismo”, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1954, p. 686.
- 4 Henri Mazeaud y Jean Mazeaud, *Lecciones de derecho civil*, parte tercera, vol. IV, trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962, p. 461.
- 5 *Ibidem*.
- 6 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. El Tribunal Pleno en sesión celebrada el siete de octubre de 1998, con el número 53/1998, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo VIII, Octubre de 1998, Tesis: P./J. 53/98, Página 370.
- 7 *Ibidem*.
- 8 Roberto de Ruggiero, *Instituciones de derecho civil*, trad. Ramón Serrano Suñer y José Santa Cruz Tejeiro, vol. II, Reus, Madrid, 1931, pp. 59 y 60.
- 9 Cfr. Luis de Gásperi, *Tratado de derecho civil*, t. II, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1964, pp. 661 y 662.
- 10 Cfr. Mazeaud, *op. cit.*, p. 462.
- 11 Roberto de Ruggiero, *op. cit.*, p. 60.
- 12 Código Civil de Brasil, publicado mediante la Ley N° 10.406 del 10 de enero de 2002 (Código Civil), <http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=9615>.
- 13 El Código de Comercio fue derogado expresamente por el reciente *Código Civil y Comercial de la Nación*, que entró en vigor el 1 de agosto de 2015, Ley 26.994, <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>,
- 14 Luis de Gásperi, *op. cit.*, p. 663.
- 15 Véase la jurisprudencia número 32/98 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en particular sobre el anatocismo.
- 16 *Idem*.
- 17 Cfr. tesis por contradicción 32/98. En la misma jurisprudencia, la Suprema Corte niega que el refinanciamiento encubra en realidad una capitalización de intereses, siendo que en realidad sí la encubre y, por tanto, el que se le denomine *refinanciamiento* no le cambia su naturaleza ni causa, siendo en todo caso un fraude a la ley: “Precisado lo anterior, es necesario ahora definir en primer término si el contrato de apertura de crédito para cobertura de intereses implica una capitalización de intereses; y, en segundo término, de existir esa capitalización, si la misma se encuentra o no prohibida por la ley. En relación con el primer aspecto deben distinguirse dos situaciones: cuando al contrato de apertura de crédito se le pretende equiparar a la capitalización de intereses; y cuando las partes pactan expresamente la capitalización e invocan al efecto el artículo 363 del Código de Comercio. Respecto de la primera

situación se considera que la apertura de crédito para cobertura de intereses, para el pago de intereses, pactada en el mismo instrumento o en otro, no se equipara ni encubre el establecimiento de intereses sobre intereses, ni su capitalización. Lo anterior obedece a que la naturaleza y los fines, por una parte, del mencionado contrato, y por la otra, de la capitalización de intereses son diversos, por lo que no pueden 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 discrecionalmente, en su caso, de un crédito adicional para cubrir intereses devengados en otro crédito distinto. Entre la capitalización de intereses y el contrato de apertura de crédito para cobertura de intereses (refinanciamiento) existen sustanciales diferencias. La capitalización supone que haya intereses vencidos y no pagados. En cambio, en el citado contrato, llegado el momento de vencimiento de pago de intereses devengados, el deudor se ve legalmente en situación de pagar al acreedor las sumas en cuestión, lo cual podrá hacer con recursos propios o con los recursos de que puede disponer por virtud del crédito adicional. En este supuesto, los recursos del crédito adicional se utilizan para el pago de intereses vencidos, por lo que no ha lugar al incumplimiento por parte del deudor. De esta diferencia resulta que en la capitalización, los intereses se incorporan al capital, lo que no acontece en la apertura de crédito para cobertura de intereses, donde el capital dispuesto produce sus propios intereses. Se sigue de lo expuesto que el contrato de apertura de crédito para cobertura de intereses (refinanciamiento) jurídicamente no implica pago de intereses sobre intereses, ni pacto de pago de intereses sobre intereses, ni capitalización de los mismos, sino que se trata de un acto jurídico independiente, autorizado por la ley y que por sí mismo no es nulo.”

- 18 Jorge Adame Goddard, “¿Es válido el pacto de anatocismo en la legislación mexicana?”, en *Revista de Derecho Privado*, año 9, núm. 27, septiembre-diciembre de 1988, McGraw-Hill, México, 1988, pp. 152 y 153.
- 19 Henri Mazeaud y Jean Mazeaud (*op. cit.*, p. 461) sostienen que las reglas establecidas en el art. 1154 del Código Civil francés son de orden público, que los redactores de la ley marcaron bien, durante los trabajos preparatorios, su intención de desechar la autonomía de la voluntad con el fin de prevenir la usura.
- 20 *Cfr. Código Civil para el Distrito Federal. Leyes y Códigos*, Porrúa, México, 1997, p. 33.
- 21 *Cfr. Enciclopedia jurídica Omeba*, “Anatocismo”, *op. cit.*, p. 688.
- 22 Luis de Gásperi, *op. cit.*, p. 663. Para el estudio de los contratos de crédito, véase Carlos Felipe Dávalos Mejía, *op. cit.*
- 23 *Cfr. Jorge Adame Goddard, op. cit.*, p. 153.
- 24 *Cfr. Joaquín Garrigues, Curso de derecho mercantil*, Porrúa, México, 1987, p. 140.
- 25 Joaquín Garrigues, *op. cit.*, t. I, p. 719.
- 26 Roberto L. Mantilla Molina, *Títulos de crédito*, Porrúa, México, 1983, p. 31.
- 27 *Ibidem*, p. 68, nota 5 d.

Depósito mercantil

Propósitos

Al concluir este capítulo, el lector analizará y comprenderá el concepto, los elementos personales, reales de existencia y de validez, del contrato de depósito de mercancías; de títulos y de dinero, las obligaciones y derechos de las partes y las clases de depósito.

Contrato de depósito

Tal como se señala en el capítulo relativo a las obligaciones mercantiles, uno de los contratos regulados tanto por el *Código de Comercio* como por las leyes comerciales especiales y por el *Código Civil Federal* es el contrato de depósito, de donde resulta que este contrato no es esencial ni absolutamente mercantil, sino que puede ser también civil, y desde el momento en que se conservan en nuestro país 32 códigos civiles, además del CCo y la LGTOC para regularlo, se hace necesario determinar cuándo existe un contrato mercantil y cuándo un contrato civil. La importancia de esta distinción estriba en las consecuencias diversas que implica considerar un contrato civil o mercantil, que son diferentes en uno y otro casos.

En efecto, el CCo regula el contrato de depósito mercantil en los arts. 332 a 338, y sin proporcionar una definición del mismo señala que el depósito se considera mercantil cuando las cosas depositadas son objeto de comercio o cuando se hace a consecuencia de una operación mercantil. El art. 75 del CCo, en su fracc. XVIII, califica de actos de comercio los depósitos en almacenes generales y todas las operaciones hechas sobre los certificados de depósito y bonos de prenda librados por los mismos, y en la fracc. XIV reputa como mercantiles las operaciones reguladas por la LGTOC, siendo algunas de ellas el depósito en almacenes

generales de depósito, el depósito de dinero, de títulos y en administración.

Conforme al art. 332 del CCo, el depósito es mercantil cuando constituye un acto relacionado o en conexión con otro negocio mercantil, cuya relación accesoria lo enlaza con la actividad mercantil; en tal sentido, el depósito por sí mismo no es mercantil: puede ser civil, pero deviene mercantil cuando se relaciona con un acto comercial fundamental, cuando tiene conexión con la actividad mercantil, en cuyo caso su mercantilidad (como ocurre con los contratos de comisión, mediación, prenda y fianza) depende de la vinculación con otro acto mercantil principal. Se trata de los actos que hacen posible, facilitan, aseguran un acto de comercio principal, objetivo o subjetivo, del cual asumen el carácter comercial, absoluto o presunto, según que el acto principal sea objetivo o subjetivo (depósito por causa de comercio, compraventa con propósito de especulación comercial, mandato aplicado a actos concretos de comercio). Además de lo anterior, el depósito es mercantil cuando se hace entre comerciantes (art. 75, fracc. XXI, CCo); cuando el depositario es una institución de crédito o un comerciante dedicado a esta actividad, como ocurre con los almacenes generales de depósito y cuando su objeto son mercancías.

Concepto y características

El art. 2516 del CCF define el depósito civil como el contrato por el cual el depositario se obliga hacia el depositante a recibir una cosa, mueble o inmueble que aquel le confía, y a guardarla para restituirla cuando la pida el depositante.

Dicha definición es aplicable parcialmente al depósito mercantil, puesto que el CCo no limita el depósito a bienes muebles, sino a “cosas objeto de comercio”, esto es, a bienes susceptibles de apropiación, aunque en la práctica se haga sobre bienes muebles, y porque el depósito mercantil también puede constituirse sobre bienes fungibles de los que el depositario puede disponer sin que su obligación se limite a custodiar, conservar y restituir los depositados, sino solo a conservar una cantidad igual de los bienes recibidos. Por tanto, el contrato de depósito mercantil puede definirse como aquel por virtud del cual el depositario se obliga hacia el depositante a recibir una cosa mueble objeto de comercio (dinero, mercancías o títulos de crédito) que aquel le confía, y a guardarla para restituirla cuando la pida el depositante, o bien a recibir bienes fungibles con la obligación de restituir otro tanto de la misma especie y calidad. Se trata de un contrato real,

por cuanto el depósito se constituye mediante la entrega al depositario de la cosa objeto del contrato (art. 334, CCo).

El depósito mercantil, al igual que el civil (art. 2517, CCF), es un contrato oneroso. Por ello, el CCo establece en su art. 333 que, salvo pacto en contrario, el depositario tiene derecho a exigir retribución por el depósito, conforme a los términos del contrato y, en su defecto, a los usos de la plaza en donde se constituyó el depósito.

Tipos de depósito. Clasificación

De conformidad con el CCo y la LGTOC, los depósitos pueden ser clasificados de diversas formas:

1. Por el objeto del depósito:

- a) *Depósito de mercancías.* Es el depósito mercantil que regula el CCo por el cual el depositario se obliga hacia el depositante a recibir una cosa objeto de comercio que aquel le confía y a guardarla para restituirla cuando la pida el depositante (art. 332). También se incluye el depósito de mercancías en almacenes generales, ante una organización auxiliar del crédito, el almacén general, y puede ser un depósito regular o uno irregular.
- b) *Depósito de dinero.* Es aquel por el cual el depositante transfiere la propiedad al depositario de una suma determinada de dinero en moneda nacional o en divisas o monedas extranjeras, con la obligación del depositario de devolver la suma depositada en la misma especie, salvo que se trate de depósitos que se constituyan en caja, saco o sobre cerrados, en cuyo caso no se transfiere la propiedad y el depositario debe devolver las mismas monedas o dinero en caja, saco o sobre cerrados (arts. 267 y 268, LGTOC). La diferencia entre el préstamo y el depósito no es solo el carácter gratuito que puede tener el primero, sino que en el préstamo quien recibe los bienes debe devolver otro tanto de ellos en el plazo fijado o dentro de los 30 días siguientes de la interpelación, mientras que en el depósito el depositario queda obligado a entregar otro tanto en la fecha en que se lo pida el depositante. Además, el préstamo siempre es irregular, es decir, siempre transfiere la propiedad de los

bienes, mientras que el depósito puede ser regular o irregular.

- c) *Depósito bancario de títulos*. Consiste en la entrega que hace el depositante al depositario de títulos de crédito o valores con la obligación de este de custodiarlos, conservarlos y devolverlos al depositante en el plazo pactado o cuando el depositante los pida (art. 276, LGTOC).

2. En función de las obligaciones del depositario:

- a) *Depósito regular*. Es aquel por el cual el depositario se obliga hacia el depositante a recibir una cosa, a conservarla según la reciba y a devolverla con los documentos si los tuviere cuando el depositante se la pida (art. 335, CCo).
- b) *Depósito irregular*. Se constituye respecto de bienes genéricamente designados, en los que el depositario no se obliga a la guarda y conservación de ellos, sino que su obligación consiste en restituir otros tantos de la misma especie y calidad, siempre que dichos bienes o mercancías sean de calidad tipo o que, de no serlo, puedan conservarse en los almacenes en condiciones que aseguren su autenticidad, una muestra conforme a la cual se efectuará la restitución.
- c) *Depósito fiscal (art. 23, Ley Aduanera)*. Es el depósito de mercancías de procedencia extranjera o nacional en almacenes generales autorizados al efecto, una vez determinados los impuestos al comercio exterior, así como las cuotas compensatorias (art. 119, LA). Se trata de depósito ante aduana, en recintos fiscales donde las autoridades aduaneras realizan el manejo, almacenaje, custodia, carga y descarga, fiscalización y despacho aduanero de mercancías; o bien en recintos fiscalizados, que son inmuebles en los que los particulares prestan servicios de manejo, almacenaje y custodia, colindantes a las aduanas o dentro del recinto fiscal, con el propósito de destinarlos al régimen aduanero (en tráfico aéreo y marítimo). En estos depósitos la remuneración a favor del depositante, al igual que en los otros depósitos, también es pactada libremente entre las partes, pero fija para la SHCP, aunque también se prevé gratuita por dos días para mercancías importadas por avión, cinco por transporte marítimo, 15 para exportaciones, salvo minerales, y 30 para minerales.

3. En función de la disponibilidad:

- a) *Depósito a la vista*. Es el contrato de depósito por el cual el depositante entrega bienes al depositario para que este los restituya, o restituya otros tantos de la misma especie, cantidad o calidad en cualquier momento que el depositante lo solicite. En este depósito, el depositante tiene derecho de hacer remesas en efectivo para abono de su cuenta y a disponer, total o parcialmente, de la suma depositada, mediante cheques girados a cargo del depositario. Los depósitos de dinero constituidos a la vista en instituciones de crédito se entienden entregados en cuenta de cheques, salvo convenio en contrario (art. 269, LGTOC).
- b) *Depósito con previo aviso*. Conforme a este depósito, el depositante tiene derecho a disponer de la cosa depositada, generalmente dinero, mediante un aviso dado con antelación al depositario; a falta de pacto, el depositario tiene derecho a disponer de los bienes al día siguiente del aviso (art. 271, LGTOC).
- c) *Depósito a plazo*. Es el contrato por el que las partes convienen en señalar el plazo en el cual el depositario deberá devolver al depositante los bienes depositados. Antes de ese plazo el depositario no puede disponer de los bienes depositados.¹
- d) *Depósito en cuenta corriente*. En este depósito, el depositante puede disponer en cualquier momento de la cosa depositada dentro del plazo de vigencia del contrato y tiene derecho también a hacer nuevas entregas en depósito. Por virtud del contrato de depósito en cuenta corriente, una persona entrega a otra cantidades de dinero con objeto de que sean custodiadas o para obtener de ellas cierto rendimiento, con la obligación por parte del depositario de permitir los retiros y reembolsos parciales del depositante. Se diferencia de la cuenta corriente por la unilateralidad del suministro por parte del depositante, la falta de identidad y reciprocidad de posición.²

Elementos de existencia y de validez

Para que exista contrato de depósito se requiere el acuerdo de voluntades entre el

depositante y depositario, así como del objeto.

- a) *Objeto*. El objeto del contrato de depósito mercantil se constituye por bienes muebles: dinero, títulos de crédito (pagarés, cheques y letras de cambio), valores (acciones, bonos u obligaciones) o mercancías.
- b) *Capacidad*. La capacidad en materia de depósito mercantil es la misma exigida en derecho común. Tienen capacidad para celebrar un contrato de depósito las personas que la tienen para celebrar contratos, sean o no en derecho comerciantes. Lo que califica de mercantil al depósito es en principio la cosa objeto de comercio, pero también el sujeto cuando este es un comerciante, como en el caso de los almacenes generales de depósito y las instituciones de crédito que reciben mercancías y dinero en ese concepto.
- c) *Partes del contrato*. Son partes del contrato de depósito el depositante, la persona que entrega en depósito dinero, títulos o mercancías, y el depositario, quien asume la obligación de restituirlas o de restituir otro tanto de la misma especie y cantidad, según que el depósito sea regular o irregular.
- d) *Formalidades*. El CCo no exige formalidad alguna para la celebración del contrato de depósito; sin embargo, la LGTOC establece que los depósitos en cuenta de cheques se comprobarán con los recibos del depositario o con anotaciones hechas por él en libretas que al efecto debe entregar al depositante; respecto de los depósitos a plazo o preaviso, señala que los mismos se comprobarán con las constancias por escrito nominativas y no negociables.

Depósito en almacenes generales

Cuando se trata de depósitos constituidos ante los almacenes generales de depósito, deben constar por escrito, en el certificado de depósito expedido por el almacén general que actúa como depositario. Dicho certificado es el documento que prueba el recibo de las mercancías para depósito, la documentación del contrato de depósito y el título representativo de aquellas. Los certificados de depósito son títulos representativos de mercaderías que atribuyen a su tenedor legítimo el derecho exclusivo de disponer de las mercancías que en ellos se

mencionen y que solo dichos almacenes pueden expedir, precisamente desprendiéndolos de libros talonarios en los que deben anotar los mismos datos que en los documentos expedidos, según las constancias que obren en los almacenes o según el aviso de la institución de crédito que intervenga en la primera negociación del bono.

El tenedor de un título de esta naturaleza (y en su caso del bono de prenda cuando es expedido) tiene pleno dominio sobre las mercancías o bienes depositados en el almacén y puede recogerlos en cualquier tiempo, mediante la entrega del certificado y del o de los bonos de prenda y el pago de sus obligaciones respectivas en favor del fisco y del almacén. La reivindicación de las mercancías amparadas en esos títulos solo puede hacerse mediante la reivindicación del título mismo. Como consecuencia, el secuestro o cualquier otro vínculo sobre el derecho consignado en el documento o sobre las mercancías no surte efectos si no comprende el título mismo. El certificado de depósito acredita la propiedad de mercancías depositadas en el almacén que lo emite, por lo que los bienes, el producto de su venta o su indemnización no pueden ser reivindicados, embargados ni sujetos a cualquier otro vínculo si no es con el certificado de depósito (arts. 287 y 20, LGTOC). En caso de cómoda división y bajo responsabilidad del almacén, pueden retirarse parte de los bienes contra entrega de una suma de dinero proporcional al monto del adeudo que representen los bonos y a la cantidad de mercancías retiradas, pago de obligaciones fiscales y almacén.

De conformidad con lo dispuesto por el art. 231 de la LGTOC, el certificado de depósito debe contener la mención de ser certificado, designación y firma del almacén, lugar del depósito, fecha de expedición, número de orden, especificación de mercancías, tipo de depósito (genérico o individual), plazo, depositante, si los bienes están o no sujetos al pago de impuestos de comercio exterior u otros, seguros, adeudos al almacén, tipo de depósito (regular o irregular) y si es o no negociable. Asimismo, los certificados deben ser emitidos a favor del depositante o de un tercero y expresarse en el mismo título, si se expide con bonos de prenda o sin ellos, y si se trata de mercancías en tránsito, en bodega o ambos.

Como se dijo, el tenedor legítimo del certificado de depósito y del bono o bonos de prenda emitidos tiene pleno dominio sobre las mercancías y puede recogerlos en cualquier momento contra la entrega del certificado de depósito y de los

bonos de prenda, el pago de créditos fiscales y adeudos al almacén que existan (art. 239, LGTOC). En cambio, el tenedor del certificado de depósito que no cuente con el bono de prenda tiene el dominio de las mercancías y, por tanto, puede transmitir las con la transmisión del título, pero solo puede retirar dichas mercancías del almacén si deposita ante el mismo las cantidades amparadas en el bono de prenda, así como si paga las obligaciones fiscales y el importe de las cantidades a favor del almacén, y también puede retirar una parte de esos bienes dejando las cantidades proporcionales.

Conforme al art. 250 de la LGTOC, las acciones derivadas del certificado de depósito para el retiro de las mercancías prescriben en tres años a partir del vencimiento del plazo señalado para el depósito en el certificado, y para el bono prescriben en tres años a partir del vencimiento del bono. En el mismo plazo prescriben las acciones derivadas del certificado de depósito para recoger, en su caso, las cantidades que obren en poder de los almacenes conforme al art. 246 de la misma ley.

La función económica del certificado de depósito y el carácter de título de crédito estriba no solo en comprobar la recepción de las mercancías por el almacén general, sino en dar al depositario la posibilidad de disponer de dichas mercancías jurídicamente aunque no las tenga en su poder, tanto mediante su venta a terceros, negociando el certificado de depósito, como en dar en garantía dichas mercancías mediante los bonos de prenda que a solicitud del depositante emita el almacén y que también constituyen títulos de crédito.

El bono de prenda se expide en favor del depositante o de un tercero y acredita la constitución de un crédito prendario sobre las mercancías indicadas en el certificado de depósito (art. 229, LGTOC). En caso de expedir bonos de prenda, debe hacerse en forma simultánea a la del certificado de depósito y en forma adherida o separada de este (arts. 11, LGOAAC, y 230, LGTOC), pero si se trata de mercancías designadas de manera individual debe emitirse un solo bono por cada certificado, que debe ir adherido a este, mientras que para mercancías genéricamente designadas pueden emitirse bonos múltiples, a voluntad del depositante y divididos en tantas partes iguales como bonos haya; es decir, los bonos de prenda múltiples a los que el art. 230 de la ley se refiere deben ser expedidos amparando una cantidad global dividida entre tantas partes iguales como bonos se expidan respecto de cada certificado y haciéndose constar en cada bono que el crédito de su tenedor legítimo tendrá, en su cobro, el orden de

prelación indicado con el número de orden propio del bono. En caso de que no se expidan bonos, el certificado será no negociable.

La LGTOC dispone que el bono de prenda debe tener las menciones del certificado de depósito y además (arts. 231 y 232) las siguientes: el nombre del tomador del bono, que se inserta en el momento de constituir la garantía; el importe del crédito garantizado (en caso de que no se indique el monto del crédito que representa el bono, se entenderá que afecta todo el valor de los bienes depositados en favor del tenedor del bono de buena fe, salvo el derecho de repetición del titular del certificado); el tipo de interés que debe pagarse por el bono (a falta de indicación, se presume que el bono ha sido descontado); la fecha de vencimiento; la firma del tenedor que negocie por primera vez el bono; la mención de haberse anotado la primera negociación; la mención de ser bono de prenda; la designación y firma del almacén; el lugar del depósito; la fecha de expedición del bono; el número de orden, que debe ser igual al del certificado; la especificación de las mercancías; el tipo de depósito (genérico o individual); el plazo; la denominación social del depositante; la indicación de si las mercancías están sujetas o no al pago de impuestos, así como la prelación en el pago con base en el número de orden del bono, o que se trata de bonos cotizables en bolsa, en cuyo caso no existe dicha prelación.

El bono solo puede negociarse por primera vez separado del certificado de depósito con intervención del almacén emisor o de un banco, en cuyo caso se insertan los datos del nombre del tomador, importe del crédito, tipo de interés, vencimiento y firma del titular del certificado; esto es, deben llenarse en él los requisitos a que se refieren las fraccs. I a VI del art. 232 de la LGTOC, si se trata de un solo bono, o los requisitos a que se refieren las fraccs. I, V y VI del artículo citado, en caso de bonos múltiples. Las anotaciones señaladas deben ser suscritas por el tenedor del certificado y por el almacén o por la institución de crédito que en ellas intervengan y que serán responsables de los daños y perjuicios causados por las omisiones o inexactitudes en que incurran. La institución de crédito que intervenga en la emisión del bono deberá dar aviso de su intervención, por escrito, al almacén que hubiere expedido el documento. El tenedor que por primera vez negocie el bono de prenda separadamente del certificado de depósito se considerará como aceptante para todos los efectos de las disposiciones antes enumeradas, salvo el caso de los arts. 168 y 169 de la ley, en que se equiparará al girador.

Dicho bono debe ser pagado en la fecha de su vencimiento, y en caso de que no se pague debe protestarse, a más tardar en el segundo día hábil siguiente al del vencimiento (como la letra de cambio), en el almacén y contra el tenedor del certificado de depósito, aunque se ignore su nombre y no esté presente. El almacén es quien hace la anotación de presentado en tiempo y no pagado, en cuyo caso el tenedor legítimo del bono de prenda puede exigir el remate de los bienes y el pago del título.

Procede el remate de las mercancías pignoradas en los siguientes casos: por falta de pago, a petición del titular del bono hecha dentro de los ocho días siguientes a la fecha del protesto, en cuyo caso se procede a la venta en remate público; por pérdida del valor de la garantía, cuando el precio de las mercancías baje de manera que no alcance a cubrir el importe de la deuda y 20% más, a juicio de un corredor titulado designado por el almacén, a cuenta y nombre del titular del bono de prenda (art. 21, LGOAAC), en cuyo caso el almacén notificará al tenedor del certificado que tiene 10 días para mejorar la garantía o cubrir el adeudo, o el almacén procederá la venta en remate público; y por vencimiento del depósito, si transcurridos ocho días desde la notificación o el aviso al titular del certificado de depósito, este no procede a retirar del almacén las mercancías. La venta de las mercancías depositadas debe ser anunciada en el periódico de mayor circulación de la localidad, o en su caso de la región o nacional, con una anticipación de por lo menos ocho días, o de tres si se trata de mercancías que han sufrido demérito, y dentro de dicho periodo deben ser exhibidas las mismas en el propio almacén en donde se realice la venta, que se hace ante la presencia del comisario o auditor de la organización auxiliar del crédito.

El producto de la venta de las mercancías o bienes depositados, o en su caso el importe de la indemnización correspondiente, se aplicará de manera directa por los almacenes en el orden siguiente (art. 244, LGTOC):

- I. Al pago de los impuestos, derechos o responsabilidades fiscales que estuvieren pendientes por concepto de las mercancías o bienes materia del depósito;
- II. Al pago del adeudo causado a favor de los Almacenes, en los términos del contrato de depósito;
- III. Al pago del valor consignado en los bonos de prenda [importe del crédito, intereses vencidos y moratorios que a falta de pacto son los legales],

aplicándose, cuando existan varios bonos de prenda en relación con un certificado, el orden de prelación indicado, entre los distintos tenedores de dichos bonos de prenda, por la numeración de orden correspondiente a tales bonos.

Conforme a la ley, los almacenes deben hacer constar en el bono mismo o en hoja anexa la cantidad pagada sobre el bono con el producto de la venta de los bienes depositados, o con la entrega de las cantidades correspondientes que los almacenes tuvieran en su poder según el art. 246. Igualmente deberán hacer constar, en su caso, que la venta de los bienes no puede efectuarse, anotación que hará prueba para el ejercicio de las acciones de regreso. El sobrante debe ser conservado por los almacenes a disposición del tenedor del certificado de depósito. Los almacenes son considerados depositarios de las cantidades que, procedentes de la venta o el retiro de las mercancías o de la indemnización en caso de siniestro, correspondan a los tenedores de bonos de prenda y de certificados de depósito.

Si el producto de la venta de los bienes depositados o el monto de las cantidades que los almacenes entreguen al tenedor del bono de prenda, en los casos de los arts. 240 y 245 de la ley, no basta para cubrir totalmente el adeudo consignado en el bono o si, por cualquier motivo, los almacenes no efectúan el remate o no entregan al tenedor las cantidades correspondientes que hubiere recibido conforme al art. 246, el tenedor del bono puede ejercitar la acción cambiaria contra la persona que haya negociado el bono por primera vez separadamente del certificado de depósito, y contra los endosantes posteriores del bono y los avalistas. El mismo derecho tendrán, contra los signatarios anteriores, los obligados en vía de regreso que paguen el bono.

Las acciones del tenedor del bono de prenda, contra los endosantes y sus avalistas, caducan (art. 249, LGTOC): *a)* por no haber sido protestado el bono en los términos del art. 242; *b)* por no haber pedido el tenedor, conforme al art. 243, la venta de los bienes depositados; y *c)* por no haberse ejercitado la acción dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la venta de los bienes depositados, al día en que los almacenes notifiquen al tenedor del bono que esa venta no puede efectuarse, o al día en que los almacenes se nieguen a entregar las cantidades a que se refiere el art. 246, o entreguen solamente una suma inferior al importe del adeudo consignado en el bono. No obstante la caducidad de las acciones contra los endosantes y sus avalistas, el tenedor del bono de

prenda conserva su acción contra quien haya negociado el bono por primera vez separadamente del certificado y contra sus avalistas.

Obligaciones de las partes

Los derechos y las obligaciones de las partes en el contrato de depósito se determinan en función del tipo de depósito de que se trate. Conforme al CCo, los derechos y las obligaciones de las partes son las siguientes: *a)* el depositario está obligado a conservar la cosa objeto del depósito, según la reciba, y a devolverla con los documentos, si los tuviere, cuando el depositante se la pida; responder de los menoscabos, daños y perjuicios que las cosas depositadas sufran por su malicia o negligencia (art. 335); responder de los riesgos que sufran las cosas depositadas y entregadas en sobres cerrados y sellados, a menos que pruebe que se debieron a caso fortuito o fuerza mayor (art. 336); y *b)* el depositante debe pagar al depositario, salvo pacto en contrario, una retribución por el depósito en los términos pactados o de acuerdo con los usos de la plaza en que se constituyó el depósito; y debe recibir las mercancías en el plazo pactado en el contrato (art. 333).

Conforme a la LGTOC, respecto del depósito de mercancías en almacenes generales, las partes tienen los siguientes derechos y obligaciones:

1. En los depósitos regulares, el depositario debe:
 - a)* Restituir los mismos bienes depositados en el mismo estado en que los haya recibido; como consecuencia, el depositario debe conservar las mercancías por todo el tiempo que se estipule para la duración del contrato.
 - b)* Guardar y conservar las mercancías por todo el tiempo que se estipule como duración para el depósito, salvo el caso de descomposición, en el que la ley lo autoriza a proceder, con intervención de corredor o autorización de autoridad, a la venta o destrucción de las mismas sin su responsabilidad cuando habiéndose constituido el depósito sobre bienes individualmente designados, sus condiciones pudieran afectar la seguridad o salubridad. En este caso los daños sufridos por el almacén son a cargo del depositante.

- c) Responder solo de su conservación aparente y de los daños y perjuicios sufridos por las cosas depositadas por malicia o negligencia.
 - d) Proceder a la venta o destrucción de las mercancías descompuestas que puedan afectar la seguridad o salubridad del lugar o de las mercancías, con intervención de un corredor público o autorización de la Secretaría de Salud. El precio que se obtenga de la venta se aplica a impuestos, depósito y bono de prenda; en su caso el saldo es para el depositante.
 - e) Responder por los daños salvo pacto.
2. En los depósitos irregulares, el depositario tiene la disposición de los bienes y está obligado únicamente a:
- a) Conservar siempre una existencia igual en cantidad y en calidad a la que esté amparada por los certificados de depósito correspondientes. El depositario puede disponer de las mercancías depositadas con tal de que mantenga una cantidad igual a la recibida para su guarda y custodia.
 - b) Restituir otros tantos de la misma especie y calidad o tipo que se haya conservado en la muestra.
 - c) Responder de los daños derivados de su culpa.
 - d) Sufrir las pérdidas, los riesgos inherentes a la mercancía o efectos depositados, de la alteración o descomposición, salvo mermas naturales cuyo monto quede expresamente determinado en el certificado.
 - e) Contratar un seguro contra incendio (art. 284, LGTOC) por su valor corriente en el mercado en la fecha de constitución del depósito.
 - f) Cuando se trate de bienes sujetos al pago de derechos de importación, los almacenes no pueden consentir en el retiro del depósito sino mediante la comprobación legal del pago de los impuestos o derechos respectivos o de la conformidad de las autoridades fiscales correspondientes, y serán responsables para con el fisco hasta donde alcance, en su caso, el producto de la venta de las mercancías o bienes depositados, por el pago de todos los derechos, impuestos, multas, recargos o gravámenes fiscales en que hubieren incurrido los dueños o consignatarios, hasta la fecha del depósito de las mercancías o bienes en los almacenes.

En los depósitos fiscales, el depositario:

- a) Tiene derecho a una remuneración libremente pactada entre las partes, pero fija a cargo de la SHCP, aunque también se prevé el depósito gratuito para mercancías cuyo depósito sea por dos días para mercancías importadas por avión, cinco por vía marítima, 15 para exportaciones, salvo minerales, y 30 para minerales.
- b) Debe autorizar el retiro de las mercancías mediante la comprobación legal del pago de los impuestos al comercio exterior y el derecho de trámite aduanero, y en su caso las demás contribuciones y cuotas compensatorias que se hayan impuesto, o con la conformidad de las autoridades fiscales.
- c) Debe recibir las contribuciones fiscales y cuotas compensatorias que se causen por la importación y exportación definitiva de mercancías, está obligado a enterarlas y es responsable para el fisco, hasta donde alcance en su caso el producto de la venta de las mercancías depositadas, por el pago de todos los derechos, impuestos, multas, recargos y gravámenes fiscales en que hubieren incurrido los dueños o consignatarios hasta la fecha del depósito de las mercancías en el almacén.
- d) Tiene que restituir las mismas en el estado en que las haya recibido, respondiendo de los menoscabos, daños y perjuicios que las cosas depositadas sufrieren por su malicia o negligencia, al tenor de lo dispuesto por el art. 335 del CCo.
- e) Debe pagar al propietario el valor de la mercancía depositada y extraviada sin hacer distinción alguna respecto de la culpa o negligencia, caso fortuito o fuerza mayor, ya que solo se libera de dicha obligación al fisco federal y a sus empleados cuando el extravío se origina por caso fortuito o fuerza mayor, no así a los particulares que prestan los servicios de manejo, almacenaje y custodia de mercancías.

Dicha obligación de pago, si bien está consignada en la *Ley Aduanera* a cargo del almacén, en realidad constituye una consecuencia de la responsabilidad contractual del almacén derivada del contrato de depósito, ya que recibió las mercancías con la obligación de conservarlas y custodiarlas, así como de restituirlas, exhibirlas o ambas cosas, en los casos previstos en la ley citada y en

el certificado de depósito extendido en favor del depositante.

En general, en el depósito regular el depositario asume la obligación de conservar y custodiar las cosas objeto del contrato y a devolverlas en la fecha pactada o cuando el depositante se las pida, respondiendo también de los daños, las pérdidas o los deterioros que las mismas sufran por su culpa; en el depósito irregular su única obligación es restituir otro tanto de la misma cantidad y calidad de la recibida, ya que el depositario adquiere la propiedad de los bienes dados en depósito.

Depósito en cuenta de cheques

Se trata de un depósito de dinero celebrado con una institución de crédito, por el cual el depositante transfiere al depositario la disponibilidad de una suma de dinero, con la obligación de este de mantener una cantidad igual a la depositada a efecto de que el depositante disponga en cualquier momento, total o parcialmente, de la suma depositada, mediante el libramiento de cheques proporcionados por la propia institución, a cargo de esta, en la cuenta del depositante y a favor del mismo o de un tercero.

Este contrato ha sido muy utilizado en los últimos años no solo por la facilidad de disponer de los recursos depositados, sino también como una exigencia fiscal a los contribuyentes personas morales, quienes a la fecha de este estudio deben incluso hacer sus declaraciones y pagos de impuestos por internet, por lo que deben celebrar un contrato de prestación de servicios con una institución de crédito para disponer de sus fondos y efectuar el pago de dichos impuestos u otras operaciones, como prevé la LIC en su art. 52. Conforme al art. 274 de la LGTOC, los depósitos en cuenta de cheques se comprueban únicamente con recibos del depositario o con anotaciones hechas por él, así como lo previene la *Ley de Instituciones de Crédito*.

R. S. Sayers sostiene que la significación económica de la creación de depósitos bancarios se basa en la facultad de una persona que dispone de un depósito bancario; y que, de hecho, una gran proporción de los depósitos bancarios totales se usa continuamente para atraer recursos reales, sean para el consumidor final o para los negociantes que intentan acercar esos recursos un paso más a su consumo final.³ Este contrato, aunque resulta económicamente más conveniente

para los bancos, que cobran una comisión por el pago de cada cheque, junto con la tarjeta de crédito es la base fundamental del pago de las operaciones nacionales, tanto para productos como para servicios, en virtud de la seguridad que proporciona al titular de la cuenta y al beneficiario del documento, aunque es probable que en corto tiempo su uso disminuya por la utilización de los pagos electrónicos que ya se realizan en nuestro país desde la computadora del titular de la cuenta a la cuenta del beneficiario.

Depósito bancario de dinero

El contrato por el cual el depositante transmite una suma de dinero al depositario, una institución de crédito, quedando obligado este a restituir otra cantidad igual en la forma, plazo y términos convenidos por las partes más los intereses pactados, puede ser *a)* a la vista; *b)* retirable en días preestablecidos; *c)* de ahorro, y *d)* a plazo o con previo aviso. En los depósitos a la vista, las instituciones de crédito están obligadas a ofrecer un producto básico bancario de nómina de depósito o ahorro, considerando que aquellas cuentas cuyo abono mensual no exceda el importe equivalente a 165 salarios mínimos diarios vigentes están exentas de cualquier comisión por apertura, retiros y consultas o por cualquier otro concepto en la institución que otorgue la cuenta, así como a ofrecer un producto con las mismas características para el público en general. En los depósitos retirables en días preestablecidos y de ahorro, así como de depósitos bancarios en administración de títulos o valores a cargo de instituciones de crédito, el depositante debe designar beneficiarios con facultad para sustituirlos en cualquier tiempo, así como modificar, en su caso, la proporción correspondiente a cada uno de ellos.

Fallecimiento del titular. En este caso, la institución de crédito debe entregar el importe correspondiente a los beneficiarios designados por el depositante, en la proporción estipulada para cada uno de ellos. A falta de designación, el importe ingresa a la sucesión del *de cujus* y su pago o distribución se sujeta a las prescripciones en materia de sucesión. Los depositantes pueden autorizar en el contrato correspondiente a terceros para que hagan disposiciones de efectivo con cargo a dichas cuentas. Asimismo, se deben realizar los actos necesarios para que en los contratos se señale de manera expresa a la o las personas que tendrán derecho al pago de las obligaciones garantizadas a que se refiere la *Ley de Protección al Ahorro Bancario*.

Domiciliación de pagos. La LIC faculta a los depositantes, en los depósitos a la vista y de ahorro, para autorizar al depositario o bien al proveedor de bienes o servicios para que en su cuenta de depósito se hagan los cargos por el pago de bienes y servicios; es decir, para que la institución de crédito depositaria pague por cuenta y nombre del depositante la proveeduría de bienes o servicios, como los pagos de los suministros de energía eléctrica, de teléfono y de agua, siempre y cuando dichos depositarios cuenten con la autorización del titular o titulares de la cuenta de que se trate, o estos autoricen los cargos por medio del proveedor y este, a través del depositario que le ofrezca el servicio de cobro respectivo, instruya a la institución de crédito que mantenga el depósito correspondiente a realizar los cargos. En este caso, la autorización podrá quedar en poder del proveedor. El depositante que desee objetar un cargo debe seguir el procedimiento y cumplir los requisitos que al efecto establezca el Banco de México mediante disposiciones de carácter general. Asimismo, las instituciones de crédito deben pactar con los proveedores el procedimiento para efectuar los cargos en caso de objeción por el depositante.

Autorizado para cargar a la cuenta. La referida LIC (art. 57) señala:

Cuando una misma institución lleve las cuentas del depositante que objetó el cargo y del proveedor, deberá abonar en la primera el importe total del cargo objetado y posteriormente podrá cargar tal importe a la cuenta que lleve al proveedor. Cuando las aludidas cuentas las lleven instituciones de crédito distintas, la institución que lleve la cuenta del proveedor deberá devolver los recursos correspondientes a la institución que lleve la cuenta al depositante para que los abone a ésta y, posteriormente, la institución que lleve la cuenta al proveedor podrá cargar a ella el importe correspondiente.

Previo a la prestación de los servicios de domiciliación a que se refiere este artículo, las instituciones de crédito deberán pactar con los proveedores el procedimiento para efectuar los cargos a que se refiere el párrafo anterior.

El depositante puede solicitar en cualquier momento la cancelación de la domiciliación a la institución de crédito que le lleve la cuenta, sin importar quién conserve la autorización de los cargos correspondientes. La citada cancelación surtirá efectos en el plazo que establezca el Banco de México en las disposiciones de carácter general a que se refiere el art. 57, el cual no podrá exceder de los 10 días hábiles bancarios siguientes a aquel en que la institución de crédito la reciba, por lo que a partir de dicha fecha deberá rechazar cualquier nuevo cargo en favor del proveedor.

Depósito de ahorro

Se trata de un depósito bancario de dinero con interés capitalizable, por el cual el depositante transfiere al depositario la disponibilidad de una suma de dinero con la obligación de este de mantener una suma igual a la depositada para que el depositante disponga de ella hasta los límites fijados en el contrato. Dicho depósito tiene las peculiaridades siguientes:

- a) *Autorizados.* El depositario puede en cualquier momento autorizar a terceros para disponer de las sumas depositadas (art. 57, LIC), así como designar o sustituir beneficiario y, en su caso, modificar la proporción correspondiente a cada uno de ellos.
- b) *Fallecimiento del titular.* En caso de fallecimiento del depositante, la LIC (art. 56) ordena a la institución de crédito entregar el importe correspondiente a quienes el propio titular hubiese designado, expresamente y por escrito, como beneficiarios, en la proporción estipulada para cada uno de ellos. A falta de designación, el monto deberá entregarse conforme a lo previsto por la legislación común, esto es, a los herederos testamentarios o legítimos.
- c) *Modificación unilateral.* Contrario a los principios que norman los contratos, según los cuales las partes quedan obligadas en los términos convenidos de común acuerdo, la LIC establece la facultad unilateral de la institución de crédito para modificar las condiciones generales de los depósitos a la vista, de ahorro y retirables en días preestablecidos, con el único requisito de dar aviso por escrito, con 30 días hábiles de anticipación, mediante publicaciones en periódicos de amplia circulación o con su colocación en lugares abiertos al público en las oficinas de la institución (art. 58).
- d) *Libreta.* La prueba de los contratos de depósito de ahorro se constituye con las anotaciones en la libreta especial que las instituciones depositarias deben proporcionar sin cargo alguno a los depositantes, y que deben contener las condiciones generales del contrato y constituyen título ejecutivo en contra del depositario, sin necesidad de reconocimiento de firma o de otro requisito. Respecto de dichas libretas, lo cierto es que prácticamente ya no existen, pues han sido sustituidas por las tarjetas de nómina o de ahorro.

- e) *Cuentas menores de un año.* Conforme al art. 60 de la LIC, las cantidades depositadas en cuenta de ahorros por lo menos con un año de antigüedad no están sujetas a embargo hasta por una suma equivalente a la que resulte mayor del equivalente a 20 veces el salario mínimo general diario vigente elevado al año, o del equivalente a 75% del importe de la cuenta, aplicable a las cantidades correspondientes a una cuenta por persona, independientemente de que una misma tenga diversas cuentas de ahorro en una o varias instituciones.
- f) *Menores de edad.* Las cuentas de ahorro pueden ser abiertas a favor de menores de edad, pero las disposiciones de fondos solo pueden ser hechas por los representantes del titular.
- g) *Embargos.* Las instituciones no incurrn en responsabilidad por el cumplimiento de las órdenes de embargo o de liberación de embargo que sean dictadas por las autoridades judiciales o administrativas correspondientes.
- h) *Depósitos sin movimiento.* El principal y los intereses de depósitos que no tengan fecha de vencimiento, o que teniéndola se renueven en forma automática, así como las transferencias o las inversiones vencidas y no reclamadas que en el transcurso de tres años no hayan tenido movimiento por depósitos o retiros y, después de que se haya dado aviso por escrito, en el domicilio del cliente que conste en el expediente respectivo, con 90 días de antelación, deben ser abonados en una cuenta global; curiosamente, no se consideran movimientos los cobros de comisiones que realicen las instituciones de crédito. Los recursos aportados a dicha cuenta únicamente generarán un interés mensual equivalente al aumento en el Índice Nacional de Precios al Consumidor en el periodo respectivo. Cuando el depositante o inversionista se presente para realizar un depósito o retiro, o para reclamar la transferencia o inversión, la institución deberá retirar de la cuenta global el importe total, a efecto de abonarlo a la cuenta respectiva o entregárselo.
- i) *Confiscación.* Los derechos derivados de los depósitos e inversiones y sus intereses de operaciones sin movimiento por tres años, contados a partir de que estos últimos se depositen en la cuenta global, cuyo importe no exceda por cuenta al equivalente a 300 días de salario mínimo general vigente, prescriben en favor del patrimonio de la beneficencia pública, lo que es

violatorio del derecho humano de propiedad.

- j) *Certificados de depósito*. Los depósitos a plazo pueden estar representados por certificados de depósito bancario de dinero, títulos de crédito que producen acción ejecutiva respecto de la emisora, previo requerimiento de pago ante fedatario público.

Depósito para inversión

Se trata del contrato de depósito a plazo de dinero por el cual el depositante transfiere al depositario una suma de dinero por un plazo fijo, con la obligación del depositario de devolver otra suma igual a la depositada más sus intereses; durante dicho plazo el depositante no puede disponer de otra suma igual a la depositada y, como consecuencia, el depositario no está obligado a mantener a disposición del depositario la suma, antes del vencimiento del plazo. En estos contratos, el depositante conviene en que llegado el vencimiento del plazo, en caso de no retirar la suma depositada y sus intereses, estos se capitalicen y constituyan de nueva cuenta depósito de la suma por otro plazo igual al convenido originalmente. Los plazos de dichas inversiones se convienen de entre los utilizados por las instituciones de crédito (uno, siete, 14 o 28 días, etcétera).

También tiene tal carácter el depósito de valores en administración a que se hace referencia enseguida.⁴ La decisión de un individuo de optar entre un depósito de ahorro o un depósito a plazo está en el hecho de que mientras espera que el depósito de ahorro le proporcione solo algún conveniente, como la disponibilidad a la vista de sus recursos, el depósito a plazo le permite, entre otros beneficios, la posibilidad de hacer más productivos sus recursos a cambio de no disponer de los mismos a la vista, sino de las fechas o plazos preestablecidos.

Depósito de títulos

Conforme al art. 276 de la LGTOC, el depósito de títulos o valores (depósito bancario) es el contrato por el cual una persona física o moral, denominada *depositante*, entrega a una institución de crédito, denominada *depositaria*, títulos o valores para su guarda y conservación, y en su caso administración, sin que,

salvo pacto escrito en contrario, transfiera la propiedad de los títulos al depositario. Se trata de un depósito regular de bienes (títulos o valores).

Por el depósito de títulos en administración, el depositante entrega títulos al depositario, quien se obliga a efectuar el cobro de los mismos y a practicar todos los actos necesarios para conservar los derechos que aquellos confieran al depositante; en consecuencia, el depositario queda obligado (art. 278, LGTOC): *a)* en el caso de que por los títulos deban ejercitarse derechos accesorios y opcionales, se ejercerán esos derechos por cuenta del depositante. Los dividendos o intereses que se paguen sobre los títulos durante el depósito serán acreditados a favor del depositante para ser pagados al vencimiento del depósito; *b)* en el caso de que se deban efectuar exhibiciones o pagos de cualquier clase por los títulos depositados, el depositario ha de efectuarlos por cuenta del depositante, para lo cual este deberá proporcionarle los fondos necesarios con dos días de anticipación a la fecha en que deba ejercitarse la opción; y *c)* cuando se trata de títulos que atribuyan al depositante un derecho de opción que deba ser ejercitado durante el depósito (por ejemplo, suscripción de acciones), el depositario debe ejercitarlo por cuenta del depositante, que al igual que en el supuesto anterior, deberá proporcionarle los fondos necesarios con dos días de anticipación a la fecha en que deba ejercitarse la opción.

Dichos depósitos se comprueban tanto con los recibos del depositario como con las anotaciones hechas por este y las constancias y los documentos de los mismos.

Servicio de cajas de seguridad

El servicio bancario de cajas de seguridad aparece históricamente a mediados del siglo XIX como una operación derivada de la evolución de los depósitos cerrados, en donde los bancos destinan a este servicio locales especiales contruidos sólidamente y que ofrecen la máxima garantía de seguridad⁵ y confidencialidad, ya que solo el que recibe el servicio puede disponer del contenido de dichas cajas y tener certeza de lo que en ellas se contiene, ya que la institución de crédito no recibe materialmente los efectos que el cliente desea depositar, sino que es el propio cliente quien los introduce en la caja y los retira de ella por sí mismo.

Este servicio brinda a los usuarios la posibilidad de dejar en custodia valores y objetos que no requieren tener materialmente o cuya existencia desean mantener segura y secreta. La apertura y utilización de las cajas de seguridad exige una serie de formalidades tendientes a evitar que otra persona que no sea su titular o esté autorizada llegue a conocer y sustraer su contenido.⁶ La LIC autoriza a las instituciones de crédito a prestar servicios de cajas de seguridad con apego a las prácticas que propicien la seguridad de las operaciones y procuren una adecuada atención a los usuarios de sus servicios.

La naturaleza jurídica de dicho servicio ha sido discutida en cuanto a considerarse un depósito o un arrendamiento. Si se estima que constituye un depósito, entonces la obligación principal y única de la institución es custodiar y conservar los bienes depositados⁷ y no tenidos a la vista por el depositante, y responder de su pérdida, robo, incendio, etc. En cambio, si se trata de un arrendamiento del espacio o del compartimiento adherido al edificio de la institución de crédito, esta solo asume la obligación de mantener y permitir el uso pacífico del bien al prestatario del servicio. Garrigues admite que en el servicio de cajas de seguridad se mezclan los elementos del arrendamiento y del depósito, y por ello califica al mismo como un contrato mixto de arrendamiento de cosa inmueble y de depósito,⁸ ya que la cesión del uso es esencial, pero el cliente no se limita a obtener el uso de la caja, sino que exige a la institución la custodia y protección de esa caja.

En efecto, el servicio de cajas de seguridad constituye un contrato autónomo al de arrendamiento y al depósito. Es un contrato mixto en el que concurren elementos característicos de dos contratos típicos: el de arrendamiento y el de depósito. Dicho servicio no puede ser un depósito regular en virtud de que la institución de crédito se obliga a mantener a disposición del prestatario un espacio o una caja de seguridad para que este la utilice durante el plazo previsto en el contrato, así como a custodiar y conservar dicha caja. Por el contrato de cajas de seguridad, la institución de crédito se obliga con el tomador o prestatario, mediante el pago de la contraprestación correspondiente, a responder de la integridad de las cajas, mantener el libre acceso a ellas en los días y horas hábiles, y a su vez el tomador se obliga a pagar los gastos y responder por los daños y perjuicios que origine a la institución con motivo de su uso.

Las obligaciones de la institución de crédito consisten en poner a disposición del cliente una o varias cajas de seguridad dentro de su establecimiento, para ser

usadas exclusivamente por él, entregándole una de las llaves que permiten su utilización y conservando la otra a disposición del cliente; asegurarle a este el disfrute de la caja realizando todos los actos necesarios para mantener esas cajas en estado de servir al uso a que han sido destinadas, permitiendo al cliente acceso a las mismas durante el plazo y los términos pactados, así como la introducción y retiro de bienes de esas cajas.

Como se dijo, el acceso a las cajas de seguridad está restringido a los clientes y a sus apoderados; el usuario o prestatario del servicio registra su firma y la de sus autorizados; el banco entrega una llave; y cada vez que se desea tener acceso a la caja, la persona que se presenta debe llevar consigo la llave y llenar una ficha con sus datos personales y firma, la que es confrontada con la que obra en el banco. Se firma el libro de visitantes; aceptada su firma, se le da acceso al local donde se ubican las cajas de seguridad acompañado de una persona del banco. Para la apertura de la caja es preciso tanto la llave del cliente como la del banco: solo con el concurso de ambas llaves puede abrirse la caja. El cliente, si lo desea, puede pasar a un local especial para abrir la caja y sustraer o incorporar bienes a la misma en absoluto secreto; las normas que regulan el servicio se contienen en el contrato celebrado al efecto, pero en él se incluye la obligación del banco tanto de poner a disposición del cliente la caja de seguridad como de mantener el servicio de acceso a la misma y el de vigilancia.⁹

La LIC exige que en las condiciones generales y el contrato de prestación de servicios de cajas de seguridad sean estipuladas con claridad las causas, formalidades y requisitos conforme a los cuales la institución procederá, ante fedatario público, a la apertura y desocupación de la caja, así como el relativo a la custodia de los bienes extraídos, supuestos que podrán pactarse en los casos en que el cliente no pague la contraprestación acordada o que el banco tenga la sospecha de la guarda de cosas ilícitas o producto de actos ilícitos, así como en caso fortuito o fuerza mayor que hagan necesaria dicha apertura. Como consecuencia, en tales casos la institución de crédito puede proceder ante fedatario público a la apertura de la caja, desocupación de esta y, en su caso, venta de los bienes contenidos en la misma.

Autoevaluación

1. ¿Qué es el depósito mercantil?
2. ¿En qué consiste el depósito irregular?
3. ¿Cuáles son las formalidades exigidas por la ley en los depósitos en cuenta de cheques?
4. Explique usted el depósito en almacenes generales.
5. Mencione tres obligaciones del depositario en el depósito fiscal.
6. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de los certificados de depósito expedidos por los almacenes generales?
7. ¿Qué derechos tiene el legítimo tenedor de un bono de prenda no pagado en tiempo?
8. ¿En qué consiste el depósito de títulos?
9. Explique el depósito de ahorro.
10. ¿Cuál es la naturaleza jurídica del contrato de cajas de seguridad?

- 1 Para Joaquín Garrigues (*Curso de derecho mercantil*, Porrúa, México, 1987, p. 181), en este depósito falta la disponibilidad creada a favor del depositario, típica del depósito bancario.
- 2 A. Morando, *El contrato de cuenta corriente*, trad. de Agustín V. Gella, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933, p. 27.
- 3 R. S. Sayers, *La banca moderna*, 3a. ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1956, p. 253.
- 4 Véase Carlos Felipe Dávalos Mejía, *Títulos y contratos de crédito. Quiebras*, t. II, “Derecho bancario y contratos de crédito”, 2a. ed., Oxford University Press, México, 2002, p. 800. Del mismo autor puede consultarse *Títulos y operaciones de crédito*, 4ª ed., Oxford University Press, México, 2012; y *Banca y derecho*, Oxford University Press, México, 2014.

- 5 Cfr. Joaquín Garrigues, *Curso de derecho mercantil*, t. II, Porrúa, México, 1981, p. 193.
- 6 Gerardo Tagore Solnié, “Cajas de seguridad”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. II, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1965, p. 507.
- 7 En este sentido véase Carlos Felipe Dávalos Mejía, *op. cit.*, p. 377, y Gerardo Tagore Solnié, *op. cit.*, p. 507, quien considera que lo único que hace el banco es poner a disposición del cliente una caja y asegurarle la libre entrada al lugar en donde se halla la misma.
- 8 Joaquín Garrigues, *op. cit.*, p. 194.
- 9 Joaquín Rodríguez Rodríguez, *Curso de derecho mercantil*, Porrúa, México, 1982, p. 129.

Autofinanciamiento

Propósitos

Al concluir este capítulo, el lector comprenderá el contenido y la naturaleza jurídica del sistema de comercialización denominado autofinanciamiento, así como los elementos y las obligaciones derivados del contrato y demás características.

Concepto

El autofinanciamiento es un sistema de comercialización consistente en la integración de grupos de consumidores que aportan periódicamente sumas de dinero a un fondo, en una cuenta bancaria abierta a favor de un fideicomiso o del administrador del sistema, conforme a los plazos y montos contratados con otra persona, para disponer de dichos recursos según los sorteos, antigüedad, puntuación, subasta o adjudicación mínima, plazos y aportaciones realizadas, para la adquisición de bienes muebles o inmuebles, así como para construir o mejorar inmuebles.

Para José Ovalle Favela, este sistema de comercialización consiste en la integración de grupos de consumidores que aportan periódicamente sumas de dinero con las que se forma un fondo común, el cual es administrado por una sociedad mercantil con la finalidad de que los consumidores puedan adquirir bienes muebles e inmuebles u obtener la prestación de servicios mediante procedimientos de sorteo, subasta y adjudicación directa.¹

Este sistema de comercialización permite al usuario que no cuenta con capital para adquirir un bien mueble, inmueble o algún servicio de contado, ni es sujeto de crédito bancario, contratar individualmente los servicios que un tercero presta

a grupos de consumidores para administrar los recursos que pueda aportar, accesibles a sus posibilidades y en el plazo que elija, sin que le implique un desembolso de una fuerte cantidad de dinero en una sola exhibición, durante un periodo determinado, para adquirir esos bienes o servicios, con la alternativa de que si no desea o no puede continuar en el sistema, puede optar por la terminación del contrato, si bien debe pagar una pena convencional, que por lo regular va de una a una y media de las aportaciones, más las cantidades que haya desembolsado por concepto de seguro, gastos de administración y el impuesto correspondiente de estos.

Actualmente existen diversos sistemas de comercialización, entre ellos los de franquicia, tiempo compartido y autofinanciamiento, por los cuales se ponen a disposición de los consumidores bienes o servicios. El sistema de autofinanciamiento surge como un medio por el cual el consumidor o el grupo a que pertenece financia sus propias adquisiciones de bienes o servicios; aparece en México en 1989 con los dos primeros empresarios de autofinanciamiento inmobiliario: Plan Firme, en Guadalajara, Jalisco, y Aco, en la ciudad de México, por lo que el Estado se vio obligado a intervenir en su regulación poco después de que aparecieron quejas constantes respecto del sistema,² por lo que se expidió la Norma Oficial Mexicana NOM-037-SCFI-1994, “Requisitos para los contratos de adhesión en los sistemas de comercialización consistentes en la integración de grupos de consumidores”.³

El 19 de septiembre de 2000 se abrogó la Norma Oficial Mexicana de Emergencia NOM-EM-006-SCFI-1999, que fue expedida para regular de manera temporal los autofinanciamientos, ya que en esa fecha se publicó la Norma Oficial Mexicana NOM-143-SCFI-2000, “Prácticas comerciales. Elementos normativos para los sistemas consistentes en la integración de grupos de consumidores para la adquisición de bienes y servicios (sistemas de autofinanciamiento)”, la cual fue cancelada por resolución de la Secretaría de Economía el 18 de mayo de 2006, en vista de que el 10 de marzo de 2006 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF) el Reglamento de Sistemas de Comercialización Consistentes en la Integración de Grupos de Consumidores, mismo que incorpora las disposiciones establecidas en la NOM-143-SCFI-2000 en cuestión, cuya entrada en vigor inició el 9 de abril de 2006.

El art. 63 de la LFPC señala que los sistemas de comercialización consistentes en la integración de grupos de consumidores que aportan periódicamente sumas de

dinero para ser administradas por un tercero, destinadas a la adquisición de determinados bienes y servicios, solo podrán ponerse en práctica previa autorización de la Secretaría de Economía y cuando se cumpla con los requisitos que fije el reglamento respectivo.

El autofinanciamiento supone una forma o método para que uno o varios grupos de consumidores puedan adquirir bienes o servicios sin necesidad de obtener recursos mediante financiamiento de terceros, sino con los propios recursos del fondo común que al efecto se constituye. El desarrollo del sistema de autofinanciamiento inmobiliario, desde su regulación en 1994, ha experimentado un crecimiento espectacular, que si bien muestra la aceptación de los consumidores, también pone de relieve la necesidad de una mayor reglamentación a efecto de que no se vean afectados sus derechos, entre otros, a ser adjudicados oportunamente de los bienes o servicios o a dar por terminado el contrato y obtener la devolución puntual de sus aportaciones; de ahí que el Estado haya emitido una Norma Oficial Mexicana para establecer los requisitos mínimos que deben satisfacer los proveedores que ofrecen este sistema al público.

Mercantilidad

Aunque el autofinanciamiento no está regulado expresamente por el CCo, no cabe duda de que se trata de un contrato de carácter mercantil, ya que la persona que lo administra es una persona moral, una sociedad anónima, o es un comerciante, ya que hace de este sistema su ocupación habitual; o intermedia entre los consumidores y los proveedores de bienes o servicios o, en fin, es el mismo proveedor de los bienes o servicios, como ocurre con los autofinanciamientos para la adquisición de vehículos, ofrecidos por los propios vendedores o fabricantes de dichos bienes. Actualmente están en operación 35 administradoras de sistemas de autofinanciamiento, de las cuales más de la mitad son para adquirir un inmueble y el resto para la adquisición de automóviles y otros bienes. Algunos de ellos pertenecen a la Asociación Mexicana de Administradores y Promotores de Sistemas de Autofinanciamiento (AMAPSA); otros, los de automóviles, pertenecen a la Asociación Mexicana de Automóviles (AMDA), y otros más son independientes.

El reglamento⁴ establece los elementos normativos para los sistemas de

autofinanciamiento, que son de observancia general y obligatoria en el territorio nacional, para los proveedores y comercializadores de sistemas destinados a la adquisición de bienes y servicios mediante la integración de grupos de consumidores, de donde se confirma la mercantilidad del contrato.

Características

- a) *Es un contrato formal.* El contrato de autofinanciamiento es de carácter formal; debe constar por escrito.
- b) *Es un contrato de adhesión.* Lo es porque las cláusulas y el contenido del mismo están predispuestas previamente, sin que el consumidor pueda discutir sus términos ni sus condiciones.
- c) *Debe registrarse.* El contrato de autofinanciamiento debe estar regulado de manera previa en un contrato de adhesión debidamente registrado ante la Procuraduría Federal del Consumidor (Profeco), conforme a lo establecido por las autoridades competentes y de acuerdo con lo previsto por el art. 63 de la LFPC.
- d) *Oneroso.* Es un contrato de prestaciones recíprocas; el administrador recibe una cantidad de dinero por la administración de los recursos aportados por los clientes.
- e) *De tracto sucesivo.* El autofinanciamiento es un contrato de duración; solo es posible su ejecución mediante el transcurso del tiempo.

Sistema de comercialización

El sistema de comercialización de autofinanciamiento está regulado por diversos ordenamientos: la *Ley Federal de Protección al Consumidor*; el *Reglamento de Sistemas de Comercialización mediante la Integración de Grupos de Consumidores*, así como las circulares del Banco de México para instruir a los bancos respecto de los fideicomisos sobre el sistema de comercialización de autofinanciamiento inmobiliario. La Secretaría de Gobernación vigila los sorteos en cumplimiento de lo establecido en la *Ley Federal de Juegos y Sorteos*, y la Profeco es la encargada de autorizar los contratos de adhesión. Asimismo, en la

LFPC se establece que antes de comenzar a operar el o los sistemas de comercialización, se deberá solicitar el registro del o de los contratos de adhesión correspondientes ante la Profeco.

Este sistema de comercialización de bienes o servicios que los prestadores del mismo ofrecen al usuario exige mecanismos de seguridad para este en virtud de que entregan recursos a un tercero para que los administre, el cual no forma parte del sistema financiero mexicano, ya que dichos recursos se administran precisamente en beneficio del grupo de consumidores que lo constituye. Por ello se requiere que los prestadores constituyan un fideicomiso para la administración de las cuotas cubiertas por los integrantes, en donde participen los consumidores como beneficiarios de los recursos, y una supervisión constante por parte de las autoridades financieras nacionales como la CNBV, la SHCP y el Banco de México. La operación se realiza mediante la firma de un contrato de adhesión previamente aprobado y registrado ante la Profeco.

Así, los usuarios realizan aportaciones periódicas al fideicomiso de acuerdo con el contrato de adhesión. Estas cantidades quedan bajo el resguardo de un fiduciario responsable de la administración y asignación de los recursos en eventos de adjudicación públicos y abiertos que se celebran periódicamente ante la presencia de un fedatario público, en su caso, un interventor de la Secretaría de Gobernación para la verificación de los sorteos, del representante del fiduciario, de los representantes del prestador y de los consumidores, quienes verifican los procedimientos de adjudicación. Exclusivamente por orden del Comité Técnico y conforme al contrato establecido, el fiduciario, previo avalúo del bien y el establecimiento de las garantías correspondientes, asigna a los consumidores que resulten adjudicatarios los bienes o servicios objeto de la comercialización.

Existen dos tipos de fideicomiso relacionados con los sistemas de autofinanciamiento: *a) el fideicomiso cerrado*, que se constituye con un número determinado y exacto de participantes, inicia su vigencia cuando se han completado sus integrantes y termina cuando ha sido cobrada la última cuota de cada uno de sus miembros. En este fideicomiso el monto de las cuotas mensuales se actualiza conforme a diversas variables y, por tanto, se incrementa la mensualidad cuando el precio autorizado del bien o servicio que se pretende adquirir se eleva; y *b) el fideicomiso abierto*, que no requiere número determinado de participantes y permite el constante ingreso de nuevos miembros

bajo la sola adhesión al fideicomiso y la salida de los que hayan cumplido su ciclo de aportación, recepción del beneficio y pago del adeudo, o la cesión de sus derechos. Sin embargo, por las exigencias legales el fideicomiso utilizado es el cerrado, que, desde luego, también permite la sustitución de los beneficiarios mediante cesión de derechos.

Los sistemas de autofinanciamiento son sistemas de comercialización que no permiten la entrega de dinero ni el otorgamiento de préstamos a los consumidores, sino que su propósito es la administración de sus propios recursos para la adquisición de bienes o servicios convenidos en el contrato. El sistema de autofinanciamiento no puede equipararse al sistema piramidal de ahorro y tiene mayor semejanza con las llamadas *tandas*, en las que todos ponen la misma cantidad en forma periódica, con la posibilidad de recibir el importe total mediante la adjudicación de bienes en cualquier periodo de duración del contrato, pero en todo caso con la obligación de aportar la totalidad de las cuotas acordadas. Se diferencia de este sistema en que existe un tercero que no participa en los beneficios, sino que solo administra los recursos y recibe por ello una contraprestación.

Elementos reales

- a) Las *aportaciones*, que son las cantidades de dinero que debe aportar el usuario del sistema de comercialización, conforme a lo pactado en el contrato.
- b) Los *bienes objeto de la adjudicación*, que pueden ser bienes muebles o bienes inmuebles.

Elementos formales

Como se ha dicho, el contrato de autofinanciamiento es un contrato de adhesión, de carácter formal, pues debe otorgarse por escrito y satisfacer las formalidades previstas por la LFPC y su reglamento, consistente en su registro ante la Profeco. La LFPC señala en su art. 87 que en el caso de que los contratos de adhesión requieran registro previo ante la Profeco, esta se limitará a verificar que los modelos se ajusten a lo que disponga la norma correspondiente y a las

disposiciones de esta ley y emitirá su resolución dentro de los 30 días siguientes a la fecha de presentación de la solicitud de registro.

Para la obtención del registro del contrato, este debe contener, entre otra, la información siguiente: *a)* nombre, denominación, razón social y domicilio del consumidor, así como el número de grupo y de integrante; *b)* objeto del contrato de adhesión; *c)* número de consumidores que integran el grupo; *d)* plazo o vigencia. El plazo del contrato de adhesión en la adquisición de bienes muebles nuevos o la prestación de servicios no inmobiliarios no debe exceder de cinco años. Tratándose de inmuebles, servicios inmobiliarios y servicios que tengan por objeto la construcción, remodelación y ampliación de inmueble, el plazo no debe exceder de 15 años; *e)* especificación y precio actual del bien o servicio, señalando, en su caso, el factor de actualización que se aplique; *f)* pagos que debe realizar el consumidor; y *g)* los bienes objeto de la adjudicación en virtud del sistema de autofinanciamiento.

Elementos personales. Derechos y obligaciones

En el contrato de autofinanciamiento existen dos elementos personales: el administrador o proveedor del sistema de autofinanciamiento, y el grupo o grupos de consumidores.

El administrador

El administrador o proveedor del sistema de autofinanciamiento es la persona que, habiendo creado un sistema particular de autofinanciamiento, lo pone a disposición de los consumidores y se obliga con estos para administrar y poner a su disposición los recursos aportados por ellos en los plazos y las condiciones previstas en el contrato respectivo. Los derechos y las obligaciones del administrador, conforme a la norma oficial mencionada, se detallan a continuación.

Precontractuales

- a)* El proveedor debe contar con un estudio actuarial, elaborado por un

profesional en la materia ajeno al proveedor, en el que se dictamine la viabilidad financiera del sistema de autofinanciamiento que comercializa o pretende comercializar, el cual debe contener la descripción del sistema de autofinanciamiento que se pretende comercializar y del contrato de adhesión correspondiente, e incluir un resumen del mismo, en términos sencillos y comprensibles, con datos relevantes para los consumidores.

- b) El proveedor del sistema debe solicitar y obtener la inscripción ante la Profeco del modelo de contrato que pretenda celebrar con los consumidores.
- c) Antes de contratar, el proveedor debe proporcionar al consumidor, al menos, la información siguiente: tipo y, en su caso, precio vigente del bien o servicio cuya adquisición se ofrece; número de integrantes del grupo; vigencia del contrato, señalando el procedimiento y el plazo para la liquidación del grupo; cuota de inscripción, si la hubiera, y cuota periódica total, especificando los conceptos y montos de sus componentes y los términos en que dichos montos se actualizan periódicamente; frecuencia de los actos de adjudicación y procedimientos que se utilizan, y cómo, cuándo y quién entrega el bien o servicio objeto del sistema de autofinanciamiento. En su caso, el procedimiento para que el consumidor elija al suministrador del bien o servicio.
- d) Facilitar al consumidor el manual y el contrato de adhesión correspondientes, solicitándole que los revise con detenimiento.
- e) Entregar al consumidor un documento en el que se describan las especificaciones más relevantes del sistema de autofinanciamiento que ofrece.
- f) En su caso, solicitar al consumidor la información necesaria para evaluar su solvencia económica, teniendo en cuenta sus ingresos, bienes y créditos de que goce en los medios comerciales y financieros.

Durante la formación del contrato

- a) El contrato de adhesión que utilice el proveedor para comercializar el sistema de autofinanciamiento debe estar registrado ante la Profeco y contener, entre otras, la información siguiente: nombre, denominación,

razón social y domicilio del proveedor y del consumidor; objeto del contrato de adhesión; número de consumidores que integran el grupo y plazo o vigencia; número de grupo y de integrante; especificación y precio actual del bien o servicio, señalando, en su caso, el factor de actualización que se aplique, y pagos que debe realizar el consumidor.

- b) El proveedor está obligado a contestar por escrito al consumidor, en un plazo máximo de 10 días hábiles, todas las dudas que este le formule por escrito, respecto de los términos y condiciones del contrato de adhesión o de la mecánica o viabilidad financiera del sistema de autofinanciamiento.
- c) El proveedor debe exhibir a la vista del consumidor, en todos los establecimientos y puntos de venta en que se ofrezca el sistema de autofinanciamiento, entre otros, los siguientes “Consejos y recomendaciones sobre los sistemas de autofinanciamiento”: i) son sistemas de comercialización que no permiten la entrega de dinero ni el otorgamiento de préstamos a los consumidores; ii) el proveedor no puede garantizar la adjudicación del bien o servicio en un lapso predeterminado, pues debe sujetarse a la aplicación de los procedimientos previamente definidos, dentro de la vigencia del contrato.
- d) Contratar un seguro. Para garantizar el pago de las aportaciones restantes, la empresa contrata en nombre del cliente un seguro de vida e incapacidad permanente.
- e) Administración de las cuotas. El proveedor de autofinanciamiento debe administrar los recursos aportados por los grupos de consumidores en los términos y las condiciones previstos en el contrato de adhesión; esto es, debe constituir un fideicomiso de administración cuyo patrimonio se establezca con las aportaciones de los consumidores, sujeto a la supervisión por parte de las autoridades financieras nacionales como la CNBV, la SHCP y el Banco de México. El fiduciario del fideicomiso es responsable de la administración de los fondos y de la asignación de los recursos en eventos de adjudicación públicos y abiertos.
- f) El proveedor no debe utilizar formatos o documentos accesorios al contrato de adhesión, por medio de los cuales se pacten con los consumidores modificaciones o sustituciones al clausulado del mismo, por lo que cualquier condición que se pretenda establecer debe estar contenida en el

texto de este. En todo caso, los formatos que utilicen o pretendan utilizar en las diversas etapas de la relación contractual, que impongan nuevas o distintas condiciones o modalidades a las partes, deben contar con la aprobación de la Profeco.

- g)* No debe garantizar la adjudicación del bien o servicio en un lapso predeterminado, pues debe sujetarse a la aplicación de los procedimientos previamente definidos, dentro de la vigencia del contrato.
- h)* No puede ni debe entregar recursos líquidos al consumidor, salvo en casos de revocación del consentimiento para su celebración o rescisión del contrato de adhesión, o por la distribución del remanente correspondiente.
- i)* Debe determinar el factor de actualización del valor del bien o servicio contratado, tomando en cuenta sus variaciones de precios durante el periodo contratado.
- j)* Debe realizar los sorteos para la adjudicación de los bienes, en los términos, periodos y plazos previstos en el contrato. Dichos sorteos deben celebrarse periódicamente ante la presencia de un fedatario público, en su caso, un interventor de la Secretaría de Gobernación para la verificación de los sorteos, el representante del fiduciario, los representantes de la empresa y los consumidores, quienes verifican los procedimientos de adjudicación.
- k)* Está obligado a adjudicar los bienes o servicios a los consumidores en los términos, periodos y plazos previstos en el contrato. Exclusivamente por orden del comité técnico y conforme al contrato establecido, el fiduciario, previo avalúo del bien y establecimiento de las garantías correspondientes, asigna a los consumidores que resulten adjudicatarios.
- l)* Entregar física o jurídicamente el bien objeto del contrato que haya sido adjudicado. En todo caso, cuando el consumidor sea adjudicatario, el proveedor debe entregar el bien mueble, inmueble o la prestación del servicio contratado dentro de los 25 días naturales posteriores al cumplimiento de las garantías y los requisitos señalados en el contrato de adhesión.
- m)* En caso de revocación del consentimiento por parte del consumidor en la celebración del contrato, lo que podrá hacer mediante escrito dentro de los

cinco días hábiles siguientes a la contratación, sin responsabilidad alguna, el proveedor debe devolverle, dentro de los 25 días naturales siguientes a la notificación, el importe íntegro de los pagos realizados.

- n) El proveedor tiene derecho a recibir los gastos de administración y demás prestaciones convenidas en el contrato de adhesión autorizado y registrado por la Profeco.

El cliente o usuario. Obligaciones y derechos

El sistema de autofinanciamiento debe integrarse con grupos cerrados de un máximo de 180 personas, cuando se trate de bienes muebles y servicios no inmobiliarios, o de 600 para el caso de bienes inmuebles y servicios inmobiliarios, y quedan integrados en un fideicomiso en donde es posible la sustitución de los miembros de un grupo solo en caso de cesión o revocación del consentimiento del contrato de autofinanciamiento.

El cliente o integrante debe participar en la primera reunión de adjudicación de su grupo dentro de los 60 días naturales, en el caso de bienes muebles, o 120 días naturales, cuando se trate de bienes inmuebles o servicios que tengan por objeto la construcción, remodelación y ampliación de bienes inmuebles, siguientes a la fecha de suscripción del respectivo contrato de adhesión. Las obligaciones y los derechos de los clientes son los siguientes:

- a) *Pagar la cuota de inscripción.* El cliente debe pagar una cantidad determinada como cuota o gastos de inscripción al sistema de autofinanciamiento contratado.
- b) *Pagos de cuotas periódicas.* Los clientes asumen la obligación de entregar las cuotas pactadas en el contrato mediante aportaciones periódicas al fideicomiso de acuerdo con el contrato de adhesión; por lo general se trata de pagos mensuales.

Las cuotas que deben cubrir los clientes se determinan en función del precio del objeto de adjudicación y el plazo del contrato, dividiendo el monto entre el número de meses elegidos; a ese resultado se le suma la cuota de administración y la del seguro de vida e incapacidad permanente, que el operador del sistema contrata en nombre del cliente para garantizar el pago

de las aportaciones restantes y no afectar a los demás integrantes del grupo.

Como se dijo, el monto de las cuotas mensuales se ajusta a alguna tasa variable en el mercado, por lo que se incrementa la mensualidad cuando se eleva el precio autorizado del bien o servicio que se pretende adquirir. Asimismo, con el objeto de evitar la disminución del poder adquisitivo del dinero, a la aportación se le aplica un factor de actualización que en algunas ocasiones el cliente elige y que puede ser el de la inflación, el salario mínimo, un factor fijo, etc., dependiendo de la operadora de autofinanciamiento. El factor de actualización se debe determinar tomando en cuenta la variación del precio del bien o servicio durante el periodo contratado. Este factor incrementa los pagos mensuales antes de ser congelados.

- c) *Cuota de administración.* El cliente se obliga a pagar una cuota de administración, que es la contraprestación a favor del operador del sistema de autofinanciamiento.
- d) *Prima de seguro.* El cliente debe pagar la prima o fracción de esta correspondiente en virtud del contrato de seguro que el operador debe contratar para garantizar el pago de la totalidad de las cuotas a cargo del cliente, para el caso de su fallecimiento.
- e) *Seguro contra daños.* En caso de que al cliente se le adjudique el bien antes de que haya concluido con las cuotas periódicas para su adquisición, para la entrega física o jurídica del bien debe contratar un seguro contra los daños a este, con vigencia o prórroga obligatoria por todo el periodo en que se adeude parte del precio y cuyo destino preferente será cubrir las cuotas periódicas totales posteriores a la fecha en que se verifique el siniestro.
- f) *Revocar su consentimiento* dado para la existencia del contrato, con tal de que lo haga mediante escrito, dentro de los cinco días hábiles siguientes a su celebración, sin responsabilidad alguna. En este caso el proveedor debe devolverle, dentro de los 25 días naturales siguientes a la notificación, el importe íntegro de los pagos realizados.
- g) *Adjudicación.* El cliente tiene derecho a ser adjudicatario de los bienes objeto del contrato, conforme a las aportaciones periódicas que haya acumulado, los puntos, sorteos y demás especificaciones previstas en el

contrato. En todo caso, dichas adjudicaciones deben hacerse por grupo, reservando en la cuenta del fideicomiso el porcentaje que determine el comité técnico del mismo para posibles revocaciones o terminaciones de contrato. Por lo mismo, ningún cliente del sistema puede tener una fecha segura para la adjudicación, ya que incluso es posible que no existan los fondos suficientes en el fideicomiso en virtud de revocaciones, terminaciones de contratos y, sobre todo, por los retrasos de pago de los integrantes de un grupo.

- h) El cliente debe cubrir, en su caso, las cantidades previstas en el contrato por la rescisión del contrato, las cuales deben estar claramente especificadas en el contrato de adhesión.

Autoevaluación

1. ¿Qué es el sistema de autofinanciamiento?
2. ¿Cómo define al contrato la *Ley Federal de Protección al Consumidor*?
3. ¿Por qué es mercantil el contrato de autofinanciamiento?
4. ¿Qué requisitos debe contener el contrato?
5. ¿Es el contrato de autofinanciamiento necesariamente un contrato de adhesión?, ¿por qué?
6. ¿Cuáles son los plazos máximos de vigencia que hay en los contratos de autofinanciamiento?
7. ¿Cuál es el objeto del contrato?
8. ¿Qué requisitos debe satisfacer el proveedor del autofinanciamiento para celebrar el contrato?
9. ¿Cómo deben ser administrados los recursos aportados por los consumidores?

10. Explique la mecánica y los requisitos para que el usuario sea adjudicatario de los bienes objeto del autofinanciamiento.

- 1 Cfr. José Ovalle Favela, *Comentarios a la Ley Federal de Protección al Consumidor*, McGraw-Hill, México, 1995, p. 124.
- 2 Según el presidente de la Asociación Mexicana de Administradores y Promotores de Sistemas de Autofinanciamiento (AMAPSA), Modesto Gutiérrez, mientras Plan Firme decidió cerrar sus puertas como empresa y dejar la operación del fideicomiso para atender a los clientes que a la fecha se habían inscrito al sistema, dicho fideicomiso continuó vigente hasta que se le entregó la adjudicación al último integrante del grupo, que fue en 1997; Aco decidió ampararse, y hasta esa fecha venía trabajando amparada. Entrevistado por el diario *El Universal*.
- 3 Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el viernes 8 de julio de 1994.
- 4 Dicho reglamento incorporó el contenido de la NOM-143-SCFI-2000, “Prácticas comerciales. Elementos normativos para los sistemas consistentes en la integración de grupos de consumidores para la adquisición de bienes y servicios (sistemas de autofinanciamiento)”, publicada el 19 de septiembre de 2000 y en vigor desde el 18 de noviembre de ese año.

Transporte de mercancías

Propósitos

Al concluir este capítulo, el lector podrá apreciar el régimen jurídico del transporte de mercancías, su importancia, clasificación, obligaciones y responsabilidades del transportista, así como la relevancia del conocimiento de embarque, la carta de porte y otros documentos del contrato de transporte de mercancías.

Concepto

El CCF, aunque no menciona que se trata del contrato de transporte, señala en su art. 2646 que el contrato por el cual alguno se obliga a transportar, bajo su inmediata dirección o la de sus dependientes, por tierra, agua o aire a personas, animales, mercancías o cualesquiera otros objetos, si no constituye un contrato mercantil, se regirá por las reglas establecidas por el CCF relativas a los porteadores y alquiladores. De ahí resultaría que existen contratos de transporte tanto civil como mercantil y, sin embargo, como se verá en la sección siguiente, prácticamente no existe contrato civil de transporte, sino mercantil.

El CCo, cuando regula el transporte mercantil, no lo define. Simplemente señala en su art. 75, fracc. VIII, que son actos de comercio las empresas de transporte, y en el art. 576, dentro del capítulo relativo al contrato mercantil de transporte terrestre, reputa como mercantil el transporte que se realiza por vías fluviales o terrestres de todo género cuando tenga por objeto mercaderías o cualesquiera efectos de comercio, o cuando, siendo cualquiera su objeto, sea comerciante el porteador o se dedique en forma habitual a verificar transportes para el público. Dicho precepto no incluye al transporte marítimo, que estaba regulado en el libro tercero del CCo, relativo al comercio marítimo y que fue derogado por la *Ley de*

Navegación y Comercio Marítimos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF) del 21 de noviembre de 1963, la que a su vez fue derogada por la *Ley de Navegación* (LN), publicada en el DOF del 4 de enero de 1994, ahora abrogadas ambas por la *Ley de Navegación y Comercio Marítimos* (LNCM) del 23 de enero de 2014. Tampoco incluye el transporte aéreo, puesto que el CCo data de 1889, pero al mismo se refieren tanto la *Ley de Vías Generales de Comunicación* (LVGC) como la *Ley de Aviación Civil* (LAC), el *Reglamento de la Ley de Aviación Civil* (RLVGC) y el *Reglamento del Registro Aeronáutico Mexicano* (RRAM). En cambio, el art. 128 de la LNCM sí define al contrato de transporte de mercancías.

El contrato de transporte de mercancías es aquel por virtud del cual una persona llamada *porteador*, *transportista*, *transportador* u *operador*, se obliga ante el cargador remitente, expendedor o embarcador, mediante el pago de una suma de dinero denominada *flete* o *porte*, a trasladar por tierra, agua, aire, o por dos o más de estos modos, directamente o bajo su inmediata dirección o la de sus dependientes, o en combinación con otros transportistas, mercancías o cualesquiera otros bienes muebles, desde un punto hasta otro pactados, y a entregarlas al propio cargador o embarcador o a la persona designada por este, denominada *destinatario* o *consignatario*.

Mercantilidad del contrato

Como señalamos, el CCF prevé la posibilidad de que exista un contrato de transporte civil; sin embargo, de conformidad con lo previsto por el CCo, el transporte de mercancías es mercantil y, por tanto, está sujeto a las leyes mercantiles cuando el traslado de las mismas se haga por un comerciante o cuando este se dedique habitualmente a verificar transportes para el público. Asimismo, será mercantil el transporte cuando tenga por objeto mercaderías o cualesquier efectos de comercio, por lo que puede decirse que a pesar de que el CCF regula el transporte civil, en la práctica, y dadas las exigencias del CCo y de la LVGC, el contrato de transporte civil solo existe en la ley pero no en la práctica; como dice Arturo Díaz Bravo, este contrato civil “está a punto de ocupar su lugar como pieza de museo jurídico”.¹

De suerte que el contrato será mercantil en función del sujeto: un comerciante persona física o una persona moral cuya empresa esté organizada para prestar el

servicio de transporte al público; y por el objeto: cuando se trate de mercancías. La *Ley de Caminos, Puentes y Autotransporte Federal* (LCPAF), en sus arts. 2, fracc. VIII, y 50, se refiere al servicio de autotransporte de carga como el porte de mercancías que se presta a terceros en caminos de jurisdicción federal; asimismo, señala que dicho transporte quedará sujeto a las normas de la LVGC, al CCo y en su defecto al CCF.

No obstante, Joaquín Rodríguez considera que el criterio objetivo para calificar al contrato de mercantil es inútil y que el criterio subjetivo (*comerciante*) es evidentemente ilógico, ya que aunque el primero se refiere a las mercancías y el segundo a quien hace del transporte su ocupación habitual, el CCF, en su art. 2646, califica de *civil* al transporte de mercancías “cuando no sea mercantil”. Cuando el transporte lo realiza un comerciante, resulta ilógico por cuanto estima que no debe ser calificado de *mercantil* el transporte que realiza un comerciante cuando el transporte no es su actividad profesional;² sin embargo, y en atención a que el CCF supedita el carácter civil del transporte de mercancías a que el contrato no se considere mercantil, puesto que el CCo lo califica como tal, no existe la posibilidad de que el mismo tenga la naturaleza de civil, más aun cuando el transporte de cosas por lo general está relacionado con la actividad del comerciante.³

Por lo que se refiere al carácter mercantil del contrato con base en el comerciante, se debe aclarar que el transporte privado de mercancías, es decir, aquel que efectúan las personas físicas o morales respecto de bienes propios o conexos a sus respectivas actividades, así como el de personas vinculadas con los mismos fines, en el que no se genera el cobro de un flete o porte y que requiere permiso, salvo que la capacidad del vehículo sea de menos de cuatro toneladas, en el caso de personas físicas, o de ocho para las personas morales (art. 40, fracc. II, LCPAF), si bien no es un contrato mercantil, porque lo realiza el mismo cargador para su uso personal, y si bien el carácter mercantil del contrato no deriva de la persona del cargador, que realiza el transporte para su uso personal, sí resulta de las normas federales del transporte, las que consideran al cargador un comerciante, pues no hay que desconocer que el mismo CCF supedita el carácter civil a que no constituya una actividad mercantil, y ya que el CCo es anterior al CCF, no cabe duda de que el contrato es mercantil si lo realiza un comerciante.

En efecto, puesto que el CCo califica de *mercantil* al transporte cuyo objeto sean

mercancías, así como el que se realiza tanto por comerciantes como por empresarios que prestan ese servicio al público en general,⁴ la exigencia legal en el sentido de que solo pueden prestar el servicio público federal de autotransporte de carga quienes obtengan concesión o permiso de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes (SCT), y que dicha actividad queda sujeta a la LVGC, a la LCPAF y al CCo, nos hace concluir que el contrato de transporte prácticamente será siempre de carácter mercantil. De acuerdo con lo previsto por los arts. 3º y 8º de la LVGC, la explotación de las vías generales de comunicación y los medios de transporte que operen en ellas quedan sujetos exclusivamente a los poderes federales, y dicha explotación o cualquier servicio conexo a dichas vías requiere concesión o permiso del Ejecutivo Federal, por lo que el transporte de mercancías tiene el carácter de mercantil, ya sea por el sujeto que traslada las mercancías, un comerciante, persona física o moral, o bien por el objeto (mercancías).

Marco jurídico

El contrato de transporte es uno de los más utilizados en la práctica desde la antigüedad, ya que constituye el soporte fundamental para el traslado de cosas o personas de un lugar a otro, pues salva la distancia entre dos puntos físicos, dos lugares distantes; cuando estos traspasan fronteras, el transporte adquiere mayor relevancia jurídica al calificar una relación jurídica concreta de *nacional* o *internacional* y, como consecuencia, el régimen o regímenes jurídicos aplicables al caso, nacionales e internacionales, ambos de la más variada índole, tanto generales como especiales.

Quizá por ese motivo durante mucho tiempo se mantuvo la equivalencia: transporte y comercio, e incluso hay quienes sostienen que para el comercio tiene más relevancia el transporte que la compraventa.⁵ Comoquiera que sea, lo cierto es que no se puede negar que el transporte sigue siendo esencial en la actividad económica comercial o en el comercio en sentido económico, nacional e internacional, como actividad profesional de intermediación en la circulación de los bienes muebles, de productores y consumidores.

En México, a diferencia de otros contratos, el de transporte ha sido reglamentado en diversos ordenamientos, entre otros en el CCF (arts. 2646 a 2665), CCo (arts. 576 a 604), LVGC (arts. 52 a 84), LCPAF (arts. 33 a 69), *Reglamento de*

Autotransporte Federal y Servicios Auxiliares (arts. 18 a 41), *Reglamento sobre el Peso, Dimensiones y Capacidad de los Vehículos de Autotransporte que Transitan en los Caminos y Puentes de Jurisdicción Federal* (arts. 16 a 19), *Reglamento para el Transporte Terrestre de Materiales y Residuos Peligrosos*; la LN (arts. 98 a 105 y 110), el *Reglamento para el Transporte Multimodal Internacional*, el *Reglamento de la Ley de Navegación*; la *Ley de Puertos*, el *Reglamento de la Ley de Puertos*; la *Ley de Aeropuertos* (arts. 54 a 70), el *Reglamento de la Ley de Aeropuertos* (arts. 65 a 72); la *Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario* (arts. 37 a 55), el *Reglamento del Servicio Ferroviario* (arts. 58 a 76 y 176 a 192); la *Ley de Aviación Civil*, el *Reglamento de la Ley de Aviación Civil*; el *Reglamento del Registro Aeronáutico Mexicano*, etc.; además de un cúmulo de acuerdos y decretos al respecto y de los diversos ordenamientos internacionales de los que México es parte.

La enumeración anterior nos da una idea de la diversidad de ordenamientos que existen en torno al transporte, tanto el aéreo como el terrestre (y fluvial) y el marítimo, diversidad que en el plano internacional se hace más complicada, por lo que cuando menos en este ámbito adquiere gran importancia la unificación, para superar la diversidad de los derechos nacionales y los conflictos que surgen en la regulación del transporte, su importancia económica en el comercio internacional y la reglamentación de esas relaciones. Por ello, en escala internacional tanto los Estados como los comerciantes organizados y diversos organismos⁶ se han ocupado de unificar las normas sobre dicho contrato, que han dado como resultado diversas convenciones internacionales en relación con los medios de transporte y respecto de los portadores y los documentos operativos. Para mencionar algunos:

- a) En materia de transporte marítimo: en 1924, el Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimiento de Embarque (“Reglas de La Haya”, del 25 de agosto de 1924); las Reglas de Hamburgo o Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías del 31 de marzo de 1978.
- b) En el transporte aéreo: en 1929, el Convenio de Varsovia sobre Transporte Aéreo; los protocolos de modificación del Convenio de Varsovia, de La Haya, de 1955, y de Montreal, en 1975.
- c) En 1956, el Convenio en materia de transporte por carretera con el CMR y el

convenio de transporte de mercancías por carretera de 1996. Dado el avance tecnológico, la aplicación de nuevas energías al fenómeno de la locomoción, que han influido en la navegación (por ejemplo, de la de vela a la de vapor, y del motor de combustión a la energía nuclear), así como el desplazamiento en el transporte terrestre de la tracción animal por nuevos medios, como el ferrocarril y el camión o automóvil, y en el aéreo de la hélice al turborreactor; en fin, los modos de embalaje, de estiba y desestiba han motivado no solo revisiones y actualizaciones de estos instrumentos, sino la aparición de otros. Así, desde 1970, en materia de transporte por ferrocarril se han elaborado, entre otras, las normas siguientes: *i)* el CIM, convenio internacional relativo al transporte de mercancías por ferrocarril; *ii)* el CIV, convenio internacional relativo al transporte por ferrocarril de viajeros y equipaje; *iii)* el COFIT (que deroga los anteriores). Después, en 1980, el convenio relativo a los transportes internacionales por ferrocarril y sus apéndices –“A”, Reglas uniformes relativas al contrato de transporte internacional de viajero y equipaje por ferrocarril (CIV), y “B”, mercancías (CIM)–, así como el Protocolo de Berna de 1990, que modificó el convenio de 1980.⁷

Asimismo, al lado de dichos ordenamientos existen distintas reglas o cláusulas tipo, diseñadas por diversas organizaciones para las partes del contrato o propuestas por una de ellas; pólizas y conocimientos tipo, así como condiciones generales de transporte, que son textos destinados a insertarse en los contratos de transporte para regular su documentación, facilitar su interpretación o analizar las prácticas observadas en el tráfico, como las siguientes: *a)* condiciones generales de la IATA; *b)* reglas aplicables a los documentos relativos al transporte multimodal UNCTAD/CCI; *c)* reglas uniformes de la CCI sobre documento de transporte combinado; *d)* el conocimiento de embarque multimodal de la IATA; *e)* reglas uniformes del CMI sobre el conocimiento de embarque y el conocimiento de embarque electrónico; *f)* reglas de interpretación de las pólizas de fletamento por viaje de CMI, y *g)* la carta de porte electrónica del CIT; además de diversos convenios en materias específicas, como las condiciones de inscripción de buques, un código de conducta de las conferencias marítimas y sobre privilegios marítimos e hipoteca marítima.

Todo ello permite observar que si bien el transporte de mercancías no es hoy en día el derecho comercial, forma una parte sustancial del mismo, ya que precisamente este contrato facilita y hace posible el cumplimiento de diversas

obligaciones asumidas en contratos como los de compraventa, distribución, comisión o suministro, así como para que los comerciantes y empresarios puedan utilizar los bienes adquiridos para el desarrollo de sus actividades.

En México, el art. 4º de la LVGC dispone que las controversias que se susciten sobre la interpretación y el cumplimiento de contratos de transporte se rijan por lo dispuesto en las concesiones y contratos; por la LVGC, a falta de normas por las del CCo, y en su defecto por las del CCF. Dicha aplicación prevalece cuando se trata de transporte público federal, esto es, del transporte que se realiza por vías generales de comunicación, es decir, por ferrocarril,⁸ caminos y puentes federales,⁹ aguas de jurisdicción federal,¹⁰ y espacio aéreo;¹¹ pero cuando no tienen tal carácter, el transporte terrestre de mercancías se sujeta en primer lugar a las normas del CCo.

Clasificaciones

En virtud de la diversidad de formas y medios por los que se trasladan las mercancías, el contrato de transporte puede clasificarse, atendiendo al medio de transporte, como terrestre, fluvial, marítimo y aéreo; en función del modo de transporte puede clasificarse como transporte simple, combinado o multimodal; y en función de las mercancías transportadas, en general o especializado.

- a) *Transporte aéreo.* Es el contrato de transporte por medio del cual el transportista asume la obligación de trasladar, directamente o a través de sus dependientes, mercancías por aire (en aviones o avionetas) a cambio de un precio denominado *porte* o *flete*.
- b) *Transporte combinado.* Es el contrato de transporte por medio del cual el transportista asume la obligación de trasladar mercancías por tierra, mar o aire directamente o mediante sus dependientes y en combinación con otros transportistas, a cambio del porte o flete. Se trata del transporte en el que de común acuerdo dos o más porteadores establecen horarios, itinerarios, tarifas unidas o combinadas, expiden documentos directos, intercambian sus equipos o ejecutan actos análogos con ese fin; en ese caso, de acuerdo con el art. 74 de la LVGC, el último porteador está obligado a entregar la carga conforme a la carta de porte expedida por el primero, en las condiciones y con las responsabilidades establecidas por la ley, quedando a salvo su

derecho contra el transportista en cuya línea haya ocurrido algún hecho u omisión de que responda el último porteador, ya que la responsabilidad de cada porteador comienza en el momento en que recibe las mercancías y termina en el momento en que las entrega. Se trata de un solo medio de transporte sujeto a distintos regímenes jurídicos. Esto es, supone la existencia de una relación interna entre los porteadores del servicio combinado, por la cual cada uno se compromete a contribuir con sus propios medios para el traslado de mercancías y una relación externa frente al destinatario o cargador.¹²

En el transporte de cosas existe una tendencia a obtener una regulación legislativa uniforme por los transportes combinados, una sola que predomine sobre las demás reguladoras de los diversos tramos del recorrido; como dice Alberto Asquini: que una sola sea la que predomine sobre las otras y sea la ley reguladora única de la relación contractual, tanto respecto del cargador como en las relaciones internas entre los diversos porteadores que participan en el transporte (arts. 53, 56 y 74, LVGC).¹³

- c) *Transporte de carga general*. Es el contrato de transporte para todo tipo de mercancías, conforme lo permitan las especificaciones del vehículo correspondiente.
- d) *Transporte de carga especializado*. Se trata del transporte especializado de mercancías de un tipo o características especiales, como el de materiales, residuos peligrosos, etc. (arts. 39 y 40 del *Reglamento de Autotransporte Federal y Servicios Auxiliares*, y 74 del *Reglamento del Servicio Ferroviario*).
- e) *Transporte de línea regular*. Transporte que se ofrece al público mediante anuncios o medios similares de publicidad y que incluya el transporte en buques que navegan con regularidad entre puertos determinados y conforme a un calendario de fechas de navegación a disposición del público (Reglas de Rotterdam).
- f) *Transporte de volumen*. Todo contrato de transporte que prevea el transporte de una determinada cantidad de mercancías en sucesivas remesas durante el periodo en él convenido. Para la determinación de la cantidad, el contrato podrá prever un mínimo, un máximo o cierto margen cuantitativo (Reglas

de Rotterdam).

- g) *Transporte fluvial*. Es el contrato de transporte por medio del cual el transportista asume la obligación de trasladar mercancías por río (en barcos, lanchas, etc.), directamente o a través de sus dependientes, a cambio de un porte o flete.
- h) *Transporte marítimo*. Es el contrato de transporte por medio del cual el transportista asume la obligación de trasladar, directamente o a través de sus dependientes, mercancías, por vía marítima (a través de embarcaciones marítimas), a cambio de un flete.
- i) *Transporte multimodal*. También conocido como *transporte intermodal*, es el contrato de transporte por medio del cual el transportista asume la obligación de trasladar mercancías por tierra y mar, por aire directamente o ambas cosas y en combinación con otros transportistas, a cambio de un porte o flete. Se trata del transporte en el cual intervienen varios medios de transporte sujetos a distintos regímenes jurídicos; por ejemplo, por tierra en vehículos de ferrocarril y por mar en buques canguro o en naves *lash* o portagabarras. Dicho transporte adquiere relevancia en función de la utilización de los *containers* que facilitan la conexión del transporte con los distintos medios, así como la carga y descarga, en los cuales un solo porteador responde del transporte por entero.

Como expresa Alberto Díaz Moreno, el transporte multimodal constituye una operación de transporte articulada económica y técnicamente mediante la utilización de varios modos de desplazamiento, pero estructurada de manera jurídica por un único contrato por medio del cual el transportista se compromete, en su propio nombre y por cuenta propia, a obtener el resultado de trasladar mercancías desde el punto de partida convenido al de destino, emitiendo, si es el caso, un único documento de transporte,¹⁴ como puede ser un conocimiento de embarque o un documento del transporte multimodal (art. 18, *Reglamento para el Transporte Multimodal Internacional*).

No obstante, el art. 69 de la LCPAF dispone que el porteador que participa en el transporte multimodal internacional solo responde ante el cargador en las condiciones y los términos del contrato de transporte establecidos en la

carta de porte y únicamente por el segmento del transporte terrestre en el que participe.

La LNCM señala en su art. 129 que a los contratos de transporte multimodal en los que un segmento sea de transporte marítimo, el operador deberá expedir en el momento en que tome las mercancías bajo su custodia el documento en que conste el contrato celebrado, mismo que podrá ser o no negociable, a elección del expedidor.

Conforme al art. 7 del *Reglamento para el Transporte Multimodal Internacional*, los servicios de transporte multimodal dentro del territorio nacional deben ser realizados por un operador de transporte multimodal, esto es, por una persona moral autorizada por la SCT que celebra un contrato de transporte multimodal internacional, que actúa como principal y asume frente al usuario la responsabilidad del cumplimiento del contrato. Asimismo, determina que dicho operador será responsable por las mercancías desde el momento en que este o cualquiera de sus representantes o agentes las reciban del cargador o de sus representantes hasta el momento de la entrega de las mismas al destinatario; por tanto, dicho operador responde de la pérdida total o parcial de las mercancías, de los daños o averías que sufran y de la demora en su entrega, salvo vicios propios de la cosa, caso fortuito o fuerza mayor (arts. 10 y 12, RTMI), y sin perjuicio del derecho del operador de ejercitar la acción “en vía de regreso” en contra de los transportistas unimodales o prestadores de servicios conexos en que haya ocurrido el siniestro, conforme a la ley (art. 11, RTMI).

- j) *Transporte no regular* es todo transporte que no sea de línea regular (Reglas de Rotterdam).
- k) *Transporte simple*. Es el contrato de transporte por medio del cual el transportista asume la obligación de trasladar, directamente o a través de sus dependientes, mercancías por tierra, mar o aire a cambio de un porte o flete.
- l) *Transporte terrestre*. Es el contrato de transporte por medio del cual el transportista asume la obligación de trasladar mercancías por tierra (en carretera, caminos o ferrocarril, mediante camiones, camionetas, tractocamiones, ferrocarril, etc.), directamente o a través de sus dependientes, a cambio de un porte o flete.

Transporte terrestre de carga o de cosas

El transporte terrestre de cosas o de carga está regulado por el CCo, en el cual se establecen las mismas normas para el transporte fluvial, y se considera que es mercantil, como se dijo, cuando el transporte tenga por objeto mercaderías o cualesquier otros efectos de comercio, o cuando el porteador es un comerciante, o sin serlo se dedique habitualmente a verificar transportes para el público.

Concepto

El contrato de transporte terrestre de mercancías es aquel por virtud del cual una persona llamada *porteador*, *transportista* o *transportador* se obliga ante el cargador, remitente o expendedor, a cambio del pago de un flete o porte, a trasladar por tierra, directamente o bajo su inmediata dirección o la de sus dependientes, o en combinación con otros porteadores, mercancías de un punto a otro y a entregarlos al propio cargador o a la persona designada por este, denominada *destinatario* o *consignatario*.

Elementos personales. Derechos y obligaciones

En la definición de transporte terrestre destacan los elementos personales del contrato: *a)* el porteador, transportista o transportador, quien asume la obligación de trasladar por tierra mercancías de un lugar a otro; *b)* el cargador, remitente o expendedor, que es la persona que contrata con el transportista; y *c)* el consignatario o destinatario, la persona a favor de quien se realiza el transporte o se entregan los bienes objeto del mismo, cuyos derechos y obligaciones se mencionan enseguida.

El porteador

Es el comerciante, persona física o moral, o la persona que, sin serlo, se dedica en forma habitual a verificar transportes para el público, y quien asume la obligación principal de trasladar, directamente o bajo su dirección, o por otros porteadores (art. 577, CCo), mercancías de un lugar a otro, a cambio de un precio y para ser entregados al destinatario o consignatario.

Obligaciones del porteador. Son las siguientes:

- a) *Recibir las mercancías.* El porteador está obligado a recibir las mercancías en el tiempo y lugar convenidos con el cargador (art. 590, fracc. I, CCo) para su traslado al lugar pactado en el contrato, debidamente embaladas o envasadas. En el caso de que el transportista reciba las mercancías sin reserva, se presume que no tienen vicios aparentes (art. 76, RAFA).
- b) *Expedir la carta de porte.* El porteador está obligado a extender al cargador, a favor del consignatario, a la orden de este o al portador un documento denominado *carta de porte*, que constituye el título legal del contrato de transporte terrestre y que legitima a su portador para subrogarse en las obligaciones y derechos del cargador (art. 582, CCo), y por cuyo contenido se decidirán las cuestiones que ocurran sobre su ejecución y cumplimiento, sin admitir más excepciones que la de falsedad y error material en su redacción (art. 583, CCo). La misma obligación imponen tanto la LVGC (art. 66) como el *Reglamento del Transporte Ferroviario* (art. 67) y la LCPAF (arts. 2º, fracc. II, y 69), que obligan a los transportistas a expedir dicho documento en el momento de la contratación, así como el RAFA (art. 74). El art. 581 del CCo señala que la carta debe contener:
- El nombre, apellido y domicilio del cargador (lógicamente, si se trata de una persona moral, su denominación o razón social).
 - El nombre, apellido y domicilio del porteador (igualmente, si es, como en la práctica ocurre con frecuencia, una persona moral, denominación o razón social).
 - El nombre, apellido y domicilio de la persona a quien o a cuya orden vayan dirigidos los efectos, o si han de entregarse al portador de la misma carta.
 - La designación de los efectos, con expresión de su calidad genérica, de su peso y de las marcas o signos exteriores de los bultos en que se contengan. Este aspecto es muy importante tomando en cuenta la responsabilidad en la que incurre el porteador en los casos de robo, pérdida o daño de las mercancías, como se verá más adelante.
 - El precio del transporte.

- La fecha en que se hace la expedición.
- El lugar de la entrega al porteador.
- El lugar y el plazo en que habrá de hacerse la entrega al consignatario.
- La indemnización que haya de abonar el porteador en caso de retardo, si sobre este punto mediere algún pacto.

Además, el art. 74 del RAESA exige que en la carta de porte se incluyan los requisitos fiscales previstos para las facturas.

A pesar de lo anterior, y a diferencia del título legal del transporte marítimo (el conocimiento de embarque), la carta de porte no es un título de crédito ni es representativa de las mercancías señaladas en el mismo, por lo cual no es el documento necesario para exigir la entrega de las mercancías, sino solo un documento probatorio de la existencia del contrato y de la entrega de las mercancías al transportista para su traslado al lugar pactado en el contrato. Por razones incomprensibles,¹⁵ ni el CCo ni la LGTOC (arts. 19 y 20) califican la carta de porte de título representativo de mercancías, a pesar de que su contenido es el mismo que el del conocimiento de embarque, al igual que las partes involucradas en el contrato de transporte, e incluso no obstante que el propio legislador (art. 600, fracc. IV, CCo) se refiere a la obligación del porteador de entregar la carga en los puntos convenidos, “tan luego como llegue a su destino, al que presente el conocimiento respectivo”.

El CCo señala en el párrafo segundo del art. 583 que cumplido el transporte, contra la recepción de las mercancías, debe restituirse al porteador la carta de porte, pero señala en el párrafo tercero del mismo precepto que en caso de extravío u otra causa, cuando no pueda el consignatario devolver en el acto de recibir los géneros la carta de porte que hubiere recibido suscrita por el porteador, bastará con que le extienda y entregue un recibo de las mercancías entregadas, produciendo en tal caso dicho recibo los mismos efectos que la devolución de la carta de porte. Si esta hubiere sido extendida a la orden o al portador, el recibo se extenderá con los mismos requisitos establecidos para esos documentos. De ahí se concluye que la carta de porte no constituye un documento representativo

de mercancías y que, por tanto, no queda sujeto a las normas de la LGTOC para los casos de extravío, pérdida o robo, ni es el documento necesario para exigir la entrega de las mercancías, sino un documento probatorio.

- c) *Emprender y concluir el viaje.* En virtud del contrato de transporte, el porteador está obligado a trasladar las mercancías del lugar de entrega al lugar convenido por las partes, dentro del plazo estipulado y precisamente por el camino señalado en el contrato (art. 590, fracc. II, CCo). El CCo establece en la fracc. III del mismo precepto que el porteador debe verificar el viaje, desde luego, si no hay término ajustado, y en el más próximo a la fecha del contrato, si acostumbra hacerlos periódicamente. El art. 67 de la LVGC señala que en el caso de que el cargador no haya señalado la ruta o línea para el transporte de las mercancías, el transportista tendrá derecho a fijar la misma; pero el importe que se cobre será el más bajo que pueda obtenerse de acuerdo con las tarifas aplicables, cualquiera que sea la ruta o línea, a menos que la más barata o corta estuviese interrumpida por causa de fuerza mayor,¹⁶ en cuyo caso se cobrará el servicio por la ruta o línea que se haya usado.
- d) *Cuidar y conservar las mercancías bajo su exclusiva responsabilidad, desde que las reciba hasta que las entregue a satisfacción del consignatario.* Esta responsabilidad no desaparece aun cuando exista otra persona encargada del traslado. El porteador recibe las mercancías para su traslado y, como consecuencia, asume la obligación de custodiarlas (art. 590, fracc. IV, CCo).
- e) *Entregar las mercancías al tenedor de la carta de porte o de la orden respectiva.* La entrega se efectuará por peso, cuenta y medida si así se menciona en la carta de porte, a menos que se encuentren en barricas, contenedores, cajones o fardos, en cuyo caso deberá entregarlos sin lesión exterior (art. 590, fraccs. V y VII, CCo). El art. 600, fracc. IV, del CCo reitera la obligación del porteador de entregar la carga en los puntos convenidos, tan luego como llegue a su destino. Sin embargo, el consignatario tiene derecho a que las mismas le sean entregadas en el plazo o la fecha señalados en el contrato, de ahí que si el porteador llega al destino convenido con antelación, el consignatario tiene derecho a negarse a recibir las mercancías, o en caso de no encontrarse en el lugar de entrega, el porteador no puede hacer uso del derecho de depósito que le concede la ley, porque su

obligación es cumplir con el contrato en los términos pactados; de ahí que en el mismo precepto se señale también la obligación del porteador de depositar en sus almacenes la mercancía mientras no haya quien se presente a recibirlas.

En el caso de transporte ferroviario, el transportista está obligado a informar al cargador que lo solicite la ubicación de la carga desde que sea recibida hasta su entrega al consignatario, conforme al sistema de control de tránsito de trenes con que cuente.

En el supuesto en que el transportista no haya hecho mención del estado de las mercancías, debe entregarlas en buen estado (art. 17, RTMI).

- f) *Pagar la indemnización prevista o los perjuicios ocasionados al cargador.* Esto se aplica en caso de retardo que le sea imputable, con deducción en su caso del flete, así como los ocasionados por su culpa o porque no se dé cumplimiento al contrato (art. 590, fraccs. VI y X, CCo).
- g) *Pagar las pérdidas o averías de las mercancías.* Se hará con arreglo al precio que a juicio de peritos tuvieren las mercancías en el día y lugar en donde debía hacerse la entrega, tomando en cuenta las indicaciones de la carta de porte, a menos que alegue no tener responsabilidad en esos acontecimientos, en cuyo caso deberá probar que las pérdidas o averías no han sido por su culpa o negligencia (art. 590, fraccs. VIII y IX, CCo).
- h) *En el caso de transporte ferroviario, proporcionar a los cargadores el equipo de arrastre en número suficiente y con las características que se requieran para la transportación de la carga.* También, en su caso, transportar la carga en el equipo de arrastre que el cargador le proporcione (art. 69, Reglamento del Servicio Ferroviario).

Derechos del porteador. Son los siguientes:

- a) *Pago del flete.* El transportista tiene derecho a recibir el pago del flete o porte convenido en los términos pactados en cualquiera de los supuestos siguientes: si ha dado cumplimiento al contrato; si había destinado un vehículo especial para ello; si ha iniciado el transporte y el cargador rescinde el contrato; si el transporte no se lleva a efecto por negligencia, culpa o voluntad del cargador, en cuyo caso tiene derecho a recibir la mitad

del flete (arts. 578 y 591, fraccs. I y II, CCo).

- b) *Rescisión del contrato.* El transportista tiene derecho: a rescindir el contrato si, comenzado el viaje, un acontecimiento de fuerza mayor impidiere su continuación (art. 591, fracc. III, CCo); a continuar el viaje, una vez removido el acontecimiento de fuerza mayor según la ruta designada en el contrato, o si no fuere posible, la que sea más conveniente; y si esta resulta más dispendiosa y más larga, podrá exigir el incremento de los costos y el del porte por el exceso, pero sin cobrar nada de los gastos y tiempo de la detención, ya que esta se debe a un caso de fuerza mayor en la que no intervienen la voluntad ni la culpa del cargador o consignatario (art. 591, fracc. IV, CCo).
- c) *Apertura y reconocimiento.* El transportista tiene derecho a exigir al cargador la apertura y reconocimiento de los bultos que contengan las mercancías en el acto de la recepción, y en caso de que el cargador rehúse dicha apertura y reconocimiento, el porteador quedará libre de responsabilidad, salvo la proveniente de dolo o fraude (art. 591, fracc. V, CCo). El mismo derecho tiene el transportista cuando sospecha de falsedad en la declaración del contenido de un bulto o embalaje (art. 77, RAFA).
- d) *Recepción de mercancías.* El transportista tiene derecho a que el consignatario le reciba de la carga averiada las mercancías ilesas, siempre que, separadas de las averiadas, no sufrieren disminución en su valor.
- e) *Derecho de retención.* El transportista tiene derecho a retener las mercancías mientras no se le pague el flete (art. 591, fracc. VII, CCo).
- f) *Depósito de mercancías.* El transportista tiene derecho a depositar las mercancías, previo reconocimiento de su estado por peritos, ante la autoridad judicial del lugar en que haya de hacerse la entrega, si en él no encontrare al consignatario o a quien lo represente, o si hallándolo rehusare recibirlas (art. 591, fracc. VIII, CCo).
- g) *Reserva.* Conforme al art. 15 del RTMI, el operador del transporte multimodal, como los demás transportistas, tiene derecho a incluir en el documento que expida una reserva en la que especifique las inexactitudes, los motivos de sospecha o la falta de medios razonables para verificar los datos proporcionados por el cargador respecto de las mercancías objeto del

transporte; reserva a la que también tiene derecho el portador del transporte terrestre, puesto que responde del estado en que recibió las mercancías y de su existencia.

El cargador

Obligaciones del cargador. Son obligaciones del cargador las siguientes:

- a) Entregar las mercancías. La entrega de las mercancías en las condiciones, el lugar y el tiempo convenidos constituye no solo una obligación del cargador, sino un requisito esencial para el cumplimiento del contrato, aunque no para su existencia, ya que el contrato es consensual (es un contrato *locatio operis*), pero la entrega es una *conditio iuris* para el cumplimiento del contrato (art. 588, fracc. I, CCo). Con excepción de las cargas a granel, el cargador debe entregar las mercancías debidamente embaladas y rotuladas para su fácil manejo e identificación, además de garantizar la seguridad en la transportación (art. 78, RAESA). Asimismo, el cargador debe proporcionar al transportista las características de la carga y, en su caso, el valor declarado de la misma.
- b) Entregar los documentos necesarios (fiscales y administrativos) para el libre tránsito y pasaje de la carga (art. 588, fracc. II, CCo).
- c) Asumir los decomisos, multas y demás penas que se le impongan por infracción a las leyes fiscales, e indemnizar al porteador de los perjuicios que se le causen por esa violación (art. 588, fracc. III, CCo).
- d) Asumir las pérdidas y averías de las mercancías que provengan de vicio propio de ellas o caso fortuito, salvo que se deban a incumplimiento de porteador o por su culpa (art. 588, fracc. IV, CCo).
- e) Indemnizar al porteador de todos los daños y perjuicios que por incumplimiento del contrato hubiere sufrido, así como de las erogaciones necesarias que para su cumplimiento y fuera de lo pactado hubiese hecho en favor del cargador (art. 588, fracc. V, CCo).
- f) Remitir oportunamente al consignatario la carta de porte, para que pueda hacer uso de ella a la llegada de las mercancías al lugar y en el plazo

señalados en la misma (art. 588, fracc. VI, CCo).

Derechos del cargador. Son los siguientes:

- a) Recibir las mercancías si se ha designado como consignatario o beneficiario de las mismas.
- b) Variar la consignación de las mercancías en ruta, si con oportunidad da la orden al porteador y le entrega la carta de porte expedida en favor del primer consignatario (arts. 589, fracc. I, CCo, y 94, LCM), para los consignatarios-compradores en concurso mercantil.
- c) Variar el lugar de entrega de la carga, dentro de la ruta convenida, si con oportunidad da la orden al porteador con el canje de la carta de porte expedida por otra, en su caso con la designación del nuevo consignatario (art. 589, fracc. II, CCo).
- d) En el caso de concurso mercantil del consignatario, que a su vez sea el comprador de mercancías no pagadas, oponerse a la entrega de las mismas, deteniendo dicha entrega aunque no disponga de la carta de porte para variar la consignación, oposición que debe sustanciarse por la vía incidental entre cargador y consignatario (comprador declarado en concurso), con intervención del conciliador.

El consignatario

Conforme a lo previsto por los arts. 595 y 596 del CCo, el consignatario tiene los derechos y las obligaciones siguientes:

Obligaciones del consignatario. Son las siguientes:

- a) Recibir las mercancías en el lugar y tiempo convenidos, sin demora, siempre que el estado de las mismas lo permita y que sean conformes con las condiciones previstas en la carta de porte (art. 595, fracc. I, CCo).
- b) Abrir y reconocer los bultos que contengan las mercancías en el acto de su recepción, si así lo solicita el porteador (art. 595, fracc. II, CCo).
- c) Devolver la carta de porte u otorgar en su defecto el recibo de las

mercancías (art. 595, fracc. III, CCo).

- d) Pagar al porteador el flete o porte, así como los demás gastos, sin perjuicio de las reclamaciones que hiciere de las mercancías (art. 595, fracc. IV, CCo).

Esta obligación nos parece excesiva, porque si el porteador entrega mercancías en condiciones o cantidad distinta de las mencionadas en la carta de porte, consideramos que el consignatario tendría derecho a no pagar el porte. Por otra parte, esta obligación pesa en el consignatario únicamente cuando el cargador no hizo o se obligó a hacer el pago al porteador.

- e) Ejercer, dentro de 24 horas desde la recepción de las mercancías, los derechos que competan contra el porteador, cualesquiera que sean, exigiéndole las responsabilidades que haya contraído, debiendo reportar, en caso de negligencia, los perjuicios que esta cause (art. 595, fracc. V, CCo).

Tal obligación se explica solo en los casos en que el consignatario sea un comisionista o agente del cargador, pero no cuando es el mismo cargador, porque la redacción del precepto solo se refiere a perjuicios, privación de ganancia lícita y no a los daños, por lo que el cargador no podría exigirle el pago de perjuicios por no haber ejercitado oportunamente la reclamación de la cual el porteador tuviera, a su vez, alguna acción en contra de su dependiente o del otro transportista por el cual cumplió el contrato.

- f) Cumplir las órdenes del cargador, dándole cuenta, sin pérdida de tiempo, de cuanto ocurra en relación con las mercancías pactadas (art. 595, fracc. VI, CCo).

Al igual que en el caso anterior, dicha obligación solo opera cuando el consignatario es un comisionista o agente del cargador “consignatario de ventas”, no así cuando es el comprador de las mercancías a cuya transportación quedó obligado el vendedor.

Derechos del consignatario. Son los siguientes:

- a) El consignatario tiene derecho a que, mientras sea tenedor de la carta de porte expedida a su favor, le sean entregadas las mercancías, cualesquiera que sean las órdenes en contrario que diere el cargador, salvo que el

consignatario sea comprador de las mercancías y estas no hayan sido pagadas, ya que en tal supuesto el cargador tiene derecho a oponerse a la entrega mediante el incidente respectivo que haga valer en el concurso mercantil del consignatario, el cual la LCM le concede aun cuando no cuente con la carta de porte correspondiente (art. 596, fracc. I, CCo).

- b) Negarse a recibir las mercancías dañadas o averiadas, así como las mercancías ilesas cuando su valor no alcance a cubrir los gastos y desembolsos que deba hacer para su recepción, conservación y venta, a no ser que tenga fondos suficientes del cargador, según el art. 596, fracc. II, del CCo. Sin embargo, este supuesto solo ocurre cuando el consignatario es un comisionista o agente de ventas –consignatario de ventas–, en virtud de un contrato por el cual el cargador se obligó a proveerlo de los fondos, ya que si el contrato se pactó sin provisión de fondos, entonces el consignatario debe recibir las mercancías aun soportando los gastos, los cuales después deberán ser reembolsados por el cargador, como lo previenen los arts. 296 y 297 del mismo CCo.
- c) La fracc. III del art. 596 del CCo señala que el consignatario tiene también derecho a que le sean reintegrados, sin demora y sin necesidad a esperar a que se vendan las mercancías, los anticipos que haya hecho con motivo de la entrega de la carga. Desde luego que este derecho únicamente se justifica cuando, como dijimos, el consignatario es un comisionista o encargado del cargador en cuyo nombre y cuenta recibe las mercancías, o cuando no siéndolo el cargador debe pagar los gastos de entrega como ocurre en la venta (art. 382, CCo), pero de ninguna manera respecto del consignatario, que es al mismo tiempo comprador de las mercancías y que ha asumido la obligación de soportar dichos gastos. Nótese que la ley se refiere a los gastos de entrega y no a los de recepción, que están previstos en la fracción anterior del art. 596 del CCo y que el mismo ordenamiento, pero en el art. 382, impone, salvo pacto, al comprador de las mercancías.
- d) La fracc. IV del art. 596 del CCo previene que el consignatario tiene derecho “A todo lo demás que está prevenido en las prescripciones de este título”, lo cual es vago e impreciso.

Elementos reales

Las *mercancías* o efectos de comercio y el *flete* (precio del transporte) son elementos reales del contrato de transporte. Pueden ser objeto de transporte toda clase de bienes muebles susceptibles de ser trasladados de un lugar a otro; cosas materiales en el sentido corriente del término, materias primas, producto terminado o semiterminado, animales, vegetales, efectos de comercio, títulos o valores, sólidos, líquidos, gases, etc., con tal de que sean lícitas, susceptibles de ser pesadas o medidas,¹⁷ y su transporte no esté prohibido. En el contrato de transporte, el precio, flete o porte representa la contraprestación del cargador o remitente a la prestación del porteador; es la suma de dinero que el cargador debe pagar al transportista por trasladar mercancías de un lugar a otro.

El precio del transporte en principio queda sujeto al convenio entre las partes y a las prescripciones del CCo; así, el transportista tiene derecho a recibir el pago del flete o porte convenido en los términos pactados en cualquiera de los supuestos siguientes: si ha dado cumplimiento al contrato; si había destinado un vehículo especial para ello; si ha iniciado el transporte y el cargador rescinde el contrato; si el transporte no se lleva a efecto por negligencia, culpa o voluntad del cargador, en cuyo caso tiene derecho a recibir la mitad del flete (arts. 578 y 591, fraccs. I y II, CCo). Sin embargo, cuando el transporte se realiza en una vía general de comunicación de manera habitual por un concesionario o permisionario para prestar el servicio público de autotransporte, el flete por el mismo queda sujeto a las tarifas aprobadas por la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, y comprende las cuotas y condiciones conforme a las cuales deben aplicarse. Dichas tarifas deben combinarse cuando haya diversas tarifas en un mismo transportista, si de dicha combinación resulta un beneficio para el cargador (art. 56, LVGC), salvo las tarifas de competencia entre porteadores.

En tal caso, la ley establece diversas prescripciones: quedan prohibidos los contratos por los cuales se conceda un flete menor que el autorizado en la tarifa, así como condiciones diversas de las prevenidas por la ley, salvo los casos previstos por la misma; la devolución de todo o parte del flete convenido, cuando tienda a reducir las cuotas de las tarifas, aunque sea por medio de intermediarios, tales como agentes o comisionistas del cargador (art. 57, LVGC), y los pases libres de carga o franquicias no autorizados. Asimismo, el precio de un transporte determinado en las mismas condiciones no puede ser igual ni menor para una distancia más larga que para una más corta, salvo lo previsto por la misma ley (art. 61, LVGC).

Elementos formales

El contrato de transporte terrestre es un contrato de carácter consensual¹⁸ por oposición al real y también en cuanto al formal, ya que el contrato existe desde el momento en que hay acuerdo de voluntades entre las partes, aun cuando no se haya pagado el flete ni entregado las mercancías. Ni la LVGC ni las leyes mercantiles exigen que el transporte se haga constar por escrito, por lo que el consentimiento puede otorgarse verbalmente. En efecto, la existencia de la carta de porte y la obligación que tanto el CCo (art. 581) como la LVGC (art. 66) y demás ordenamientos relativos imponen a los transportistas de expedir la carta de porte, conocimiento de embarque, guía aérea, boleto, factura o documento similar que contenga las condiciones del transporte, no implica que el contrato de transporte sea formal ni que deba constar por escrito, ni que dicho documento constituya el contrato de transporte por escrito, porque la carta de porte es expedida y firmada únicamente por el transportista y no por el cargador; en ella no aparece la constancia del consentimiento de este.

No obstante que la ley señala que la carta de porte constituye el título legal del contrato entre el cargador y el porteador, por cuyo contenido se decidirán las cuestiones que concurren sobre su ejecución y cumplimiento, y aunque en la práctica la redacción y la entrega de la carta de porte sean concomitantes a la perfección del contrato, ello no significa que dicha carta de porte sea un requisito formal del contrato ni que este deba constar por escrito, sino que esa carta constituye solo una prueba de la existencia del negocio jurídico, así como de la entrega de las mercancías al transportista para su traslado al lugar pactado en el contrato y señalado en dicho documento.

El art. 600, fracc. IV, del CCo impone al porteador la obligación de entregar la carga en los puntos convenidos al que le presente el documento, y en el párrafo segundo del art. 583 señala que cumplido el transporte, contra la recepción de las mercancías el porteador debe recibir la carta de porte por él expedida, de donde resulta que dicha carta no constituye el contrato sino la prueba del recibo de las mercancías y de la existencia del contrato, ciertamente de carácter privilegiado tanto para el cargador como para el transportista, en la medida en que es el título legal del contrato por cuyo contenido se deciden las controversias en torno a la ejecución y el cumplimiento del contrato. La función probatoria de la carta de porte se extiende a la existencia del contrato, ya que es un reconocimiento de las

obligaciones contractuales, pero también puede probarse por otros medios; a la descripción de las mercancías, salvo error o falsedad; al recibo de dichas mercancías por el transportista, y a las demás condiciones del contrato, salvo error o falsedad.

Como se dijo, y a diferencia del conocimiento de embarque, dicho documento no constituye un título representativo de mercancías; por ello, el párrafo tercero del mismo art. 583 del CCo previene que en caso de extravío de la carta de porte u otra causa, cuando el consignatario no pueda devolver, en el acto de recibir los géneros, la carta de porte que hubiere recibido suscrita por el porteador, bastará con que le extienda y entregue un recibo de las mercancías entregadas, produciendo en tal caso dicho recibo los mismos efectos que la devolución de la carta de porte. Si la carta hubiere sido extendida a la orden o al portador, el recibo se extenderá con los mismos requisitos establecidos para esos documentos.

Sin embargo, la Norma Oficial Mexicana NOM-125-SCFI-1998, relativa a los requisitos mínimos de información para la prestación de servicios de autotransporte de carga¹⁹ que, como su nombre indica, establece diversas disposiciones a las que deben sujetarse los portadores en el transporte de carga terrestre (autotransporte de carga), exige que antes de la celebración del contrato de transporte de carga el porteador, además de informar por escrito al cargador el tipo de vehículo en que habrá de realizarse el servicio, debe dar a conocer la duración de la operación; el precio total, incluidas maniobras de carga y descarga y seguros; el momento en el que deba hacerse el pago del flete; las garantías ofrecidas para responder por la demora, pérdida o averías, así como los procedimientos de reclamación; los costos que se originen cuando la carga no se reciba en el domicilio señalado y los procedimientos para recogerla, además de advertirle sobre la conveniencia de que declare el valor de sus bienes en el contrato de adhesión o carta de porte; por último, dicha norma exige a los portadores el registro de los contratos que al efecto utilicen ante la Profeco.

En efecto, conforme a dicha norma oficial, los contratos deben ser inscritos previamente en la Profeco y adquieren el carácter de adhesión. Dichos contratos deben contener, cuando menos, el nombre, razón o denominación y domicilio tanto del porteador como del cargador; el objeto del contrato, especificando si el servicio es local o foráneo; la designación y condiciones de los bienes que van a transportarse; el lugar, la fecha y la hora de recepción y entrega de la carga; los

datos de la póliza de seguro contratada; las garantías y las penas convencionales en caso de incumplimiento del contrato por cualquiera de las partes.

La NOM exige que el porteador señale el precio total del transporte en el contrato de adhesión o en carta de porte y que entregue una copia de este documento al cargador. Los operadores que realicen el servicio en nombre del prestador deben identificarse ante el consumidor previo a cualquier maniobra de carga de los bienes por trasladarse.

Terminación del contrato

El contrato de transporte terrestre puede terminar por cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato, pero también por voluntad de alguna de las partes, por incumplimiento en las obligaciones de una de ellas o por causas no imputables a las partes. En efecto, el art. 578 del CCo señala que el contrato de transporte terrestre de mercancías –y el fluvial– pueden ser rescindidos por voluntad de alguna de las partes o por caso de fuerza mayor; así, el cargador puede dar por terminado el contrato, sin causas imputables al porteador, tanto antes como después de iniciado el transporte. En el primer caso, el cargador debe pagar al porteador la mitad del porte convenido; en el segundo, la totalidad del precio, y en ambos casos tiene la obligación de recibir las mercancías en el punto y en el día en que la rescisión se verifique; si no cumple con tales obligaciones, la ley dice que no se tendrá por rescindido el contrato.

Asimismo, el contrato de transporte quedará rescindido, según el art. 579 del CCo, “de hecho”, antes de emprenderse el viaje, o ya concluido, si sobreviniere algún suceso de fuerza mayor que impidiera su verificación o continuación, como una declaración de guerra, prohibición de comercio, intercepción de caminos u otros análogos. Esa rescisión de hecho implica la posibilidad para las partes de continuar con el contrato una vez superado el evento de fuerza mayor, así como el derecho unilateral del porteador para optar por la rescisión o por la continuación del viaje (art. 591, fraccs. III y IV, CCo).

En el caso de que se opte por la rescisión, cada una de las partes asume los gastos que hubiere hecho, si el viaje no se ha iniciado, y si está en curso, el porteador tendrá derecho a que se le pague del porte la parte proporcional respectiva del trayecto recorrido y la obligación de presentar las mercancías para

su depósito ante autoridad judicial del punto en que ya no le sea posible continuarlo, a disposición del cargador con la constancia del estado que guardan las mercancías (art. 580, CCo).

Finalmente, en caso de incumplimiento de alguna de las partes, la que haya dado cumplimiento al contrato tiene derecho a exigir la rescisión del mismo o su cumplimiento forzado, y en ambos casos el pago de los daños y perjuicios ocasionados (art. 1949, CCF).

Transporte marítimo

Concepto

A diferencia del CCo, la LNCM (art. 128) sí define al contrato de transporte marítimo y menciona que es aquel por el cual el naviero o el operador se obligan ante el embarcador o cargador, mediante el pago de un flete (*freight*), a trasladar la mercancía de un punto a otro y entregarla a su destinatario o consignatario. En el caso del transporte marítimo, el concepto de mercancías (*goods*) se refiere a la totalidad o a una parte del cargamento recibido por el porteador e incluye cualquier contenedor,²⁰ *trailer*, tanque transportable, *flat* o plataforma de carga o cualquier otro artículo similar que sea utilizado para consolidar los bienes objeto del transporte.

Nuestra LNCM exige en su art. 129 que el contrato de transporte marítimo conste en un documento denominado *conocimiento de embarque (bill of lading)*, que debe expedir la empresa naviera o el operador (*carrier*) al embarcador (*merchant*),²¹ el cual será además un título representativo de las mercancías y un recibo de las mismas a bordo de la embarcación, o bien mediante la expedición de otros documentos, como el documento de transporte multimodal.

No obstante esta exigencia, el contrato de transporte marítimo también es un contrato consensual, por las mismas razones expuestas en relación con el contrato de transporte terrestre. En la práctica, dicho requisito de forma es colmado por las partes mediante el conocimiento de embarque, la póliza de embarque o el documento del transporte multimodal, que contienen los términos y las condiciones del contrato.

Como se ha dicho, el transporte en general ha sido objeto de múltiples reglamentaciones, tanto en el ámbito nacional como en el internacional; en el marítimo destacan, entre otros, además de los ya mencionados: el Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimiento de Embarque, firmado en Bruselas el 25 de agosto de 1924, o Reglas de La Haya (*Hague Rules*); la convención internacional antes citada, corregida por el protocolo firmado en Bruselas el 23 de febrero de 1968, o Reglas de Visby (*Hague Visby Rules*); el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, aprobado en Hamburgo el 31 de marzo de 1978, o Reglas de Hamburgo (*Hamburg Rules*), y el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Multimodal Internacional de Mercancías, del 24 de mayo de 1980.

El conocimiento de embarque

Una de las instituciones más importantes del transporte marítimo es el conocimiento de embarque, el documento que expide la empresa naviera o el operador del transporte y que constituye un título representativo de mercancías, recibo de estas a bordo de la embarcación y título legal del contrato. Desde que el porteador recibe las mercancías debe expedir un recibo para embarque, y en cuanto las embarque debe expedir el conocimiento de embarque (art. 131, LNCM). Las diferencias entre ambos son varias; las principales son que mientras el primero no es título representativo de mercancías, el segundo sí lo es, y que el recibo para embarque solo prueba la existencia de las mercancías y que estas quedaron en custodia del porteador; en cambio, el conocimiento de embarque prueba que las mercancías fueron embarcadas.

Entre los documentos emitidos tradicionalmente para instrumentar contratos de transporte, el conocimiento de embarque adquiere relevancia fundamental. Su significación inicial de simple recibo de mercancías embarcadas en un buque se amplió a finales de la Edad Media, cuando el capitán del buque expresó que entregaría las mercancías al legitimado por la presentación del documento, y entonces se convirtió en un documento representativo de las mismas.²² De esta forma, el conocimiento de embarque asume tres funciones reconocidas mundialmente: *a)* es un documento probatorio de la carga, *b)* un documento probatorio de la existencia de un crédito a la restitución de las mercancías

embarcadas, y c) un título representativo de las mercancías.

El art. 129 de la LNCM señala que el conocimiento de embarque tiene esa característica de título representativo de mercancías, razón por la cual, conforme al art. 19 de la LGTOC, atribuye a su poseedor legítimo el derecho exclusivo a disponer de las mercancías que en ellos se mencionen. La reivindicación de las mercancías así representadas solo puede hacerse mediante la reivindicación del título mismo; el secuestro o cualquier otro vínculo sobre el derecho consignado en el título, o sobre las mercancías por él representadas, no surtirá efectos si no comprende el título mismo (art. 20, LGTOC).

El art. 131 de la LNCM establece los requisitos que debe contener el conocimiento de embarque: *a)* el nombre y domicilio de la empresa naviera o del operador y del cargador (lógicamente, si se trata de una persona moral, su denominación o razón social); *b)* el nombre y domicilio del destinatario o la indicación de ser a la orden (igualmente si es, como en la práctica ocurre a menudo, una persona moral, denominación o razón social); *c)* nombre y nacionalidad de la embarcación, viaje y número del conocimiento de embarque; *d)* especificación de los bienes con las circunstancias que sirvan para su identificación; *e)* el valor del flete; *f)* indicación de si el flete es pagado o por pagar; *g)* la mención de los puertos de carga o de destino; *h)* la mención de la modalidad del transporte; *i)* el señalamiento del sitio en que las mercancías deberán ser entregadas al destinatario; y *j)* el clausulado correspondiente a los términos y condiciones en que las partes se obligan para el transporte por agua.*

Pueden expedirse varios ejemplares del conocimiento de embarque para la operación del transporte y, en su caso, la transmisión de las mercancías; así, o se exigen todos para entregar las mercancías o se pacta que a la entrega de uno los demás pierden su función representativa. Quien posee la totalidad de los ejemplares expedidos del conocimiento de embarque tiene derecho a exigir la entrega de las mercancías, girar instrucciones sobre ellas, variar la consignación o su lugar de entrega. Las Reglas y Usos Uniformes sobre Créditos Documentarios, cuya última revisión data del 23 de abril de 1993,²³ se refieren en su art. 23 al conocimiento de embarque como el documento que puede servir de base para el crédito documentario.

Las nuevas técnicas de transporte, fundamentalmente el uso de contenedores o paletas (recipientes cerrados de tipos y dimensiones normalizados que facilitan

las operaciones y mejoran y aseguran la conservación de las mercancías), así como el empleo de buques o maquinarias auxiliares que acortan la duración de los viajes, han reducido la utilidad práctica del conocimiento de embarque en amplios sectores del transporte marítimo, dada la dificultad surgida para los capitanes de buques de realizar declaraciones sobre la cantidad y el estado de mercancías, así como la dificultad del propietario de las mercancías de contar con el título representativo de las mismas para su recuperación, título que muchas veces llega después que estas. Por ello se ha buscado la utilización de otros medios que lo sustituyan, aunque existen sectores marítimos que no se ven afectados tan severamente por los cambios tecnológicos y siguen requiriendo el conocimiento de embarque, como ocurre en los transportes de crudos, que solo pueden negociar con el conocimiento de embarque, y con el transporte de granos o carbón, en el transporte en buques *tramp* y en el de mercancías cuyo pago se hace bajo crédito documentario.

Guillermo Jiménez Sánchez señala que actualmente los cambios producidos por las modernas técnicas de transporte han reducido la utilidad del conocimiento de embarque en amplios sectores del tráfico marítimo, en virtud de la dificultad de los capitanes para declarar sobre la cantidad y el estado de las mercancías recibidas a bordo o incluso respecto de su existencia, máxime si se trata de mercancías transportadas en contenedores; así como por el escaso interés de los cargadores para disponer, mediante el título representativo, de las mercancías que se encuentran en tránsito, sobre todo cuando se trata de viajes de corta duración, en ocasiones inferior al tiempo que tarda en llegar el conocimiento de embarque a su destino.²⁴ Ello ha provocado la sustitución del conocimiento de embarque por otros documentos más acordes con las exigencias de navegación y del comercio. No obstante, como expresa Agustín Madrid Parra,²⁵ la utilización del conocimiento de embarque sigue teniendo vigencia, sobre todo en los casos en que el contrato de transporte u otros contratos como la compraventa requieran la exigencia de dicho conocimiento de embarque, como ocurre cuando se exige el pago del flete mediante crédito documentario, así como los transportes en que el cargador precisa disponer de las mercancías durante el viaje sin necesidad de tener físicamente las mismas.

En razón de que el conocimiento de embarque constituye un título representativo de las mercancías, el porteador debe necesaria y únicamente entregarlas a quien sea el legítimo tenedor del documento,²⁶ lo que no ocurre con otros documentos

que también se expiden por el porteador para trasladar las mercancías, como la carta de porte, la cual, si bien concede el derecho a recibir las mercancías, no es el documento necesario para obtenerlas, puesto que el porteador cumple entregando las mismas a quien se identifique como la persona designada en la carta de porte, aunque no sea su tenedor.

En la práctica del transporte marítimo aparecen, al lado del conocimiento de embarque (*bill of lading*, *container bill of lading*), algunos documentos denominados también *conocimientos de embarque*, los que, sin embargo, no contienen todos los datos exigidos por la ley, como los *short form bill of lading* y los *blank back bill of lading*, cuyo texto remite a las condiciones que figuran en los *long form bill of lading*, por lo regular depositados en el establecimiento del porteador; así como los *tramp bill of lading* para el transporte de graneles y cuyo contenido se integra con el de las pólizas de fletamento que acreditan la existencia de un contrato de fletamento (arrendamiento de embarcaciones); instrumentos con cuya presentación los cargadores o las personas a las que estos transmiten el correspondiente derecho pueden reclamar la entrega de las mercancías embarcadas; Jiménez Sánchez califica a todos estos de *títulos de crédito imperfectos*.²⁷ Asimismo, los recibos para embarque y los denominados *destination bills of lading* no son títulos de crédito; los primeros solo acreditan el recibo de las mercancías, y los segundos son remitidos por los porteadores a los destinatarios en los lugares de llegada de las mercancías transportadas.

Los siguientes no son títulos representativos de mercancías: la declaración o solicitud de embarque (*shipping note*), por la cual el cargador dirige al porteador una propuesta de contrato; la orden de embarque (*shipping order*), por la cual el porteador acepta la propuesta del contrato y se perfecciona el contrato (incluida una orden “admítase a bordo” al capitán para que reciba las mercancías indicadas; la nota de reserva (*booking note*), que contiene las dos anteriores, como ocurre en el modelo uniforme de *lines booking receipt* o *Line Booking*; las órdenes de entrega propia (*delivery orders*), que son títulos fraccionarios del conocimiento, usados para venta de mercancías transportadas a diversos compradores durante el viaje y que solo cuando son aceptados por el capitán asumen las mismas funciones que el conocimiento de embarque;²⁸ el recibo de embarque (*master's receipt*), que es un recibo canjeable por el conocimiento de embarque en el que se reconoce el hecho de la carga de la mercancía a bordo, o el recibo de almacén (*dock receipt*); la carta de porte (*sea waybills*, *liner*

waybills, freight receipt...), que solo acredita la existencia del contrato y el estado en que se hallaban las mercancías al tiempo de su recibo por el porteador, y que si bien confiere derecho al destinatario mencionado en ella para reclamar la entrega de las mercancías, no es necesaria su exhibición y entrega para recibir las mercancías, ya que basta que se identifique como tal para que el porteador cumpla con la entrega aun cuando no tenga en su poder dicha carta de porte, la cual, por regla general, se expide en tres ejemplares: uno para el remitente, otro para trasladar las mercancías y el tercero para el porteador.²⁹

Comoquiera que sea, en la práctica el uso del conocimiento de embarque ha dificultado la entrega de las mercancías por el porteador, en perjuicio y riesgo de este y del destinatario, ya que la llegada de los documentos al puerto de destino suele demorarse debido a su tránsito por un banco para la obtención de un crédito documentario, ya que el costo de su emisión es elevado, y la tramitación del conocimiento del embarque, así como de sus correcciones o aclaraciones, es engorrosa. Por ello se ha optado por utilizar otros medios probatorios no negociables o incluso negociables, que permitan el recibo de las mercancías sin necesidad de la exhibición del conocimiento de embarque. Así, la Cámara de Comercio Internacional ha buscado opciones al conocimiento de embarque, y desde 1933 se ha recomendado el empleo de medios alternativos, como las cartas de porte marítimas (*sea waybill, liner waybill*), que acreditan la existencia del transporte y el hecho de la carga para los casos en que no se requiere disponer de las mercancías durante el viaje, y que permiten al destinatario reclamar su entrega aun cuando no exhiba el documento, siempre que se identifique como tal o como agente autorizado del consignatario. El art. 18 de las Reglas de Hamburgo previenen que la entrega de un documento distinto del conocimiento de embarque hace presumir la celebración del contrato de transporte marítimo y la recepción por el porteador de las mercancías objeto del mismo; a su vez, el art. 5º de las Reglas Uniformes del Comité Marítimo Internacional sobre *sea waybills* atribuye valor probatorio a las mismas. Nuestra LNCM prevé la posibilidad de su emisión, así como para el transporte multimodal, en el que previene la necesidad de que se extienda en su lugar otro documento que sea o no negociable.

La carta de porte marítima

Como se ha dicho, la carta de porte es el título legal del contrato de transporte por vías terrestres, fluviales o aéreas, y goza de un privilegiado valor probatorio, en tanto que acredita el estado en que se encontraban las mercancías cuando fueron entregadas, así como el valor para el caso de pérdida; su utilización se ha visto favorecida en el transporte marítimo (*sea waybills*), sobre todo en el caso del transporte multimodal “puerta a puerta” (de cargas unificadas en contenedores o paletas), por los inconvenientes del conocimiento de embarque, así como por las nuevas técnicas del transporte, la disminución del tiempo de duración de los viajes, el hecho de perder el sentido tradicional de disponer de las mercancías en ruta que algunos de los documentos atribuyen a sus titulares y la imposibilidad de la certeza sobre el número, cantidad y naturaleza de las mercancías entregadas al transportista en contenedores sin la posibilidad de verificar las mismas, y como consecuencia la incertidumbre de la veracidad de lo declarado por el cargador frente a la responsabilidad del porteador.

Se trata de reconocer las ventajas de la carta de porte y estimular su uso en lugar del conocimiento de embarque en los casos en que no es necesario negociar las mercancías durante el viaje y, como consecuencia, la necesidad de no exigir la expedición de un documento negociable cuando no se van a negociar las mercancías, así como de reconocer los inconvenientes, costos y riesgos del conocimiento cuando este no llega a tiempo para recibir las mercancías o cuando se tiene como garantía de créditos documentarios.

Por supuesto que ofrecen menor garantía a los bancos y no permiten instrumentar la transmisión de mercancías. El uso de este documento otorga la posibilidad de contar con un instrumento en el cual se incorporan cláusulas de no negociabilidad del documento. No son títulos representativos de mercancías, no son negociables, pero acreditan la existencia de la mercancía y el hecho de la carga y sirven como recibo de las mercancías por el operador. Como consecuencia, no pueden ser usadas para transferir la titularidad.

Puesto que no constituye un título representativo de mercancías, el porteador se libera entregando las mercancías al destinatario, quien debe acreditar ser el inicialmente designado. Para algunos autores, se trata de un documento de legitimación que libera al porteador luego de cumplir la entrega frente al legítimo tenedor del documento, pero la liberación se da cuando se entrega al destinatario inicialmente designado.

El documento de transporte multimodal

La LNCM (art. 129) previene que en los servicios de transporte multimodal en que un segmento sea de transporte marítimo, el operador deberá expedir el documento en que conste el contrato celebrado en el momento en que tome las mercancías bajo su custodia, mismo que podrá ser o no negociable, a elección del expedidor.

En estos transportes suelen expedirse conocimientos directos (*through bill of lading, durchkonnossement, connaissance direct o póliza directa*), que son los títulos expedidos por transportes efectuados por una pluralidad de porteadores marítimos o de varios porteadores, uno de ellos marítimo, que incorporan el derecho de entrega de las mercancías, salvo en el transporte con reexpedición o en los que el porteador solo asume responsabilidad por la fase del transporte que realiza.

El documento de transporte multimodal (DTM) es el que expiden los operadores de los transportes de esta naturaleza, en los que existen varios medios de transporte sujetos a distintos regímenes jurídicos y en los cuales un solo porteador responde del transporte por entero. El Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Multimodal (CTM)³⁰ faculta al cargador para determinar el carácter negociable o no del documento de transporte multimodal, al igual que los arts. 2.6 y 6.2 de las reglas de la UNCTAD y la Cámara de Comercio Internacional relativas a los Documentos de Transporte Multimodal.³¹ El documento de transporte multimodal es el que entrega el operador del transporte multimodal al cargador; dicho documento es autónomo e independiente de los títulos singulares correspondientes a cada una de las fases de la operación, y conceden a sus titulares legítimos el derecho para recibir o disponer de las mercancías (art. 18, RTMI). El art. 1.4 del CTM lo define como el documento que hace prueba de un contrato de transporte multimodal y acredita que el operador del transporte ha tomado las mercancías y se ha comprometido a entregarlas según las cláusulas de ese contrato.

Dichos documentos prueban la existencia del contrato multimodal y acreditan que el operador ha tomado las mercancías bajo su custodia y se ha comprometido a entregarlas según las cláusulas del contrato; pueden ser negociables y entonces constituyen un título representativo, o no negociable (arts. 5.1 y 6.2, CTM), documentos nominativos, comprobatorios del transporte

cuya entrega se hace a quien aparezca como destinatario o a la persona designada por el remitente (son simplemente cartas de porte multimodal o *waybills*).

Representaciones informáticas o electrónicas

En virtud de la complejidad y celeridad del comercio marítimo se reconoce la necesidad de utilizar conocimientos de embarque electrónicos o DTM de esta índole, en donde se hace la transmisión computarizada o por medios electrónicos, con el reconocimiento de la equivalencia funcional entre el mensaje de datos y el papel, cuyos antecedentes se manifiestan en una sociedad de Delaware (*sea docs*) constituida entre el Chase Manhattan Bank y asociaciones de transportistas marítimos que facilitaba la negociación electrónica del conocimiento de embarque. Así, el porteador emitía el conocimiento de embarque y se retiraba de circulación inmediatamente mediante su depósito en la sociedad, la que se constituía en depositaria y registradora de todas las operaciones por claves, actuaba como agente de todos los interesados, endosaba documentos y los entregaba al destinatario definitivo.

La *Ley Modelo sobre Comercio Electrónico*, aprobada el 12 de junio de 1996 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o Uncitral),³² admite el reconocimiento de los conocimientos de embarque electrónicos, la transmisión electrónica de derechos en relación con el transporte marítimo, al igual que las Reglas de Hamburgo. Asimismo, las Reglas del Comité Marítimo Internacional Relativas al Conocimiento Electrónico de Embarque, de 1990, admiten la creación de estos conocimientos por el porteador, quien actúa como registrador de las negociaciones sobre las mercancías contenidas en ellos; dichas reglas, aunque no derogan los convenios internacionales, pueden ser aceptadas por las partes de un contrato de transporte marítimo.³³ Después de confirmar al cargador la operación y de recibir las mercancías, el porteador envía un mensaje de recibo al cargador a su dirección electrónica con indicación de la cantidad, calidad, estado, fecha, lugar, más un código cifrado (clave secreta) que sirve para verificar la autenticidad e integridad de las instrucciones. En tal caso, el tenedor tendrá el control de la mercancía. El cargador conforma su acuerdo con los datos, pero mientras no la envía no es tenedor. Si el tenedor desea transmitir las mercancías, debe comunicar al

porteador; este confirma; el porteador le informa al nuevo adquirente y este confirma, en cuyo caso se le asigna una nueva clave o llave privada por la cual se constituye el nuevo tenedor, legitimado para disponer de las mercancías.

Responsabilidad contractual y responsabilidad objetiva y cobertura del porteador

Responsabilidad del porteador. Tanto en el ámbito nacional como en el internacional, las obligaciones del transportista derivadas del contrato se resumen en trasladar las mercancías y hacerlas llegar al destinatario en el lugar convenido, en buen estado, tal como las recibió y dentro del término previsto. Por tanto, el transportista es responsable de las mercancías que transporta, del cuidado y conservación de las mismas bajo su exclusiva responsabilidad, desde que las recibe hasta que las entrega al consignatario, quedando por ende obligado a pagar las pérdidas o averías de las mismas (arts. 590, CCo, y 71, LNCM), así como el retraso en su entrega.

Se considera que el transportista entrega las mercancías cuando están en poder del destinatario o a su disposición (según el contrato, la ley o la costumbre), o en poder de un tercero o autoridad a quien deban entregarse conforme a la ley. Se presume que han sido entregadas de acuerdo con el conocimiento cuando se retiran, a menos que se avise por escrito a más tardar en ese momento de las pérdidas o daños sufridos, o de tres días si no son aparentes. En caso de que no se entregue la mercancía en el plazo o términos convenidos, o que haya pérdida o averías en la misma, el transportista queda sujeto a responsabilidad, la cual se determina conforme a las leyes de cada estado o los tratados internacionales.

El porteador responde del retraso en la entrega (art. 84, LVGC), caso fortuito o fuerza mayor, si no prueba esas causas; por los daños a las mercancías debidos a su culpa o negligencia (arts. 74, 76, 78 y 80, LVGC, y 68, *Reglamento del Servicio Ferroviario*), y por pérdidas de las mercancías debidas a su culpa o negligencia.

Conforme a la LVGC, el retraso en el transporte nacional por causas imputables a la empresa dará lugar a la devolución parcial o total del porte cobrado, en la forma y términos que establezca el reglamento respectivo, y al pago de los perjuicios inmediatos correspondientes; en cambio, para el transporte marítimo nuestra LNCM previene que para el periodo de responsabilidad del naviero u

operador, así como para el régimen de responsabilidad de este y para su limitación cuantitativa por la misma, se estará a lo dispuesto por los tratados internacionales en la materia; aunque México no ha ratificado ni el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías (Hamburgo, 1978), aún sin entrar en vigor, ni el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo (Nueva York, 2008, "Reglas de Rotterdam"), este último fue adoptado por la Asamblea General de la ONU el 11 de diciembre de 2008, aunque tampoco ha entrado en vigor debido a que se requieren 20 ratificaciones, y a la fecha solo Congo, Dinamarca y Togo lo han hecho. Según las Reglas de Rotterdam, el periodo de responsabilidad del porteador por las mercancías comienza cuando este o una parte ejecutante reciba las mercancías para su transporte, y termina en el momento de su entrega (art. 12).

Dichas Reglas de Rotterdam previenen (art. 17) que el porteador será responsable de la pérdida o el daño de las mercancías, así como del retraso en su entrega, si el reclamante prueba que la pérdida, el daño o el retraso, o el hecho o circunstancia que lo causó o contribuyó a causarlo, se produjo durante el periodo de responsabilidad del porteador.

Un aspecto importante por considerar es que nuestros ordenamientos aplicables conservan la reglamentación severa para el transportista en el sentido de que este debe responder de cualquier pérdida o avería de las cosas transportadas, a menos que pruebe haber mediado causa de fuerza mayor. Todos los demás hechos, aun los independientes de la culpa del transportista, no lo liberan de responsabilidad. La LVGC, en su art. 81, establece la presunción de que la mercancía no entregada dentro de los 30 días siguientes a la conclusión del plazo en que debió entregarse se considera pérdida, y, en consecuencia, hay responsabilidad del transportista.

La responsabilidad del transportista en casos de pérdidas o averías, salvo pacto en contrario, comprende la obligación de pagar el valor declarado de las mercancías en el lugar y día de la entrega para su transporte y los daños conforme al CCo (art. 80, LVGC). Dicho ordenamiento impone la obligación de pagar por las pérdidas o averías el precio que a juicio de peritos tuvieran las mercancías en la fecha en que debieron entregarse (art. 590, fracc. IX, CCo). De acuerdo con la doctrina, existe pérdida de la mercancía no solo cuando la misma perece, sino en cualquier caso en que el transportista no puede entregarla, ya sea porque se destruyó, porque se entregó diversa mercancía o porque se haya

sustituido,³⁴ etc. En todo caso, es al transportista a quien incumbe la prueba de la entrega y, en su caso, su exoneración.

Nuestro CCo impone la carga de la prueba al transportista respecto de que las mercancías fueron perdidas o averiadas sin su culpa. En el mismo sentido, las Reglas de La Haya, al igual que las Reglas de Hamburgo, a las que se sujeta el conocimiento de embarque, prevén la responsabilidad del transportista por las pérdidas, daños o retraso en las mercancías, salvo que pruebe que él, sus empleados o agentes adoptaron todas las medidas que razonablemente podrían exigirse para evitar el daño y sus consecuencias. Como señala Rafael Ortiz Illescas,³⁵ con las Reglas de Hamburgo se establece un cambio en relación con las reglas de La Haya respecto de la disciplina de responsabilidad del porteador, ya que mientras en las Reglas de La Haya se establece una lista de causas de exoneración del porteador y la carga de la prueba al cargador sobre la negligencia del porteador, en las Reglas de Hamburgo (art. 5º) se establece la atribución categórica de responsabilidad del porteador y la carga de la prueba a este de su diligencia razonable como única posibilidad de exonerarse de responsabilidad por pérdida, daño o retardo en la entrega, de suerte que solo se libera de su responsabilidad cuando pruebe la adopción de todas las medidas que razonablemente podrían exigirse para evitar el hecho dañoso y sus consecuencias, sin que se pase de la responsabilidad por culpa a la responsabilidad objetiva; esto es, si el porteador entrega mercancías dañadas al destinatario y las recibió en buen estado del cargador, dicho porteador debe responder del daño, salvo que pruebe su diligencia. En el mismo sentido se manifiesta el art. 16 del Convenio de Naciones Unidas sobre Transporte Multimodal.

De acuerdo con lo anterior, las Reglas de La Haya, al igual que las de Hamburgo, a las que por lo general se sujeta el conocimiento de embarque, prevén la responsabilidad del transportista por las pérdidas, daños o retraso en las mercancías, con la diferencia que en las segundas el transportista que pretenda exonerarse de responsabilidad debe probar que él, sus empleados o agentes adoptaron todas las medidas que razonablemente podrían exigirse para evitar el daño y sus consecuencias, lo que acontece incluso también para el transporte por carretera, en el que el tratado internacional de la materia prevé la exoneración de responsabilidad de transportista cuando pruebe que el daño se causó por circunstancias inevitables o imposibles de prever, o por riesgos

especiales previstos.

La responsabilidad del transportista en casos de pérdidas o averías, conforme a nuestra legislación, comprende, salvo pacto en contrario, la obligación de pagar el valor declarado de las mercancías en el lugar y día de la entrega para su transporte y los daños según el CCo. Este impone la obligación de pagar por las pérdidas o averías el precio que tuvieran las mercancías en la fecha en que debieron entregarse. De acuerdo con dicho ordenamiento, el porteador debe pagar la indemnización prevista o los perjuicios ocasionados al cargador, en caso de retardo que le sea imputable con deducción, en su caso, del flete, así como los ocasionados por su culpa o porque no se dé cumplimiento al contrato (art. 590, fraccs. VI y X, CCo).

Debe también pagar las pérdidas o averías de las mercancías con arreglo al precio que a juicio de peritos tuvieran las mercancías en el día y lugar en donde debió hacerse la entrega tomando en cuenta las indicaciones de la carta de porte, a menos que alegue no tener responsabilidad en esos acontecimientos, en cuyo caso deberá probar que las pérdidas o averías no han sido por su culpa o negligencia (art. 590, fraccs. VIII y IX, CCo). Según el art. 84 del RAFA, la indemnización que debe pagar el porteador en caso de pérdida o daño de la carga será equivalente al valor declarado de la carga y, en su defecto, a lo previsto por la LCPAF. En caso de daño o pérdida parciales, el porteador deberá cubrir el importe parcial que corresponda conforme el valor declarado (art. 85, RAFA).

En este punto, tanto nuestra ley como los convenios internacionales prevén el derecho del porteador para establecer reservas en el documento, las cuales le permiten negarse a hacer suyas y suscribir las declaraciones descriptivas del cargador respecto de las mercancías (art. 15, RTMI), con objeto de dejar clara su responsabilidad acerca del estado, cantidad o calidad de las mercancías objeto del transporte. Cuando el porteador sepa o tenga sospechas de la inexacta declaración del cargador o incluso de la inexistencia de la mercancía, o carezca de medios razonables para verificar esos datos, puede incluir una reserva en el documento que expide en la que se especifiquen tales inexactitudes, lo que sucede con frecuencia en el caso del transporte en contenedores, en donde el porteador no puede abrir la carga, y se incluyen reservas como la de “dice contener según el cargador”. Se trata de reservas de desconocimiento que, aunque disminuyen el valor probatorio del conocimiento de embarque, no lo ensucian para los efectos de las Reglas y Usos Uniformes sobre Créditos

Documentarios (arts. 31 y 32), ya que no se trata de una anotación de mercancías defectuosas que permita a los bancos negarse a pagar por la inconformidad aparente de los documentos.

Conforme a nuestro CCo (art. 592), la responsabilidad del porteador se extingue por el recibo de mercancías sin reclamación o por el transcurso de seis meses en los transportes dentro de la República, y el de un año fuera de ella. Existe una tendencia internacional de limitar la responsabilidad del porteador (por acuerdo de las partes o por ley) a una cantidad o porcentaje determinados, supuestos en los que dicho transportista está exento de esa responsabilidad, ya sea porque haya probado que el hecho es ajeno a su culpa o negligencia, o bien porque haya causas imputables por ley al cargador o destinatario, o por acuerdo; aunque nuestro CCo no la ha incorporado, sí la LNCM, *que asume como propios los tratados internacionales*. Conforme a la LVGC (art. 69), las empresas de transporte no tienen derecho a limitar su responsabilidad, salvo en los casos previstos por la ley o por convenio dentro de los límites de dicha ley.

De acuerdo con la LVGC (art. 69), solo de manera excepcional el porteador puede limitar su responsabilidad: *a)* en el caso de pérdida de la mercancía, cuando la tarifa o cuota sea reducida (más baja que las ordinarias), al pago de un valor menor al real de la mercancía, y *b)* en el caso de retardo de la entrega, cuando la tarifa sea reducida, la empresa puede quedar relevada de responsabilidad o limitar dicha responsabilidad. En cambio, conforme a la LNCM (art. 134), para el periodo de responsabilidad del naviero u operador, así como para el régimen de responsabilidad de este y para su limitación cuantitativa por la misma, se estará a lo dispuesto por los tratados internacionales en la materia. La *Ley de Caminos, Puentes y Autotransporte Federal* (LCPAF) establece en su art. 66 las causas de exención de responsabilidad: por vicios propios de la cosa o embalajes inadecuados; cuando la carga por su propia naturaleza sufra deterioro o daño total o parcial; cuando los bienes se transporten a petición escrita del remitente en vehículos descubiertos, siempre que por la naturaleza de los mismos debieran transportarse en vehículos cubiertos o cerrados; por falsas declaraciones o instrucciones del cargador, del consignatario o destinatario de los bienes o del titular de la carta de porte. En caso de que no se declare el valor de las mercancías, la responsabilidad se limita al equivalente a 15 días del salario mínimo general vigente, por tonelada o la parte proporcional que corresponda tratándose de embarques de menor peso.

Este mismo ordenamiento prevé que en caso de que el cargador pretenda que el porteador responda incluso por caso fortuito o fuerza mayor, debe declararse el valor de las mercancías y pagar un cargo adicional (art. 67, LCPAF).

Responsabilidad objetiva y cobertura. Además de la responsabilidad del porteador, que asume mediante el contrato de transporte por el retraso de la entrega, por los daños, pérdidas o averías de las mercancías transportadas, también es responsable por los daños que cause con los vehículos en los cuales transporta las mercancías, por el hecho mismo de las cosas, por el solo hecho de usar un mecanismo peligroso, por la velocidad que desarrolla el automóvil, casos en que se engendra la obligación para su propietario de pagar el daño que se cause, con total abstracción de si la conducta es lícita o ilícita y de que el propietario reciba o no un beneficio preponderantemente económico.

En efecto, el art. 1913 del CCF señala que la responsabilidad objetiva opera cuando una persona, haciendo uso de mecanismos peligrosos, causa un daño a otra, y tiene la obligación de repararlo aun cuando no obre ilícitamente. La definición que el CCF sustenta considera la causa como elemento esencial de la responsabilidad objetiva. Esto es, como expuso la extinta Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: “La responsabilidad objetiva, según el artículo 1913 del Código Civil, sobreviene al hacer uso de mecanismos peligrosos que causen daño y obliga al propietario de los mismos a responder del daño, pero el precepto debe entenderse en el sentido de que el daño es causado por el mecanismo de una manera que permita establecer una relación de causalidad entre su funcionamiento y el daño.”³⁶

La reparación del daño, según el art. 1915 del CCF, debe consistir en el restablecimiento de la situación anterior a él, y solo cuando esto no sea posible, la obligación se traducirá en el pago de daños y perjuicios. Sin embargo, como el daño puede ocasionarse directamente a la víctima en su integridad física y también en su patrimonio, la reparación del daño en un aspecto podrá consistir en el pago de los daños y perjuicios por no poderse restablecer la situación anterior al daño, y el otro aspecto podrá consistir en ese restablecimiento cuando sea posible.

Por lo que respecta a la reparación del daño en la integridad física, esta debe consistir en el pago de todas las cantidades que gastó para lograr el restablecimiento de su salud, y si no lo logró totalmente, también deberá

pagársele la indemnización por las incapacidades que le hayan quedado como consecuencia del accidente; en cuanto a los daños en su patrimonio, la reparación deberá consistir en el restablecimiento de la situación anterior para que no sufra menoscabo. Solo se releva de responsabilidad al propietario del bien cuando no exista relación de causalidad entre el daño y el objeto peligroso o cuando exista culpa o negligencia inexcusable de la víctima. Los elementos de la responsabilidad objetiva entonces son: a) que se use un mecanismo peligroso; b) que se causen daños; c) que exista relación de causa-efecto entre el uso de la cosa peligrosa y el daño, y d) que no exista culpa inexcusable de la víctima.

Así, del análisis del art. 1913 del CCF se desprende que la responsabilidad objetiva es autónoma y no comprendida ni derivada de un contrato, pues en la responsabilidad civil objetiva los partícipes o sujetos de la misma son que el uso de mecanismos peligrosos u otras conductas análogas causa el daño y aquel al que se le causa; consecuentemente, el único responsable directo del pago de la indemnización es el sujeto activo de la conducta dañosa.

Conforme al art. 62 de la LCPAF, los portadores están obligados a proteger a los usuarios en los caminos y puentes por los daños que puedan sufrir con motivo de su uso. Dicha garantía debe ser suficiente para que el portador ampare al usuario de la vía durante el trayecto de la misma, y a los viajeros desde que abordan hasta que descienden del vehículo, y debe otorgarse según lo previene la misma ley. Se trata de garantizar la responsabilidad objetiva del portador frente a terceros, que queda sujeta a los términos de la LVGC, la LCPAF y el CCF.

El art. 68 de la misma LCPAF establece la obligación de los transportistas que prestan el servicio al público en vías generales de comunicación de garantizar los daños que puedan ocasionarse a terceros en sus bienes y personas, a las vías generales de comunicación y cualquier otro daño que pudiera generarse por el vehículo o por la carga en caso de accidente, según el reglamento respectivo, que obliga a contratar un seguro o establecer la garantía prevista por la misma ley.

El mismo ordenamiento señala que en caso de transporte de materiales, residuos, remanentes y desechos peligrosos, el seguro deberá amparar la carga desde el momento en que salga de las instalaciones del expedidor o generador hasta que se reciba por el consignatario o destinatario en las instalaciones señaladas como destino final, incluidos los riesgos que de la carga o descarga resulten dentro o fuera de las instalaciones. Al mismo tiempo, el reglamento de este ordenamiento

(art. 83) exige a los portadores contratar un seguro en los términos antes señalados.

De conformidad con lo previsto por el “Acuerdo por el que se fija la cobertura de los seguros de responsabilidad civil que deben contratar los permisionarios del servicio de autotransporte federal de pasajeros, turismo y carga, y que regulan los fondos de garantía de responsabilidad civil que pueden constituir los permisionarios del servicio de autotransporte federal de pasajeros y turismo”, los portadores deben exhibir a la SCT un contrato anual de seguro de responsabilidad civil por daños a terceros en sus bienes y personas, a las vías generales de comunicación y cualquier otro daño que pudiera generar el vehículo en caso de accidente, cuya cobertura debe ser por el equivalente a 19 mil días de salario mínimo general vigente por vehículo. En el caso de transporte de pasajeros o turismo, el Acuerdo faculta a los portadores a constituir un fondo de garantía en lugar del contrato de seguro.

Así, se distingue la responsabilidad contractual del portador, por retraso, pérdidas, averías o daños de las cosas; de la responsabilidad objetiva del mismo, por el solo uso del vehículo que transporta las mercancías; por ambos debe responder el portador conforme a los términos establecidos en las leyes.

Autoevaluación

1. Explique la mercantilidad del transporte.
2. ¿Cómo se define al transporte terrestre de cosas?
3. Señale las obligaciones del portador.
4. ¿En qué consiste el transporte multimodal?
5. Explique la naturaleza jurídica del conocimiento de embarque.
6. Explique el alcance, los límites y las exenciones de la responsabilidad del portador en relación con las mercancías objeto del transporte.

7. ¿Qué es la carta de porte marítima y cuáles son sus ventajas frente al conocimiento de embarque?
8. ¿Qué es el documento de transporte multimodal?
9. ¿En qué consiste la responsabilidad objetiva del porteador?
10. Explique cómo funcionan los conocimientos de embarque electrónicos.

- 1 Arturo Díaz Bravo, *Contratos mercantiles*, Oxford University Press, México, 2002, pp. 153 y siguientes.
- 2 Joaquín Rodríguez Rodríguez, *Derecho mercantil*, t. II, Porrúa, México, 1982, p. 240.
- 3 Cfr. Óscar Vásquez del Mercado, *Contratos mercantiles*, Porrúa, México, 1996, p. 229.
- 4 Evidentemente, cuando dichos sujetos prestan ese servicio al público se erigen en comerciantes por hacer del transporte su ocupación habitual, además de que el transporte así realizado constituye un acto de empresa reputado como mercantil por el CCo.
- 5 Cfr. Manuel Olivencia Ruiz, “La tarea unificadora en materia de transporte”, en Agustín Madrid (coord.), *Derecho uniforme del transporte internacional. Cuestiones de actualidad*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, p. 2.
- 6 Tanto intergubernamentales como no gubernamentales: a) No gubernamentales (ONG): 1. El Comité Marítimo Internacional (CMI), fundado en 1896, cuyo objetivo es unificar el derecho marítimo, y que elaboró las reglas de La Haya de 1924, que es el Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimiento de Embarque, prepara proyectos de convenciones y reglas uniformes, y 2. La Cámara Internacional de Comercio, CCI, con los Incoterms y las Reglas y Usos Uniformes para créditos documentarios; b) Intergubernamentales: 1. El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit), fundado en 1926, con sede en Roma, que prepara proyectos de convenciones internacionales, por ejemplo el CMR de 1956 sobre transporte por carretera y en el tema anexo, convención sobre la responsabilidad de los empresarios de terminales de transporte, proyecto de convenio relativo al transporte de mercancías por vía de navegación interior, de 1973 (CMN); 2. La Organización Intergubernamental para los Transportes por Ferrocarril (OITF), constituida por los Estados parte del convenio de Berna del 9 de mayo de 1980, cuyo objetivo es establecer un régimen de derecho uniforme aplicable a los transportes de viajeros, equipajes y mercancías en tráfico internacional directo entre los Estados que utilicen líneas férreas; 3. La Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), de la ONU, que patrocina convenciones de derecho aeronáutico, como los protocolos modificadores del Convenio de Varsovia y el complemento de Guadalajara en 1901 para el transporte realizado por quien no sea el transportista contratado; 4. La Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD), que preparó el Convenio sobre Transporte Multimodal Internacional de mercancía en 1980 y junto con la CCI, las reglas aplicables a sus documentos; 5. La CEE, que preparó el Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancía por carretera (CMR en 1956); y 6. La Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL), que fomenta la armonización y unificación

progresiva del derecho mercantil internacional, prepara o fomenta la aprobación de convenciones internacionales, leyes modelos y leyes uniformes. Elaboró el proyecto de convención sobre el transporte marítimo de mercancías (reglas de Hamburgo, de 1978).

- 7 Cfr. Manuel Olivencia Ruiz, *op. cit.*, pp. 17 y siguientes
- 8 Cfr. *Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario*, publicada en el DOF el 12 de mayo de 1995.
- 9 Cfr. *Ley de Caminos, Puentes y Autotransporte Federal*, publicada en el DOF el 22 de diciembre de 1993.
- 10 Cfr. *Ley de Navegación y Comercio Marítimos*.
- 11 Cfr. *Ley de Aviación Civil*.
- 12 Cfr. Joaquín Garrigues, *Curso de derecho mercantil*, t. II, Porrúa, México, 1981, p. 206, quien se refiere al contrato combinado como un solo contrato, con una sola carta de porte y una pluralidad de porteadores que responde directamente frente al cargador de la íntegra ejecución del contrato.
- 13 Cfr. Alberto Asquini, *Del contrato de transporte*, t. I, de la obra de L. Bolaffio, A. Rocco y C. Vivante, *Derecho comercial*, Ediar Editores, Buenos Aires, 1949, p. 112.
- 14 Alberto Díaz Moreno, “El régimen jurídico del documento de transporte multimodal en el Convenio de Ginebra de 1980”, en Agustín Madrid Parra, *op. cit.*, p. 124.
- 15 Tal vez la única razón que encontramos para diferenciar la naturaleza legal de la carta de porte, como documento probatorio, del conocimiento de embarque, título representativo de mercancías, sea la supuesta rapidez y frecuencia que supondría en 1889 –fecha de promulgación de nuestro CCo– el transporte terrestre frente al marítimo. Lo cierto es que hoy en día en el transporte marítimo se ha reconsiderado la utilidad de la carta de porte marítima frente al conocimiento de embarque.
- 16 Aunque en la práctica las cartas de porte no señalan ese camino, en el caso de que, por ejemplo, para un transporte de mercancías de la ciudad de Guadalajara, Jalisco, a la ciudad de México, en el que el chofer del transportista, en lugar de hacer el viaje por la autopista (camino federales), lo lleva a cabo por una carretera local (la “libre”, sin pago de cuota) y en el trayecto es asaltado el vehículo y sustraída la mercancía, podrá presumirse la responsabilidad del transportista por no haber puesto el cuidado y la diligencia debidos en el transporte.
- 17 Joaquín Garrigues Garrigues, *op. cit.*, p. 209, quien excluye de dichos bienes a la energía, el traslado de noticias por telégrafo y el teléfono.
- 18 Joaquín Garrigues Garrigues, *op. cit.*, p. 209.
- 19 Cfr. NOM-125-SCFI-1998, “Prácticas comerciales. Requisitos mínimos de información para la prestación de servicios de autotransporte de carga”, publicada en el DOF del 23 de octubre de 1998 y en vigor desde el 22 de diciembre de 1998.
- 20 De manera genérica suele referirse a *package* o *paquetes*, concepto que incluye los contenedores, *trailers*, *vans*, *pallets* y el conjunto de bienes o cosas de cualquier descripción, cualquier cosa que haya sido empaquetada, con exclusión de los bienes cargados en bultos, así como los que no hayan sido

empaquetados.

- 21 Término que también comprende al poseedor, consignatario o receptor de los bienes; a cualquier persona que sea propietaria o que esté legitimada para tener la posesión de los bienes o de la póliza o conocimiento de embarque, y a cualquier persona que actúe en favor de cualquiera de estas personas.
- 22 Cfr. Guillermo Jiménez Sánchez, “Títulos-valores y documentos del transporte”, en Agustín Madrid Parra (coord.), *op. cit.*, pp. 23 y siguientes.
- 23 Aprobadas por el Consejo Ejecutivo de la Cámara de Comercio Internacional, en Roma.
- 24 Guillermo Jiménez Sánchez, *op. cit.*, p. 30.
- 25 Agustín Madrid Parra, *op. cit.*, p. 88.
- 26 Cfr. Emilio Langle Rubio, *Manual de derecho mercantil español*, t. II, Bosch, Barcelona, 1954, p. 94.
- 27 Guillermo Jiménez Sánchez, *op. cit.*, pp. 32 y 33.
- 28 Cfr. Manuel Broseta Pont, *Manual de derecho mercantil*, 10a. ed., Tecnos, Madrid, 1994, p. 838.
- 29 Así se establece conforme al art. 5º del Convenio Relativo al Contrato de Transporte Internacional de Mercancías por carretera de 1956, modificado en Ginebra el 5 de julio de 1978. Cfr. también Guillermo Jiménez Sánchez, *op. cit.*, p. 33.
- 30 Aprobado en Ginebra el 24 de mayo de 1980.
- 31 Aprobadas por el Comité Ejecutivo de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) el 11 de junio de 1991. Vigentes desde el 1 de enero de 1992, publicación 481 de la CCI, París, 1992.
- 32 Cfr. CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional), *Ley Modelo* de la CNUDMI sobre Comercio con la Guía para su Incorporación al Derecho Interno 1996, Resolución 51/162 de la Asamblea General del 16 de diciembre de 1996, y “Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its Twenty-ninth session”, Official Records of the General Assembly, Fifty-First session, supplement, núm. 17 (A/51/17).
- 33 Cfr. Alberto Díaz Moreno, “El régimen jurídico del documento de transporte multimodal en el Convenio de Ginebra de 1980”, en Agustín Madrid Parra (coord.), *op. cit.*, p. 133.
- 34 Joaquín Garrigues Garrigues, *op. cit.*, pp. 220 y siguientes.
- 35 Cfr. Rafael Ortiz Illescas, “Las reglas de Hamburgo (Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, 1978)”, en Agustín Madrid Parra (coord.), *op. cit.*, p. 69.
- 36 Cfr. la tesis “RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA. RELACIÓN DE CAUSALIDAD”. Tercera Sala, Sexta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, Volumen CXXIII, Página 66. Amparo directo 4544/60, 8 de septiembre de 1967.

Propósitos

Al concluir este capítulo, el lector examinará y comprenderá el contenido y alcance del contrato de edición, así como los derechos y las obligaciones de las partes.

Concepto

El contrato de edición es un contrato nominado, regulado por la *Ley Federal del Derecho de Autor* (LFDA) y también por la Convención Universal sobre Derecho de Autor ratificada por México,¹ pero no por nuestro CCo; este solo califica de mercantiles los actos de las empresas editoriales. El contrato de edición consiste en el acuerdo de voluntades entre el autor de una obra intelectual, artística o musical (o su causahabiente) y el editor, por medio del cual el primero o el titular de los derechos patrimoniales, en su caso, se obliga a entregar una obra a un editor y este, a su vez, se obliga a reproducirla, distribuirla y venderla, cubriendo al titular del derecho patrimonial las prestaciones convenidas.

La definición anterior, contenida en el art. 42 de la LFDA, no refiere que el editor quede obligado por su propia cuenta y a sus expensas a reproducirla, distribuirla y venderla, sino que deja abierta la puerta para que las partes puedan convenir o compartir dichas obligaciones. En virtud de las ventajas de los medios electrónicos, la edición, producción, difusión y venta de obras de esta naturaleza es mucho más rápida, a la vez que se ha facilitado la elaboración de obras literarias, de manera que existen más autores, más editoriales y mayor oferta en el mercado; esto ha obligado a muchos autores a llevar a cabo ellos mismos la edición, producción y venta de sus obras, o a participar en los gastos de dichos trabajos, que en el siglo pasado eran exclusivos y a riesgo del editor.

El contrato de edición es un contrato formal, consensual, sinalagmático, de tracto sucesivo y con prestaciones recíprocas; el autor concede al editor los derechos de utilización de la propia obra para ser reproducida, publicada, difundida y vendida, pero no transfiere sus derechos patrimoniales; a su vez, el editor asume la obligación de reproducción, publicación, difusión y venta en los términos pactados, incluyendo en su caso la distribución y venta por terceros. Lo que determina el carácter sinalagmático del contrato no es la compensación económica, que puede incluso no existir en ciertos casos (como el de las obras homenaje), sino la correspondencia entre la concesión del autor y la obligación del editor de reproducir, publicar y difundir la obra.²

Para Arturo Díaz Bravo,³ el contrato de edición tiene la naturaleza de una asociación en participación, ya que el autor, como asociado, se obliga a aportar la obra producida por su mente al editor, y este, como asociante, concede al autor una participación de las utilidades o de las pérdidas que arroje la venta de la obra impresa. Sin embargo, mientras que en la asociación en participación el asociado que aporta su trabajo lo transfiere a los fines de la asociación, en el contrato de edición el hecho de que se entregue la obra intelectual o artística al editor no transfiere los derechos patrimoniales del titular de la obra ni los derechos de autor.

El autor es el creador de una obra del intelecto humano, literaria, científica o artística, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, como los libros, folletos y otros escritos, conferencias, alocuciones, sermones, etc. Para la LFDA (art. 12), es la persona física que ha creado una obra literaria y artística. La ley protege en su favor los derechos tanto del reconocimiento de su calidad de autor de manera perpetua como del de oponerse a toda deformación, mutilación o modificación de su obra sin su autorización y cualquiera que redunde en demérito de la misma o mengüe el honor, prestigio o reputación; el de usar o explotar temporalmente la obra por sí mismo o por terceros, con propósito de lucro y de acuerdo con la ley (arts. 11 y 18, LFDA), incluidas la publicación, reproducción, ejecución, representación, exhibición, adaptación y cualquier utilización pública de la misma, así como su transmisión, incluyendo la enajenación y concesión de uso o explotación temporal.

Mercantilidad del contrato

Joaquín Garrigues expone que por virtud de este contrato, el autor de una obra intelectual concede el derecho de explotarla a un tercero, llamado *editor*;⁴ es decir, el autor de la obra concede al editor, a cambio de una contraprestación económica, el derecho a reproducir su obra y ponerla en venta, con fines de especulación. La concesión del derecho a imprimir la obra intelectual, la obligación del editor de propagarla en forma comercial y la remuneración al autor por cuenta del editor son las características que, unidas al hecho de que el editor esté preponderantemente organizado en forma de empresa mercantil, hacen del contrato de edición un contrato mercantil.

Nuestro CCo (art. 75, fracc. ix) califica de *mercantiles* los actos de las librerías y de las empresas editoriales y tipográficas. De ahí que el contrato de edición sea mercantil por el sujeto, el editor, un empresario mercantil por definición, e incluso por el fin o propósito cuando ambos (editor y autor) o uno solo de ellos (el editor) persigue un lucro o especulación comercial.⁵ Como señalamos, el art. 24 de la LFDA reconoce al autor de la obra el derecho de explotarla de manera temporal por sí mismo o por terceros, con propósito de lucro. El empresario persigue un fin de lucro con la intermediación entre el productor de la obra y el consumidor.

Se trata de un contrato mercantil con prestaciones recíprocas, de naturaleza propia, ya que no es una compraventa ni una asociación, ni un contrato de obra, aun cuando podría compartir algunas semejanzas con ambos contratos, puesto que el autor no vende su obra, sino que simplemente concede el derecho para explotarla, y si bien de esa explotación se le confiere al autor una participación, los derechos de la explotación de la obra, su reproducción, publicación y venta, así como el derecho autoral, pertenecen siempre y en todo momento –los primeros– al editor y –los segundos– al autor.

Tales derechos son reconocidos públicamente, sin que pueda considerarse como titular de esos derechos autorales al editor por el hecho de contratar sobre la misma con terceros.

Forma

El contrato de edición debe otorgarse por escrito e inscribirse en el Registro Público del Derecho de Autor. Este contrato presupone que una de las partes, el

autor, sea titular de un derecho de autor sobre la obra intelectual, pero que él precisamente no quiera o no pueda explotarlo de manera personal, por lo que concede a la otra, el editor, el poder de utilizar ese derecho reproduciendo la obra por medio de imprenta⁶ o de mensaje de datos.

No obstante la autonomía privada de la voluntad, la LFDA (art. 18) establece límites a las partes respecto de los acuerdos en relación con los derechos de autor. Así, considera que los derechos al reconocimiento de la calidad de autor y la modificación, mutilación o deformación de la obra van unidos a la persona del autor y son perpetuos, inalienables, imprescriptibles e irrenunciables; y que el ejercicio de esos derechos se transmite a los herederos legítimos o a cualquier persona por testamento.

Por ello, el derecho que el autor concede al editor de la obra en virtud del contrato de edición para reproducirla o editarla no le otorga el derecho a alterar su título, forma o contenido (art. 20, LFDA), de ahí que aunque el contrato lo prevenga, dicha cláusula sería nula.

Salvo los derechos irrenunciables establecidos por la LFDA, así como las prescripciones señaladas por la misma, las partes pueden pactar libremente el contenido del contrato de edición y, por tanto, los derechos y las obligaciones para cada una de ellas, pero el contrato de edición deberá contener como mínimo lo siguiente: *a)* el número de ediciones o, en su caso, reimpressiones, que comprende; *b)* la cantidad de ejemplares de que conste cada edición; *c)* si la entrega del material es o no en exclusiva; y *d)* la remuneración que deba percibir el autor o el titular de los derechos patrimoniales.

Contrato de edición de obra musical

Es un contrato por el que el autor o el titular del derecho patrimonial, en su caso, cede al editor el derecho de reproducción y lo faculta para realizar la fijación y reproducción fonomecánica de la obra, su sincronización audiovisual, comunicación pública, traducción, arreglo o adaptación y cualquier otra forma de explotación que se encuentre prevista en el contrato. Por su parte, el editor se obliga a divulgar la obra por todos los medios a su alcance, recibiendo como contraprestación una participación en los beneficios económicos que se obtengan por la explotación de la obra, según los términos pactados.

Para poder realizar la sincronización audiovisual, la adaptación con fines publicitarios, la traducción, arreglo o adaptación, la LFDA exige que el editor cuente, en cada caso específico, con la autorización expresa del autor o de sus causahabientes.

Son causas de rescisión, sin responsabilidad para el autor o el titular del derecho patrimonial: *a)* que el editor no haya iniciado la divulgación de la obra dentro del término señalado en el contrato; *b)* que el editor incumpla su obligación de difundir la obra en cualquier tiempo sin causa justificada; y *c)* que la obra materia del contrato no haya producido beneficios económicos a las partes en el término de tres años, caso en el que tampoco habrá responsabilidad para el editor.

Contrato de edición de obra literaria

El contrato de edición de obra literaria consiste en el acuerdo de voluntades entre el autor de una obra intelectual o artística (o su causahabiente) y el editor, por medio del cual el primero o el titular de los derechos patrimoniales, en su caso, se obliga a entregar una obra a un editor y este, a su vez, se obliga a reproducirla, distribuirla y venderla, cubriendo al titular del derecho patrimonial las prestaciones convenidas.

Elementos personales

Son partes del contrato el autor o titular de la obra y el editor, cuyas obligaciones y derechos quedan configurados en el contrato, con las únicas limitaciones previstas en la LFDA.

Derechos y obligaciones del autor

1. Entrega de la obra en los términos y condiciones contenidos en el contrato.
El objeto del contrato de edición es precisamente la edición de la obra del autor, de ahí que la obligación principal de este sea entregar la obra intelectual al editor en el plazo convenido al efecto.

2. Responder del ejercicio pacífico de los derechos concedidos por la edición durante la vigencia del contrato; responder ante el editor de la autoría y originalidad de la obra, así como del ejercicio pacífico de los derechos que le hubiera transmitido, de manera que si otro editor reclama los derechos de edición de la obra, el autor responde de los daños y perjuicios ocasionados.
3. Aviso de publicaciones anteriores. En el evento de que el autor haya celebrado con anterioridad al contrato otro contrato de edición sobre la misma obra, o si esta ha sido publicada con su autorización o conocimiento, está obligado a dar a conocer esas circunstancias al editor antes de la celebración del contrato. Esto es, cuando las partes entran en negociaciones previas a la celebración del negocio jurídico, en el caso de que la obra del autor ya hubiere sido publicada por otro editor, debe hacerlo del conocimiento del futuro editor, e incluso debe cerciorarse de que el editor anterior no tenga reservado el derecho para hacer una nueva publicación de la misma obra. En caso de omisión, el autor es responsable de los daños y perjuicios que se ocasionen al editor, independientemente de las responsabilidades que en su caso se generen frente al editor anterior. Por ello es recomendable que el autor obtenga un finiquito o una liberación de su obra del editor anterior y que la exhiba al nuevo editor.
4. Correcciones o enmiendas. El autor de la obra debe corregir las pruebas de la edición y siempre conserva el derecho de hacer a su obra las correcciones, enmiendas, adiciones o mejoras que estime convenientes antes de que la obra entre en prensa para su edición. La LFDA (art. 46) señala que cuando tales modificaciones hagan más onerosa la edición, el autor estará obligado a resarcir los gastos que por este motivo se originen, salvo convenio en contrario.
5. Cumplimiento forzado o resolución del contrato. El autor de la obra tiene derecho a optar por el cumplimiento forzado del contrato o la rescisión del mismo cuando el editor no cumpla con la edición y puesta en venta de la obra en el plazo pactado.
6. Adquisición de ejemplares. En el evento de que haya vencido el plazo fijado por las partes para la terminación del contrato y el editor conserve ejemplares no vendidos de la obra editada, el autor tiene derecho a comprarlos a precio de costo. Si ejercita ese derecho dentro del plazo de un

mes contado a partir del plazo de expiración del contrato, transcurrido el mismo el editor tiene derecho a venderlos en las condiciones pactadas en el contrato.

7. Recibir la contraprestación pactada en el contrato en los términos y las condiciones previstos.
8. Garantizar el derecho de preferencia. El autor o el titular de los derechos patrimoniales, para garantizar el derecho de preferencia del editor para una nueva edición, debe notificarle los términos de la oferta recibida mediante aviso por escrito; el editor tendrá un plazo de 15 días para manifestar su interés en la realización de la nueva edición. De no hacerlo así, se entenderá renunciado su derecho, quedando libre el autor para contratar la nueva edición con quien más convenga a sus intereses.

Derechos y obligaciones del editor

El editor de la obra no tiene más derechos que aquellos que dentro de los límites del contrato sean conducentes a su mejor cumplimiento durante el tiempo que su ejecución lo requiera (art. 45, LFDA). El editor de libros tiene el derecho de autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta, total o parcial, de sus libros; la explotación o la importación de copias de dichos libros sin su autorización, y la primera distribución pública del original y de cada ejemplar.

1. Inscribir y notificar el contrato de edición. Una vez celebrado el contrato, el editor está obligado a entregar un tanto del documento que lo contenga a la sociedad de autores correspondiente, así como a inscribir dicho contrato en el Registro Público del Derecho de Autor del Instituto Nacional del Derecho de Autor, de la Secretaría de Educación Pública.
2. Editar la obra. La edición de la obra constituye un derecho y al mismo tiempo una obligación del editor; como obligación, debe reproducir, publicar y difundir la obra bajo el nombre del autor (o un seudónimo, si así lo establece este), conforme al número de ejemplares pactados por las partes y en el plazo estipulado. Como derecho, la edición de la obra queda limitada a una sola vez; es decir, cada edición de la obra del autor debe ser objeto de convenio expreso, sin perjuicio del derecho de preferencia del editor. El derecho a editar la obra no implica la traducción a otro idioma, ya que para

ello es preciso el acuerdo entre las partes.

El contrato de edición puede ser “por edición” o “a término”. En el primer caso, el editor adquiere el derecho a efectuar una o más ediciones dentro de un plazo determinado a partir de la entrega del manuscrito completo; en el segundo, se confiere el derecho para editar la obra tantas veces como sea conveniente dentro del plazo pactado.⁷ En todo caso, debe señalarse en forma expresa; de otro modo, únicamente puede hacerse la edición por una sola vez. Sin embargo, nuestra ley exige que siempre se indique el número de ediciones, por lo que esta segunda modalidad solo puede referirse al término dentro del cual se puede realizar la edición o las ediciones pactadas.

El derecho de editar separadamente una o varias obras del mismo autor no confiere al editor el derecho para editarlas en conjunto, ni a la inversa.

En la edición, el editor debe hacer constar en forma y lugar visibles de la obra publicada el nombre del autor y, en su caso, el del traductor, compilador, adaptador o autor de la versión; los datos del editor; el año de edición; el número ordinal que corresponde a la edición, a partir de la segunda, y el número de ejemplar en su serie. Los impresores de la obra, quienes actúan por cuenta del editor, deben hacer constar también sus datos personales, así como el número de ejemplares impresos y la fecha en que se terminó la impresión.

Salvo pacto en contrario, la edición de la obra deberá ser de mediana calidad. Asimismo, salvo lo pactado por las partes, el editor está facultado para fijar el precio de venta al público o a librerías de los ejemplares editados.

3. Asumir los gastos de edición, salvo pacto en contrario. La ley no exige que todos los gastos de edición, distribución, promoción, publicidad y de cualquier otro concepto sean por cuenta del editor; ese derecho irrenunciable que se pregonaba del autor de liberarse de cualquier gasto, salvo los ocasionados por las modificaciones de las obras en prensa, ha desaparecido y en su lugar se permite que las partes convengan en asumir dichos gastos.
4. No hacer abreviaturas. El editor no puede publicar la obra con abreviaturas,

adiciones, supresiones o cualesquiera otras modificaciones o alteraciones, sin consentimiento escrito del autor⁸ (art. 45, LFDA). Este supuesto se refiere al caso en el cual el editor, de manera frecuente, utiliza ciertas palabras o frases que por comodidad de lectura o presentación conviene abreviar, pero que el autor no emplea en su obra; si el editor quiere hacer esas abreviaturas debe obtener el consentimiento escrito del autor. En cambio, no sucede así cuando es el autor mismo quien utiliza dichas abreviaturas en su obra.

5. Derecho de preferencia. El editor tiene el derecho preferente de que, en igualdad de condiciones con terceros editores, el autor lo prefiera para celebrar un nuevo contrato de edición sobre la misma obra. A tal efecto, el autor debe acreditar y notificar al editor, de manera fehaciente, los términos de las ofertas recibidas, en su caso, para la nueva edición de su obra, a fin de que el editor pueda hacer uso de ese derecho de preferencia, para lo cual dispone de un plazo de 15 días, vencido el cual, si no hace uso de su derecho se tiene por renunciado el mismo, quedando libre el autor para contratar la nueva edición con quien más convenga a sus intereses (art. 24, Reglamento de la LFDA).
6. Pagar al autor la compensación prevista en el contrato. El editor tiene la obligación de pagar la contraprestación pactada al autor, en los plazos y términos previstos en el contrato. En la práctica, la cuantía suele determinarse en relación directa con el producto obtenido de la venta de la obra, y suele pactarse un porcentaje sobre el precio de venta al público.
7. Entrega de ejemplares. Joaquín Garrigues señala que el editor está obligado también a entregar al autor un número determinado de ejemplares de la obra de manera gratuita, así como a devolver el original.⁹

Elementos reales

Pueden ser objeto del contrato todas las obras del ingenio protegidas por el derecho de autor y susceptibles de reproducción y difusión en distintos ejemplares, tanto presentes como futuras, con tal de que estas sean determinadas y que sus características queden perfectamente establecidas en el contrato, pero no pueden ser objeto de contrato todas las obras que el autor pueda crear sin límite de tiempo, ya que este pacto privaría al autor de editar su obra con tercero

en condiciones más favorables.¹⁰

Elementos formales

La ley exige que los contratos de edición sean registrados en la Dirección General del Derecho de Autor y que en ellos deben contenerse, entre otros, la cantidad de ejemplares de que conste la edición y la obligación del editor de asumir todos los gastos de la edición, lo que implica también su exigencia por escrito. El contrato de edición debe entonces constar por escrito, en donde se incluya por lo menos la obra objeto de edición, el número de ejemplares de que constará, la entrega actual o la promesa del autor de entregar la obra, y el pago de regalías o compensación al autor. Adicionalmente se exige, previo a su inscripción, que el editor envíe un tanto del contrato a la sociedad de autores correspondiente.

La obra futura

Como ya se señaló, pueden ser objeto del contrato las obras existentes o por existir; la única condición es que queden determinadas y sus características perfectamente establecidas en el contrato. En tal caso, las partes deben señalar un plazo para la producción de la obra y su edición. A falta de pacto, transcurrido el término razonable para la producción, el editor puede rescindir el contrato o exigir su cumplimiento.

Causas de extinción del contrato

El contrato de edición termina por cualquiera de las causas de terminación de las obligaciones recíprocas: *a)* por causa de fallecimiento del autor cuando la obra no ha sido concluida ni, como consecuencia, editada, salvo que el editor acepte la parte concluida como el todo; *b)* por la omisión de la publicación vencido un año, o seis meses en el caso de las obras musicales; *c)* porque el autor no concluya la obra dentro del plazo previsto; *d)* por la terminación del plazo de duración del contrato; y *e)* por imposibilidad de cumplimiento y, cualquiera que sea el plazo estipulado por las partes, si la edición objeto del mismo se agota, esto es, cuando el editor carezca de ejemplares para atender la demanda de la

obra del público, sin perjuicio de las acciones derivadas del propio contrato.

Autoevaluación

1. ¿Cómo se define el contrato de edición?
2. ¿Cuál es el objeto del contrato de edición?
3. ¿Por qué se considera mercantil el contrato?
4. ¿Cuáles son las obligaciones del autor?
5. En el caso de que haya vencido el plazo fijado por las partes para la terminación del contrato y el editor conserve ejemplares no vendidos de la obra editada, ¿cuál es el precio que el autor debe pagar por dichos ejemplares en caso de optar por su compra?
6. ¿Puede el autor de una obra celebrar contrato de edición con otro editor respecto de la misma obra para una edición ulterior? ¿Por qué? ¿En qué casos?
7. ¿Quién debe registrar la obra objeto del contrato en el Registro de la Dirección General del Derecho de Autor?
8. ¿Tiene el editor derecho de preferencia para celebrar un nuevo contrato de edición sobre la misma obra? En su caso, explique ese derecho.
9. ¿Qué formalidades se exigen para el contrato de edición?
10. Señale las causas especiales de terminación del contrato.

¹ Cfr. Decreto de promulgación publicado en el DOF del 9 de marzo de 1976. También véase el DOF del 24 de enero de 1975, donde se publica el decreto de promulgación del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas.

- 2 Domenico Barbero, *Sistema de derecho privado*, t. VI, “Contratos”, trad. de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967, p. 212.
- 3 Arturo Díaz Bravo, *Contratos mercantiles*, Harla, México, 1985, p. 182. Aunque también admite que puede ser un contrato de obra a precio alzado cuando el objeto de la edición se limita a la publicación de la obra para su entrega al autor, quien la distribuirá y venderá por su cuenta o a un tercero.
- 4 Joaquín Garrigues, *Curso de derecho mercantil*, t. II, Porrúa, México, 1981, p. 363.
- 5 Joaquín Garrigues, *op. cit.*, pp. 363 y ss.; Emilio Langle y Rubio, *Manual de derecho mercantil español*, t. III, Bosch, Barcelona, 1959, p. 244; Arturo Díaz Bravo, *op. cit.*, p. 302.
- 6 Francesco Messineo, *Manual de derecho civil y comercial*, trad. de Santiago Sentís Melendo, t. VI, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955, p. 77.
- 7 Domenico Barbero, *op. cit.*, p. 214.
- 8 Cfr. Óscar Vásquez del Mercado, *Contratos mercantiles*, Porrúa, México, 1996, p. 411.
- 9 Joaquín Garrigues, *op. cit.*, p. 365.
- 10 Francesco Messineo, *op. cit.*, p. 78.

Contrato de seguro

Propósitos

Al concluir este capítulo, el lector examinará e identificará los elementos, requisitos y consecuencias del contrato de seguro, su mercantilidad, elementos, clases y demás particularidades que la ley y la doctrina exigen para el contrato de seguro.

Concepto

La importancia del seguro se comprende en su esencia práctica cuando se pone en relación con el concepto de riesgo; esto es, con el hecho de que una persona esté expuesta a la eventualidad de un daño en su persona o en su patrimonio debido a un siniestro,¹ y la posibilidad de transferir dicho riesgo a un tercero. De ahí que el préstamo a la gruesa o a riesgo marítimo, un contrato sin bases técnicas, desaparezca para dar lugar al contrato de seguro, cuya importancia se manifiesta por la serie de ordenamientos que de él se ocupan: la *Ley sobre el Contrato de Seguro* (LSCS), la *Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas* (LISF), la *Ley de Navegación y Comercio Marítimos* (LNCM), el *Reglamento del Seguro de Grupo para la Operación de Vida y del Seguro Colectivo para la Operación de Accidentes y Enfermedades* (RSG), el *Reglamento del Artículo 127 de la Ley de Vías Generales de Comunicación* (RA-127) y las *Reglas de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas*, así como por las cuantiosas sumas que las aseguradoras recaudan anualmente en prima y las que pagan por los siniestros, de donde resulta su trascendencia, al grado de que la ley obliga a las aseguradoras a reasegurarse con aseguradores extranjeros.

El nombre del contrato deriva precisamente de la tranquilidad y seguridad (económica) de que el daño será soportado por otro. Las bases técnicas de todo

contrato de seguro son la ley de los grandes números (estadísticas y matemáticas) y el cálculo de probabilidad; sobre ellas se examina la probabilidad de los riesgos, la suma asegurada y el monto de las primas. Los elementos desfavorables del seguro son los riesgos catastróficos (es decir, los que siendo probables no se puede determinar en qué momento ocurrirán, con qué magnitud ni el importe de los daños que puedan causar) y las desviaciones probabilísticas (aquello que escapa de la probabilidad y que, a pesar de ser previsible, no lo está en una especial agravación, por ejemplo, en el caso de epidemias).

La LSCS define tal contrato como aquel por virtud del cual la empresa aseguradora se obliga, mediante una prima, a resarcir un daño o a pagar una suma de dinero al verificarse la eventualidad prevista en el contrato. Del concepto anterior debe observarse que la ley no menciona “mediante el pago de una prima”, sino simplemente “mediante una prima” (art. 1º), lo que significa, como se verá más adelante, que el que se haya pagado la prima no es requisito necesario para que se obligue la aseguradora, sino que basta la celebración del contrato para que, en caso de ocurrir el evento previsto en el mismo, asuma la obligación de indemnizar.

Según Antigono Donati, el contrato de seguro es una relación autónoma cuyo propósito es indemnizar un daño eventual contra un precio y, como consecuencia, el derecho de seguros es un conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones autónomas por las cuales se elimina un daño eventual contra un precio, así como la actividad profesional de las aseguradoras.²

De manera más amplia, Domenico Barbero sostiene que el contrato de seguro es aquel por el que una parte, el asegurador, contra el pago de una prima, se obliga a indemnizar al asegurado, dentro de los límites convenidos, del daño que experimente a consecuencia de un siniestro o a pagar un capital, o una renta, al verificarse un evento atinente a la vida humana,³ si bien aduce que dicha obligación de la aseguradora es contra el pago de una prima, pero como se señalará más adelante, dicho pago no condiciona la obligación de la aseguradora, sino que, en todo caso, si la misma no se ha cubierto dentro del plazo previsto por la ley, la aseguradora mantiene su obligación de indemnizar compensando el importe de la prima y los gastos de la expedición de la póliza.

Para Isaac Halperin, el contrato de seguro es “un contrato oneroso por el que una parte (asegurador) espontáneamente asume el riesgo y por ello cubre una

necesidad eventual de la otra parte (tomador del seguro) por el acontecimiento de un hecho determinado mediante el pago de una prestación apreciable en dinero, por un monto determinado o determinable, y en el que la obligación, por lo menos de una de las partes, depende de circunstancias desconocidas en su gravedad o acaecimiento”.⁴

En opinión de Carlos Malagarriga, en términos generales se puede decir que hay contrato de seguro cuando a cambio de una prestación única o periódica, fijada o por liquidarse, y que no siempre es efectuada por el beneficiario, este recibe una cantidad de dinero, también de una vez o en forma periódica, o se evita un desembolso, al constatarse la realización o la no realización de un acontecimiento incierto y, en principio, futuro.⁵ En todos los conceptos aparece constante la existencia del riesgo y la asunción de este por otro.

Mercantilidad

El contrato de seguro es un contrato de carácter mercantil. El art. 75 del CCo, en su fracc. XVI, califica de mercantiles todos los contratos de seguros, siempre que se hagan por empresas; y puesto que de conformidad con el art. 20 de la LISF se prohíbe a toda persona distinta de una institución de seguros y mutualista de seguros la práctica de cualquier operación activa de seguros en territorio nacional, solo pueden ser aseguradoras dichas instituciones y mutualistas, por lo cual en México el contrato de seguros siempre será mercantil, ya que será desarrollado por empresarios cuyo objeto sea celebrar contratos de seguros.

Características del contrato de seguro

- a) *Consensual*. Se inicia con una oferta, aunque elaborada por la aseguradora y firmada por el proponente, futuro tomador, quien queda obligado en los términos de la misma oferta durante 15 o 30 días, según se requiera o no examen médico, y salvo que en la oferta se haya fijado un plazo menor para que acepte la aseguradora (art. 5º, LSCS) a sostener su oferta, siempre que en ella esté anexo el texto de las condiciones generales a las que se sujetará el seguro (art. 7º, LSCS). Desde el momento en que el oferente tiene conocimiento de la aceptación de su oferta el contrato queda perfeccionado, aun cuando no se haya pagado la prima o fracción de ella (art. 21, fracc. I,

LSCS).

- b) *Bilateral*. El contrato es bilateral: se celebra entre la aseguradora y el tomador o contratante, también denominado en la práctica *asegurado*.
- c) *Oneroso*. El contratante debe pagar la prima del seguro o contraprestación a la aseguradora, que se obliga a indemnizar en caso de que ocurra el evento previsto en el contrato. La aseguradora es deudora de la obligación en cuanto el evento se realice y acreedora por cuanto al pago de la prima. La retención de la prima en caso de que no se produzca el siniestro se justifica porque es el precio del riesgo asumido por la aseguradora.
- d) *Sujeto a condición (seguro de daños)*. Está sujeto a que suceda o no el acontecimiento, en las condiciones o en cierto tiempo (plazo como el de supervivencia).
- e) *Aleatorio*. Si el siniestro se verifica se dejará sentir sobre el asegurador, mientras que si no se verifica habrá pagado inútilmente la prima del seguro. La aseguradora, a su vez, recibe la prima del seguro, pero puede encontrarse con que tiene que pagar más de lo percibido si contra la probabilidad calculada se verifica el evento previsto en el contrato.⁶ Es también aleatorio el seguro sobre la vida para el caso de muerte, porque si esta es un hecho fatal, no se conoce la época en que se producirá, de donde surge la incertidumbre de la prestación de la aseguradora, que no existe en los contratos conmutativos, en los que se da una equivalencia inicial, efectiva o presunta, de los valores intercambiados.
- f) *De tracto sucesivo*. Es de duración continuada, por todo el tiempo que dure el contrato.
- g) *Consensual*. El contrato de seguro no requiere ninguna formalidad; sin embargo, para fines de prueba debe constar por escrito, en el que se especifiquen las condiciones generales del contrato, sus modificaciones y la póliza (arts. 19, 20 y 24, LSCS). La LSCS señala que ninguna otra prueba, salvo la confesional, será admisible para probar el hecho de su existencia, así como la del hecho del conocimiento de la aceptación de la oferta de seguro por parte de la aseguradora.

Diferencias con otros contratos

El contrato de seguro se diferencia del juego o apuesta en que el primero tiende a evitar un daño eventual; en el juego o apuesta, en cambio, se busca un lucro. En el juego, el riesgo es artificial, mientras que en el seguro la condición es el nacimiento de la necesidad que se satisface, y esta necesidad concurre en todos los seguros. El seguro cumple una función de previsión, mientras que el juego tiene una función de lucro que depende solo del azar. En el juego, el hecho aleatorio es económicamente indiferente y por efecto del contrato influye en el patrimonio del jugador; en el seguro, en cambio, el evento puede influir en el patrimonio del asegurado, independientemente del contrato, influencia que se repara mediante el contrato de seguro.

La fianza y el seguro de crédito difieren en que este se da para el caso de insolvencia o de pérdida. Generalmente se da y toma por acreedores; el seguro siempre es oneroso, en tanto que la fianza suele ser gratuita (art. 2795, CCF); no hay seguro judicial ni gratuito. El seguro tiende a prevenir la insolvencia; en cambio, lo que hace la fianza es agregar otro deudor al ya existente. El seguro es un contrato único, no accesorio como la fianza. En el seguro el asegurado cumple una obligación única; en la fianza, si no cumple el deudor se recurre al fiador. Por último, en relación con la renta vitalicia, el seguro se diferencia porque aquella es gratuita, por lo general, aunque ambos son de tracto sucesivo, pero mientras que en el seguro el pago de la indemnización es único, a pesar de que se le liquide en parcialidades, en la renta vitalicia es de tracto sucesivo. En el caso del seguro sobre la vida de personas la prima se cubre con el capital del mismo asegurado, mientras que en la renta vitalicia por lo común es sobre el capital de terceros. El seguro siempre deriva del acuerdo de voluntades; en cambio, la renta vitalicia puede derivar de testamento.

Condiciones generales

El art. 7º de la LSCS señala que dichas condiciones deben figurar en el formulario de ofertas suministrado por la aseguradora, o bien remitirse al proponente para que este las incluya en la oferta del contrato que ha de firmar y entregar a la aseguradora, por lo que el proponente (futuro contratante o asegurado) no estará obligado por su oferta si la empresa no cumple con esta disposición.

Son cláusulas predispuestas, uniformes, rígidas y provenientes de la aseguradora⁷ en los formatos de ofertas de contrato de seguro para ser incorporadas, para formar parte de los contratos de seguro en los ramos o clases de que se trate, las cuales son elaboradas de manera unilateral por la propia aseguradora sin que, salvo casos excepcionales, el contratante pueda influir para su modificación. La propia LSCS establece en los arts. 16 y 65 que el agente de seguros necesita autorización especial para modificar las condiciones generales de las pólizas, ya sea en provecho o en perjuicio del asegurado, y que si durante el plazo del seguro se modifican las condiciones generales en contratos del mismo género, el asegurado tendrá derecho a que se le apliquen las nuevas condiciones; pero si estas traen como consecuencia para la aseguradora prestaciones más elevadas, el contratante estará obligado a cubrir el equivalente que corresponda.

Formación y perfeccionamiento

El contrato de seguro se inicia con una oferta hecha por el futuro tomador o contratante del seguro en los formularios elaborados por la propia aseguradora, que incluyen las condiciones generales del seguro o remitirse al oferente para que las incluya en la oferta. Hecha la oferta, el oferente queda obligado a mantenerla por 15 días, o por 30 cuando se exija la práctica de examen médico, a menos que se haya fijado un plazo menor (arts. 5º y 6º, LSCS). El contrato de seguro se perfecciona en el momento en que el oferente tiene conocimiento de la aceptación de su oferta; es decir, conforme la teoría de la información.

El oferente tendrá que demostrar que la aseguradora le informó y que él tuvo conocimiento de la aceptación del contrato de seguro; y si no existe la póliza, tendrá que acreditar ante el juez dicho conocimiento con las limitaciones previstas en el art. 19 de la LSCS, que establece que ninguna otra prueba, salvo la confesional, será admisible para probar la existencia del seguro, así como la del hecho del conocimiento de la aceptación del seguro. Así, el contratante deberá demostrar con la otrora reina de las pruebas (la confesional), o con un mensaje de datos por medios electrónicos, una copia de la póliza, una llamada telefónica, grabadora, carta u otro medio, que tuvo conocimiento de dicha aceptación y que el contrato existe aunque la póliza no haya sido expedida.

El art. 6º de la LSCS señala que tratándose de seguros de cosas o de

responsabilidad, se consideran aceptadas las ofertas de prórroga, modificación o restablecimiento de un contrato de seguro suspendido, salvo para aumentar la suma asegurada, hechas en carta certificada con acuse de recibo, si la aseguradora no contesta dentro del plazo de 15 días contados desde el día siguiente al de recepción de la oferta, pero sujetas a la aprobación de la SHCP. En caso de que el contenido de la póliza o sus modificaciones no concuerden con la oferta, el asegurado tiene el derecho y la carga de pedir la rectificación dentro de los 30 días siguientes al día en que reciba la póliza. Transcurrido dicho plazo, se considerarán aceptadas las estipulaciones de la póliza o de sus modificaciones conforme al art. 25 de la LSCS, el cual debe insertarse textualmente en la póliza (art. 26, LSCS).

Elementos personales. Derechos y obligaciones

En el concepto de contrato de seguro destaca la existencia de dos elementos personales: la aseguradora y el tomador o contratante del seguro; sin embargo, del contenido del contrato y de las obligaciones asumidas en el mismo aparecen otros elementos personales: el beneficiario, que puede ser el contratante o un tercero, y el asegurado, la persona respecto de cuya vida, salud, integridad o vigor vital se celebra el contrato.

La aseguradora

Es la persona que asume las consecuencias de la eventualidad prevista en el contrato, quien acepta sobre sí el riesgo ajeno. De acuerdo con la LISF, no puede ser aseguradora un empresario individual, sino que tienen tal carácter solo las sociedades anónimas constituidas y autorizadas para actuar como instituciones de seguros, así como las sociedades mutualistas de seguros (solo operan con sus propios socios).⁸ De la naturaleza de dichas aseguradoras resulta la mercantilidad del contrato, porque son contratos hechos por empresarios, como lo señala la ley. La aseguradora tiene las obligaciones y los derechos que se detallan a continuación.

Obligaciones. Son las siguientes:

1. Asunción del riesgo. La aseguradora debe asumir la eventualidad prevista

en el contrato.

2. Pago de la indemnización establecida en el contrato. La obligación de pagar una suma de dinero o de resarcir un daño al ocurrir la eventualidad prevista en el contrato constituye otra obligación principal de la aseguradora. Para algunos autores, la principal obligación es la de asumir el riesgo;⁹ sin embargo, como expresa Arturo Díaz Bravo,¹⁰ si esto fuera así, la aseguradora sería la expuesta al riesgo en lugar del asegurado y con ello sería la titular del interés asegurado, más aún que la asunción del riesgo no configura una obligación del asegurador. La adopción de las medidas técnicas necesarias para prevenir la eventual indemnización tampoco deriva de la voluntad de las partes ni de la ley, sino de un deber de la aseguradora frente al Estado.¹¹ La aseguradora debe pagar la indemnización prevista en el contrato al beneficiario y en su caso al mandatario que celebró el contrato en nombre de su mandante, salvo pacto expreso en contrario (art. 13, LSCS).

Dicha obligación es a cargo de la aseguradora aun en el caso de que el siniestro se haya causado por culpa del contratante, siendo solo admisible la cláusula que la libere en caso de culpa grave (art. 78, LSCS), y siempre será responsable cuando el siniestro se cause en cumplimiento de un deber de humanidad (art. 80, LSCS). La aseguradora responde de todos los acontecimientos que presenten el carácter de riesgo cuyas consecuencias se hayan asegurado, a menos que el contrato excluya de manera precisa determinados acontecimientos (art. 59, LSCS).

3. Adoptar todas las medidas técnicas necesarias para prevenir la eventual indemnización, obligación que no deriva de la voluntad de las partes, sino de la ley (art. 118, fraccs. III y IV, LISF); se trata de un deber de la aseguradora frente al Estado y no frente al tomador o al asegurado, quienes no tienen derecho o acción para reclamar el concepto de supuesta obligación.
4. Expedir los formatos de oferta del contrato. La aseguradora está obligada a expedir las solicitudes del contrato de seguro con las condiciones generales.
5. Expedir la póliza de seguro.
6. Expedir duplicados de la póliza.

7. Responder de las pérdidas y daños causados por las personas respecto de las cuales es civilmente responsable el asegurado (art. 79, LSCS).

Derechos de la aseguradora. Son los siguientes:

1. Reducir la prestación debida hasta lo que hubiere importado si el aviso se le hubiere dado oportunamente (art. 67, LSCS).
2. Exigir toda clase de información sobre hechos relacionados con el siniestro y por los cuales puedan determinarse las circunstancias de su realización y las consecuencias del mismo (art. 69, LSCS).
3. Liberarse de sus obligaciones, si para impedir que se comprueben las circunstancias del siniestro no se le notifica oportunamente su concurrencia (art. 68, LSCS), así como en los casos en que el siniestro se haya causado por dolo o mala fe del contratante, del beneficiario o de sus respectivos causahabientes (art. 77, LSCS).
4. Dar por extinguidas sus obligaciones, si para hacerlo incurrir en error se le disimulan o declaran inexactamente hechos que debieron excluir o reducir tales obligaciones, o que no se le remite en forma oportuna la información documental del siniestro (art. 70, LSCS).
5. Adquirir los efectos salvados del siniestro, mediante el pago al asegurado, como forma de cumplir con su obligación principal entre el pago, la reposición o la reparación de la cosa asegurada (art. 116, LSCS).
6. La obligación de pagar debe cumplirse a más tardar 30 días hábiles después de la fecha en que reciba la documentación que le permita conocer las circunstancias del siniestro, así como el fundamento e importe de la reclamación (art. 71, LSCS).
7. La aseguradora tiene derecho a subrogarse, hasta por la cantidad pagada como indemnización, en todos los derechos y acciones contra terceros que correspondan al asegurado por los daños sufridos (art. 111, LSCS).
8. Rescindir el contrato de seguro.

Tomador o contratante del seguro

El tomador o contratante del seguro, también denominado *asegurado*, es la persona física o moral que comparece con su firma en la celebración del seguro, esto es, el que lo contrata con la empresa aseguradora. El tomador puede actuar tanto en nombre y por cuenta propios como en interés de un tercero que adquiere el carácter de asegurado (arts. 9 y 13, LSCS), sin asumir obligación de pago de la prima ante la aseguradora, salvo que al mismo tiempo adquiere el carácter de beneficiario; es decir, el tomador o contratante puede: *a)* celebrar directamente el contrato de seguro en nombre y cuenta propios, pero en beneficio de tercero; *b)* contratar el seguro mediante mandatario o apoderado (art. 13, LSCS), quien lo hace por nombre y cuenta ajena; sin embargo, es nulo el seguro contratado por un menor de 12 años o un interdicto (art. 168, LSCS); *c)* celebrar el contrato a nombre propio pero por cuenta ajena, como puede hacerlo el comisionista que realiza actos concretos de comercio en nombre propio pero por cuenta de su comitente, así como el seguro por cuenta de quien corresponda, es decir, de quien tenga o hubiere tenido interés en la conservación de la cosa (arts. 106, 107 y 108, LSCS), y *d)* celebrar el contrato en beneficio o favor propio, en cuyo caso el beneficiario del seguro es el mismo contratante. El tomador tiene los derechos y las obligaciones siguientes:

1. *Declarar los hechos relevantes.* Se puede decir que esta es la principal obligación del tomador o contratante del seguro. Desde que propone la celebración del contrato, debe declarar por escrito a la aseguradora, de acuerdo con el cuestionario relativo, todos los hechos importantes para la apreciación del riesgo que pueda influir en las condiciones convenidas, tales como los conozca o deba conocer en el momento de la celebración del contrato, tanto propios como de su representado o de la persona por cuya cuenta se propone el contrato (arts. 8º, 9º y 10, LSCS), pues de incurrir en omisiones o declaraciones inexactas, el asegurado está facultado para considerar rescindido de pleno derecho el contrato, aunque no hayan influido en la realización del siniestro (art. 47, LSCS).
2. *Pagar la prima del seguro.* Se afirma que la prestación dineraria a cargo del tomador es la más importante de sus obligaciones; sin embargo, la falta de pago de la prima no es condición de la asunción del riesgo por parte de la aseguradora ni, como consecuencia, para la indemnización prevista en el contrato (art. 21, fracc. II, LSCS). La ley expresa que el contrato de seguro no puede sujetarse a la condición del pago de la prima, de suerte que si dentro del plazo de gracia (art. 40, LSCS) para su pago ocurre el siniestro, la

aseguradora debe cumplir su obligación, aunque no hubiese recibido cantidad alguna por concepto de prima, si bien, como es lógico, tiene derecho a descontar las primas o los préstamos que se le adeuden (art. 33, LSCS).

La prima es la prestación en numerario a cargo del tomador o contratante en un contrato de seguro. La falta de su pago no influye en el primer momento en la existencia del contrato de seguro, puesto que no es un elemento de existencia del mismo, aunque sí de la definición por cuanto se trata de un contrato oneroso y bilateral. Los factores que integran la prima son: *a)* la cantidad neta necesaria para cubrir los siniestros; *b)* los gastos de administración de la aseguradora; *c)* la utilidad “razonable” de la aseguradora; y *d)* los impuestos que debe pagar la aseguradora por las primas que recibe.

La ley señala que la prima es única e indivisible (arts. 34, 36 y 44, LSCS); *única* significa que debe fijarse en cantidad alzada para todo el periodo de vigencia (toda la vida, una hora, un viaje en avión, etc.), e *indivisible*, ya que aunque la cobertura solo esté vigente por un periodo inferior al convenido, la prima debe pagarse en su totalidad, salvo que otra cosa se convenga o que la reducción del plazo sea imputable a la aseguradora. Lo anterior no es óbice para que dicha prima sea fraccionable, pues la ley lo permite para facilitar su pago, siempre que: *a)* las parcialidades correspondan a periodos de igual duración; *b)* esos periodos no sean inferiores a un mes, y *c)* que las parcialidades venzan al iniciarse cada periodo (arts. 37 y 38, LSCS).

No obstante que en principio es el tomador o contratante quien debe pagar la prima del seguro, es posible que terceros tengan interés jurídico en su pago y estén facultados para hacerlo como son el tercero asegurado, los acreedores privilegiados o con garantía real y los beneficiarios que están legitimados (no obligados) para pagar dicha prima, así como quienes tengan interés en que el contrato surta sus efectos (art. 42, LSCS). El pago de la prima debe hacerse en el domicilio del contratante, salvo pacto en contrario (art. 31, LSCS); la primera prima vence en el momento de la celebración del contrato y al comienzo de cada nuevo periodo (arts. 34 y 36, LSCS).

En todos los seguros, salvo los obligatorios, la falta de pago de la prima o de sus fracciones, en los casos de pago en parcialidades –dentro del término convenido en los casos de pago en parcialidades, que no podrá ser inferior a tres días ni mayor a 30 días naturales siguientes a la fecha de su vencimiento–, los efectos del contrato cesarán automáticamente a las 12 horas del último día de ese plazo; a falta de plazo pactado, se considerará el plazo de 30 días, lo que significa que el contrato sigue existiendo, mas sus efectos se suspenden y solo pueden volverse a generar mediante la rehabilitación del seguro que se produce con el pago extemporáneo de la prima, a menos que las partes hayan convenido el préstamo automático de primas (art. 191, LSCS), en cuyo caso el seguro sigue vigente. En el caso de seguros de personas en los cuales se hayan pagado tres anualidades consecutivas de las primas y se incurra en mora en la subsecuente, el seguro queda reducido automáticamente, además de que el asegurado puede exigir que se le entregue una parte de la reserva matemática derivada de su seguro, conforme a las bases consignadas en la póliza o la ley (arts. 191 y 193, LSCS).

3. *Aviso de agravaciones esenciales del riesgo.* El contratante o asegurado debe comunicar a la aseguradora las agravaciones esenciales que tenga el riesgo durante la vigencia del seguro, dentro de las 24 horas siguientes al momento en que las conozca. La omisión del aviso provoca la cesación de las obligaciones de la aseguradora en lo sucesivo (art. 52, LSCS), a no ser que el incumplimiento del aviso no tenga influencia sobre el siniestro o sobre la exención de las prestaciones, en cuyo caso la aseguradora no queda desligada de sus obligaciones. Se presume que el asegurado conoce o debe conocer toda agravación que emane de actos u omisiones de sus inquilinos, cónyuge, descendientes o cualquier otra persona que, con el consentimiento del asegurado, habite el edificio o tenga en su poder el mueble que fuere materia del seguro.

Se presume que la agravación es esencial cuando se refiera a hechos importantes para la apreciación del riesgo, de tal suerte que la aseguradora habría contratado en condiciones diferentes si al celebrar el contrato hubiera conocido una agravación análoga (art. 53, fracc. I, LSCS).

4. *Aviso del siniestro.* Tan pronto como el contratante tenga conocimiento de la realización del siniestro, deberá notificar del mismo a la aseguradora,

dentro de un plazo máximo de cinco días, por escrito, salvo lo pactado en el contrato (art. 66, LSCS). La falta de ese aviso facultará a la aseguradora para reducir la prestación debida hasta la suma que habría importado si el aviso se hubiere dado de manera oportuna, y para liberarse de sus obligaciones totalmente si la omisión de aviso inmediato se hubiera hecho con la intención de impedir que se comprobaran en forma oportuna las circunstancias del siniestro.

Asegurado

En los seguros de daños, el asegurado es la persona física o moral cuyo interés económico en la cosa se cubre con el seguro. En los seguros de vida, accidentes o enfermedades, es la persona física respecto de cuya existencia, integridad personal, salud o vigor vital se contrata el seguro; suele hablarse de *asegurado* para referirse a la cosa respecto de la cual se toma el seguro, y la ley alude también al *asegurado* para referirse al tomador o contratante. La persona asegurada tiene los cargos siguientes: *a)* poner en conocimiento del asegurador el cambio de dueño de la cosa asegurada (art. 107, LSCS); *b)* informarle, dentro de cinco días y por escrito, de la ocurrencia del siniestro (art. 66, LSCS); *c)* realizar todos los actos necesarios para evitar o disminuir los daños derivados del siniestro (art. 113, LSCS); y *d)* no variar el estado de las cosas después del siniestro (art. 114, LSCS).

Beneficiario

Es el titular del derecho al pago de la suma asegurada por razón de su interés económico en el bien, tratándose de seguros de daños, o por habersele designado así en el contrato mediante una cláusula beneficiaria, o por su carácter de heredero. Pueden ser uno o varios beneficiarios. El tercero es beneficiario del seguro aun cuando este ratifique el seguro después de haber acontecido el evento (arts. 9, 10, 11 y 12, LSCS). El beneficiario tiene los siguientes derechos y obligaciones: *a)* el beneficiario, al igual que el tomador o contratante, tiene la obligación de avisar, dentro del plazo máximo de cinco días siguientes a la fecha en que tenga conocimiento, de la realización de la eventualidad prevista en el contrato (art. 66, LSCS); y *b)* exigir a la aseguradora la indemnización prevista en el contrato.

Elementos reales

Los elementos reales del contrato de seguro son tanto la cosa respecto de la cual se celebra el contrato como las demás prestaciones de dinero a cargo de las partes, y que pueden especificarse como sigue: *a)* la obligación de resarcir el daño o de pagar una suma en efectivo al ocurrir el siniestro previsto en el contrato; *b)* la indemnización prevista en el contrato, esto es, la suma de dinero que la aseguradora se obliga a pagar al ocurrir la eventualidad prevista en el contrato; *c)* la obligación que asume el tomador de pagar la prima y esta misma; *d)* la cosa objeto del seguro, sobre la cual la aseguradora asume la obligación de pagar la suma asegurada al ocurrir el siniestro; y *e)* la póliza de seguros.

Elementos formales

El contrato de seguro es un contrato consensual; debe constar por escrito para efectos probatorios, pero no de eficacia del seguro. Las aseguradoras deben indicar de manera clara y precisa el alcance, las condiciones, exclusiones, limitantes, franquicias o deducibles y cualquier otra modalidad que se establezca en las coberturas o planes que ofrezcan, así como los derechos y las obligaciones de los contratantes, asegurados o beneficiarios, más las condiciones que administrativamente fije la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas (CNSF). Si se trata de contratos de adhesión, deben estar escritos en idioma español, con caracteres fácilmente legibles a simple vista y registrados ante la CNSF.

Aunque las condiciones generales del contrato de seguro deben constar por escrito tanto en el contrato de seguro como en la oferta de contrato (“solicitud” de contrato) y desde el momento en que el futuro tomador o contratante realiza la oferta, la póliza es el documento en el que se hacen constar los derechos y las obligaciones de las partes, además de que constituye la prueba del contrato (arts. 19 y 20, LSCS). En torno a la póliza girará el seguro, por exigencia legal, ya que es la prueba por excelencia, la forma legal del contrato.

La póliza

Sin perjuicio del carácter consensual del contrato, la póliza configura su manifestación escrita y la prueba por excelencia de su celebración; su entrega, por tanto, constituye una obligación de la aseguradora. La ley exige la exhibición de la póliza, o la confesional, para probar el contrato. En una tesis de la Corte de Casación de Francia, del 4 de julio de 1995, dicho tribunal resolvió que la prueba de la existencia de un contrato de coaseguro puede resultar de las menciones de un documento anexo a la póliza y que en tal caso las aseguradoras solo asumen responsabilidad en la proporción de la suma por ellas asegurada.¹²

La LSCS establece los requisitos mínimos que debe contener la póliza, que son los relativos a las partes, la suma asegurada, el bien asegurado, los riesgos, etc.: *a)* la firma de la aseguradora (es un documento unilateral); *b)* nombre y domicilio de los contratantes; *c)* la cosa o persona asegurada; *d)* riesgos asegurados; *e)* vigencia de la cobertura; *f)* suma asegurada; *g)* monto de la prima; y *h)* las demás cláusulas del contrato. Conforme al art. 25 de la misma ley, cuando el texto de la póliza no concuerda con la oferta, el tomador cuenta con un plazo de 30 días para pedir su rectificación; transcurrido dicho plazo caduca su derecho y el contrato se rige por el texto de la póliza. Asimismo, la póliza debe estar redactada con caracteres fácilmente legibles; en caso de pérdida o destrucción, deberá pedirse su cancelación o reposición según el procedimiento seguido para los títulos de crédito (arts. 23 y 27, LSCS), salvo que se trate de pólizas nominativas, en las que basta solicitar el duplicado de la misma a la aseguradora.

Naturaleza jurídica de la póliza

En la doctrina se ha discutido si la póliza de seguro es un documento meramente probatorio de la existencia del seguro, o si es un título de crédito y como consecuencia el documento necesario para exigir el pago de la suma asegurada; así, quienes consideran que la póliza de seguros es un título de crédito argumentan que la misma ley se refiere a pólizas al portador, a la orden o nominativas, además de su negociabilidad y el carácter ejecutivo que algunas leyes les atribuyen (art. 1053, CCo colombiano). Lo cierto es que no se trata de un título de crédito, entre otras razones porque no se satisfacen los requisitos de los citados títulos de crédito;¹³ no hay incorporación, ya que aunque no haya póliza hay seguro y hay derecho aun si no hay póliza; por tanto, no es un documento necesario para ejercitar el derecho al pago. En cuanto a la

legitimación, la póliza puede ser transmisible o no; en lo que toca a la literalidad, no se sabe –en la póliza– cuánto ni cuándo debe pagar la aseguradora, pues depende del siniestro; la póliza del seguro carece de autonomía, ya que la compañía aseguradora puede oponer al tenedor de dicha póliza todas las excepciones que tenga contra el reclamante (art. 3º, LSCS). Por ello, la póliza es un documento probatorio del seguro por excelencia.

Interés económico

El seguro de daños no puede ser fuente de lucro para el asegurado. Su misión es restablecer a su estado primigenio, tal como se encontraba antes de ocurrido el siniestro, un patrimonio afectado por el siniestro previsto en el contrato; y en el seguro de provecho expresado es indemnizar al asegurado por la privación de una ganancia que legítimamente deba obtener. Por tanto, solo es asegurable el interés económico sobre las cosas, sus frutos o productos, y no se puede exigir a la aseguradora que pague alguna suma que exceda de dicho interés (art. 85, LSCS). El interés asegurable es el interés o derecho que tenga el asegurado, el dueño, acreedor, depositario, en que la cosa no sufra un daño o pérdida. En cambio, en el seguro de personas ese interés es indeterminado; el asegurado le determinará el valor. Numerosos contratos de crédito bancario se otorgan con el requisito de que el acreditado contrate un seguro sobre su vida, que permita al acreditante cobrar, en caso de siniestro, el saldo a su favor.

El valor del interés asegurado se toma en cuenta en el momento del evento realizado (arts. 90 y 91, LSCS). Por ello, la pérdida total de la cosa extingue el contrato (art. 89, LSCS); si hay dolo y la cosa se aseguró por un valor más alto de la misma, puede exigirse el pago más daños y perjuicios. Entonces, el interés asegurado constituye el vínculo jurídico que provoca el derecho a la indemnización prevista en el contrato en caso de la realización del evento dañoso; dicho interés puede ser: *a) singular o único*; se refiere a uno solo, por ejemplo, un riesgo de muerte; *b) plural*, varias posibilidades de riesgo por el mismo seguro, como incendio y explosión: hay concurrencia de riesgos; y *c) indeterminado*, porque la aseguradora responde por el daño causado o por una cifra determinada, aunque hasta el límite de la suma y del valor real asegurados (art. 86, LSCS).

Excepcionalmente cabe el seguro contra cualquier riesgo, contra todo riesgo,

pero de una cierta actividad, por ejemplo, contra todo riesgo marítimo. La ley previene (arts. 98 y 99) que la aseguradora no responde de las pérdidas y daños causados por vicio intrínseco de la cosa; por guerra extranjera, guerra civil, movimientos populares, terremotos o huracanes, salvo estipulación en contrario del contrato.

Riesgo y siniestro

El riesgo. Un elemento esencial del concepto de seguro es el riesgo, un acontecimiento futuro e incierto para ambos contratantes. Todo contrato de seguro debe significar un riesgo para la aseguradora, por cuanto asume la obligación de resarcir al asegurado los daños que este, a su vez, resiente por la eventual realización del acontecimiento previsto. No hay seguro sin riesgo. El art. 45 de la LSCS alude a que el contrato de seguro es nulo si en el momento de su celebración hubiera desaparecido el riesgo, y si el riesgo deja de existir después de la celebración del contrato, este queda resuelto de pleno derecho.

El riesgo es la posibilidad de que ocurra un suceso patrimonial o biológicamente dañoso. La incertidumbre y el daño son los elementos del riesgo, de ahí que donde haya certeza sobre la realización del acontecimiento dañoso o sobre la imposibilidad de su realización, no habrá seguro. En el seguro de vida, la incertidumbre no radica en cuanto a si se realizará o no la muerte, sino en el momento de su realización.

El riesgo en materia de seguro, que es un acontecimiento incierto, difiere del civil, porque puede asegurarse también un acontecimiento pretérito, a condición de que su realización sea incierta para ambas partes, asegurador y tomador, pues si lo conocen el contrato será nulo (arts. 45 y 88, LSCS); por ejemplo, el seguro para cubrir los riesgos en tránsito de una mercancía que ya llegó a su destino, o bien cuando se hundió el barco que las llevaba y el tomador lo sabe. En seguros de vida está prohibido expedir cobertura con efectos retroactivos.

Las características del riesgo se detallan enseguida: a) la posibilidad de realización de un evento dañoso sobre una cosa respecto de la cual el contratante tiene interés económico de cualquier clase (art. 163, LSCS) o sobre una persona aunque no haya dicho interés, ganancia o perjuicio. El evento dañoso no necesariamente proviene de caso fortuito o fuerza mayor (art. 78, LSCS), ya que

puede derivar de la culpa del asegurado (por ejemplo, accidentes de tránsito), con tal de que no sea culpa grave de la cual pueda librarse la aseguradora; en todo caso, el evento dañoso debe ser un hecho susceptible de provocar un daño o una privación. De ahí que se excluyan el evento que sea cierto e inevitable o bien que sea imposible (ante la probabilidad de que ocurra el siniestro en relación con la prima, si la posibilidad es muy remota, la prima puede ser más baja), y el suicidio, si ocurre dentro de los dos primeros años de vigencia del seguro (art. 186, LSCS); *b*) opera como causa (remota) del contrato de seguro. El interés es la causa próxima en cubrir esa indemnización; *c*) no existe sin la cosa; y *d*) es un evento futuro, de lo contrario es nulo, pero puede ser pretérito.

Circunstancias abstractas del riesgo. Se trata de la existencia del riesgo, de la posibilidad de que pueda ocurrir un evento dañoso o de que suceda en determinado grado. La cuantificación de la prima depende de la probabilidad del siniestro, pero debe existir un estado de pendencia sobre la incertidumbre de la verificación del siniestro, sobre si el riesgo desaparecerá o si ocurrirá la eventualidad prevista en el contrato; si deja de existir ese riesgo en el momento de la celebración del contrato, este es nulo. En función del riesgo, los seguros pueden ser seguros de daños, de transporte, de personas (sobre la vida, infortunios, accidentes y enfermedad); seguros de cosas o bienes, de responsabilidad, y en cuanto al medio geográfico en que se realice el evento, seguro marítimo, aéreo y terrestre.

La aseguradora celebra el contrato y asume la obligación de pagar una suma de dinero o resarcir el daño previsto en el contrato al ocurrir el siniestro mediante el pago de una prima, que entre otros aspectos se fija en función del riesgo; por ello, la ley exige al contratante del seguro, desde que hace su oferta de seguro, informar sobre cualquier circunstancia que conozca o deba conocer en relación con la cosa o persona asegurada. Asimismo, obliga a dicha parte a informar a la aseguradora de cualquier agravación esencial del riesgo, de suerte que si no lo hace cesan de pleno derecho las obligaciones a cargo de la aseguradora. A su vez, la agravación en el riesgo faculta a la aseguradora para dar por rescindido el contrato.

La agravación del riesgo no surte sus efectos en los casos siguientes: *a*) si no ejerció influencia sobre el siniestro o sobre la extensión de las prestaciones de la aseguradora; *b*) si tuvo por objeto salvaguardar los intereses de la aseguradora o cumplir con un deber de humanidad; *c*) si la aseguradora renunció expresa o

tácitamente al derecho de rescindir el contrato por esa causa. Se tiene por renunciado ese derecho si la aseguradora, dentro de 15 días siguientes de haber recibido el aviso de agravación del riesgo, no comunica al asegurado su voluntad de rescindir el contrato.

El siniestro. El siniestro es la actualización de la eventualidad prevista en el contrato, un acontecimiento dañoso que provoca una disminución o pérdida del patrimonio en las personas en seguro de bienes, y la pérdida de la vida, de la salud o de la integridad personal en los seguros de personas. Para que exista contrato de seguro se requiere que exista esa eventualidad. El contrato de seguro es nulo si en el momento de su celebración hubiere ocurrido el siniestro (art. 45, LSCS). Al riesgo se refieren diversos preceptos de la LSCS: los arts. 1º, 60, 67, 68, 69 y 70, entre otros.

El contrato de seguro puede tener por objeto toda clase de riesgos, incluso el de lucro esperado, con la única limitación de que sea lícito; esto es, que no se trate de una actividad ilícita (contrabando, juegos prohibidos, etc.) o que el evento no tenga relación directa con una actividad ilícita.

Aviso del siniestro y exigibilidad del crédito. El siniestro constituye la realización del evento previsto en el contrato. Tan pronto como el contratante tenga conocimiento de la realización del siniestro, deberá ponerlo en conocimiento de la aseguradora, lo que deberá hacer dentro de un plazo máximo de cinco días, por escrito, salvo lo pactado en el contrato (art. 66, LSCS). La falta de ese aviso facultará a la aseguradora para reducir la prestación debida hasta la suma que habría importado si el aviso se hubiere dado de manera oportuna, y para liberarse de sus obligaciones totalmente si la omisión de aviso inmediato se hizo con la intención de impedir que se comprobaran oportunamente las circunstancias del siniestro. Igual obligación pesa sobre el beneficiario del seguro.

Ocurrido el siniestro, el asegurado, y en su caso el beneficiario, deben dar aviso del mismo a la aseguradora dentro de cinco días de que tengan conocimiento o deban tenerlo, o dentro de 24 horas en el caso del seguro de ganado y de granizo; si se trata de mora por caso fortuito o fuerza mayor, pueden dar el aviso tan pronto desaparezca el impedimento. Asimismo, el asegurado y el beneficiario deben proporcionar a la aseguradora toda clase de información sobre los hechos, las circunstancias y consecuencias del siniestro (art. 69, LSCS), ejecutar todos los

actos que tiendan a evitar o disminuir el daño y no variar el estado de la cosa, salvo consentimiento de la aseguradora, razones de interés público o en el caso de seguro contra granizo, de acuerdo con las circunstancias del caso.

El crédito derivado del seguro es exigible 30 días después de que la aseguradora ha recibido los documentos y la información correspondiente que le permita conocer el fundamento de la reclamación, en cuyo caso, de proceder, la aseguradora debe pagar la suma asegurada hasta el límite de la suma y del valor real asegurados, tomando en cuenta el momento de la realización del siniestro (art. 71, LSCS) o reparar la cosa asegurada a satisfacción del asegurado. En su caso, debe pagar de manera proporcional al daño causado si la suma es inferior al daño, y responder del siniestro aun cuando sea por culpa del asegurado, salvo culpa grave.

El principio de buena fe en el seguro

El contrato de seguro es un negocio jurídico de buena fe, *uberrimae bonae fidei*, cuyo concepto es más amplio y riguroso en virtud de la naturaleza del contrato y de la posición especial de las partes. A la aseguradora también se le exige dicha lealtad en el seguro en todo cuanto se refiere a la ejecución de sus obligaciones e interpretación de la póliza y de las condiciones generales del contrato.¹⁴

La buena fe, como se dijo, es un principio que prevalece en todos los contratos, y en materia de seguro incluso se invoca como uno de los elementos de existencia. La ley obliga a las partes, desde que el contrato se ha perfeccionado, a su cumplimiento, así como a las consecuencias que conforme a la ley y la buena fe correspondan a los contratantes. La buena fe en materia de seguros adquiere mayor relevancia: implica el deber de actuar con honestidad, con diligencia, correctamente, con verdad, tanto desde que se ofrece la celebración del contrato, al contestar las preguntas del cuestionario elaborado al efecto por las aseguradoras, como durante la vigencia del contrato.

En efecto, el proponente del seguro y contratante está obligado a manifestar a la aseguradora, desde que propone el contrato, todos los hechos importantes que puedan influir en las condiciones del seguro, y durante la vigencia del mismo, a informarle de cualquier agravación esencial en el riesgo. Las aseguradoras de buena fe celebran el contrato de seguro con base en la información

proporcionada por el contratante, sin comprobar la veracidad de su dicho, salvo en el caso de los contratos de personas en los que se exijan exámenes médicos. De ahí que el dolo y la mala fe sean sancionados por la LSCS:

- a) El art. 45 de la LSCS señala que en el caso de que el riesgo hubiere desaparecido en el momento de la celebración del contrato, si la aseguradora tiene conocimiento de ello, no tiene derecho al pago de la prima ni al reembolso de los gastos; si el contratante tenía conocimiento de que el riesgo hubiera desaparecido, no tiene derecho a la devolución de las primas y debe soportar los gastos correspondientes.
- b) En los casos de dolo o mala fe en la agravación del riesgo, el contratante pierde las primas anticipadas (art. 60, LSCS).
- c) La omisión del aviso del siniestro por parte del contratante o beneficiario, con la intención de impedir que se comprueben oportunamente las circunstancias en que ocurrió el mismo, desliga a la aseguradora de todas sus obligaciones derivadas del contrato (art. 68, LSCS).
- d) La disimulación o inexacta declaración de hechos que excluirían o podrían restringir las obligaciones de la aseguradora, por el contratante o el beneficiario, con el fin de hacer incurrir en error a la aseguradora, extinguen las obligaciones de esta (art. 70, LSCS).
- e) La realización del siniestro por dolo o mala fe del contratante, sus beneficiarios o causahabientes de cualquiera de ellos, libera de sus obligaciones a la aseguradora (art. 77, LSCS).
- f) La culpa grave del asegurado solo es causa de liberación de las obligaciones de la aseguradora si existe cláusula expresa (art. 78, LSCS).
- g) El seguro por un valor superior al valor real de la cosa, con dolo o mala fe, faculta a la otra parte para demandar u oponer la nulidad del contrato y exigir el pago de daños y perjuicios (art. 95, LSCS).

Coaseguro y reaseguro

Coaseguro. Se trata de la concurrencia de dos o más contratos de seguros sobre la misma cosa o persona y en la participación de estas en el pago de la

indemnización prevista al asegurado (arts. 2, fracc. v, LISF, y 100, LSCS). Existe coaseguro cuando el contratante celebra dos o más seguros para el mismo riesgo, sobre el mismo interés y por el mismo tiempo, es decir, cuando existen varios seguros con diversos aseguradores, con la predeterminación de la cuota entre los asegurados, en cuyo caso el contratante está obligado a hacer del conocimiento de cada una de las aseguradoras, y por escrito, la existencia de los contratos de seguros. En caso de que existan varias empresas para asegurar una misma cosa y por un mismo interés, el asegurado deberá dar aviso, con la indicación de la denominación social de las aseguradoras y las sumas aseguradas (art. 100, LSCS).

La ley no prohíbe que se celebren varios seguros respecto de un mismo riesgo e interés, pero sí prohíbe que el valor de la indemnización exceda al de la cosa, ya que el objeto del seguro es mantener en el mismo estado en que se encontraba el patrimonio antes del siniestro. Por ello, si dolosamente se omite ese aviso o si se contratan varios seguros para obtener un provecho ilícito, las aseguradoras se liberan de la obligación. En el caso de que se celebren varios contratos de seguro de buena fe, en la misma o diferentes fechas, por una suma total superior al valor del interés asegurado, los contratos serán válidos y obligatorios para cada una de las aseguradoras hasta el valor íntegro del daño sufrido, dentro de los límites de la suma asegurada. La aseguradora que pague podrá repetir contra todas las demás en proporción de las sumas respectivamente aseguradas.

Reaseguro. Este es un contrato por virtud del cual la aseguradora toma a su cargo total o parcialmente un riesgo ya cubierto por otra, o el remanente de daños que exceda de la cantidad asegurada por el asegurador directo¹⁵ (art. 10, fracc. II, LSCS). Por el reaseguro se superpone un contrato de seguro a otro contrato de seguro, siendo el primer asegurador parte en ambos contratos, en el primero como asegurador y en el segundo como asegurado. Es el seguro, total o parcial, que toman las aseguradoras respecto de los eventos dañosos que a su vez han asumido el riesgo con terceros.

El reaseguro es el contrato en virtud del cual una institución de seguros, una reaseguradora extranjera o una entidad reaseguradora del extranjero toma a su cargo, total o parcialmente, un riesgo ya cubierto por una institución de seguros o el remanente de daños que exceda de la cantidad asegurada por el asegurador directo (art. 20, fracc. XXV, LISF). Para Messineo, por el contrato de reaseguro el asegurador asegura con otro asegurador (reasegurador) el conjunto (reaseguro total) o una parte, llamada *excedente* (reaseguro parcial), de los riesgos asumidos

con los propios asegurados.¹⁶

El propósito de los reaseguros es distribuir los riesgos asumidos por las aseguradoras, desplazar su incidencia, en cuanto el asegurador revierte, en todo o en parte, aquellos riesgos gravosos sobre el reasegurador. Como afirma Díaz Bravo, las aseguradoras están legalmente obligadas a ceder a otras, en reaseguro, una parte de sus riesgos: “un mínimo de prudencia aconseja no mantener todas las cesiones dentro del mercado doméstico, pues un siniestro catastrófico... colocaría a dichos aseguradores en peligro de no recuperar de sus aseguradores nacionales, cuyos recursos serían insuficientes para ello, las crecidas sumas que requeriría el cumplimiento de sus obligaciones asegurativas.”¹⁷ En efecto, siniestros semejantes son los sismos ocurridos en México los días 19 y 20 de septiembre de 1985, por los que las aseguradoras habían recibido más de 90% de las reclamaciones esperadas y se vieron obligadas a cubrir el siniestro, pero gracias al reaseguro solo cubrieron más o menos 5% del total de las sumas aseguradas.

El contrato de reaseguro puede pactarse en forma simple u obligatoria. En el primer caso, se conviene en reasegurar un riesgo del asegurador producido por un riesgo que rompe la homogeneidad cualitativa o cuantitativa de sus riesgos, o que excede de los límites y contenido de un tratado antes estipulado, así como por riesgos excesivamente peligrosos para el asegurador, mientras que en el segundo la aseguradora contrae la obligación de ceder al reasegurador, y este, de adquirir determinados riesgos, siempre que se cumplan las condiciones preestablecidas en el contrato suscrito entre ambas, denominado *tratado de seguro*.¹⁸

Contraseguro. Es el convenio en virtud del cual una empresa de seguros se obliga a reintegrar al contratante las primas o causas satisfechas o cubiertas, cuando se cumplan determinadas condiciones (art. 10, fracc. III, LSCS). Se trata de hacer partícipe al contratante de la asunción del riesgo en el sentido de que de no realizarse el evento previsto en el contrato, el contratante tendrá derecho a la devolución de una parte de las primas o la reducción del importe de estas.

Seguros de daños o de cosas

El contrato de seguros de cosas, como su nombre lo indica, tiene por objeto los

riesgos, las pérdidas o los daños que sufran las cosas o que estas ocasionen por la eventualidad prevista en el contrato; también se denomina *seguro contra los daños*, en el cual la aseguradora responde solamente por el daño causado hasta el límite de la suma y del valor real asegurados (art. 86, LSCS). Cuando el interés asegurado consiste en que una cosa no sea destruida o deteriorada, se presume que el interés asegurado equivale al que tendrá un propietario en la conservación de la cosa (art. 87, LSCS).

Sin embargo, el concepto de seguro de daños es más amplio que el de cosas y comprende: *a)* responsabilidad civil y riesgos profesionales; *b)* marítimo y transportes; *c)* incendio; *d)* agrícola y de animales; *e)* automóviles; *f)* crédito; *g)* caución; *h)* crédito a la vivienda; *i)* garantía financiera; *j)* riesgos catastróficos (por ejemplo, terremoto, huracán); *k)* diversos y *l)* los especiales que declare la SHCP (art. 25, LISF). Dichos seguros comprenden los riesgos de pérdidas o daños que sufran las cosas; sin embargo, no todos los eventos dañosos son cubiertos por el seguro de cosas, sino que se requiere una cláusula especial (póliza adicional o endoso) o un contrato especial para ciertos eventos como el incendio, la explosión de gas usado para alumbrado o uso doméstico, fulminación o accidentes de la naturaleza como terremotos, rayos, etcétera.

Entre los seguros de cosas destaca el seguro de automóviles. Teóricamente, los riesgos cubiertos por este seguro debían serlo por otras ramas, como la de incendio, robo, responsabilidad y rotura de cristales; sin embargo, las peculiaridades del automóvil como vehículo desplazable, sumamente peligroso, ha excluido la aplicación directa de esos seguros y la aparición de un seguro particular que comprende dos, varios o todos ellos. El seguro de incendio ordinario no podría aplicarse porque el automóvil utiliza sustancias sumamente inflamables, base de su propulsión y lubricación, sistemas eléctricos y un motor que funciona a base de una serie sucesiva de explosiones. Lo mismo sucede con el robo de automóviles, que queda facilitado por sus características de desplazamiento fácil y normal y por el frecuente abandono de ellos sin vigilancia especial. Por todo ello ha surgido un ramo nuevo: el seguro de automóviles (como seguro mixto de otros seguros de daños).

El art. 25, inc. e), de la LISF se refiere expresamente al ramo de automóviles, y el art. 27, fracc. x, establece que el seguro para el ramo de automóviles comprende el pago de la indemnización que corresponda a los daños o pérdidas del automóvil, y a los daños o perjuicios causados a la propiedad ajena o a terceras

personas con motivo del uso del automóvil. Asimismo, las instituciones de seguros y sociedades mutualistas autorizadas a operar este ramo pueden incluir en las pólizas regulares los beneficios adicionales de gastos médicos y funerarios, así como accidentes personales a ocupantes del vehículo.

Los riesgos en este seguro son los daños en el vehículo por incendio, rayo, robo total, accidentes, rotura de vidrios, huelgas, alborotos populares, etc., los daños en propiedad ajena, muebles o inmuebles, así como los daños en la persona de terceros (atropellamiento), o una cobertura total o limitada. Existe un abanico de posibilidades en este seguro. No todos los daños producidos en el automóvil están comprendidos en el seguro, pues se excluyen, salvo que se pacten expresamente, los daños ocasionados fuera de los límites geográficos de la República Mexicana o de aguas territoriales; las roturas de cristales o piezas del mecanismo del automóvil por uso inadecuado, malas carreteras, sobrecarga, esfuerzo excesivo, infracción a reglamentos de tránsito, y enseñanza de manejo; los daños en el equipo especial; el lucro cesante o provecho esperado; los años por el desgaste normal, así como los riesgos extraordinarios, como terremotos, huracanes, inundaciones, guerras con Estados extranjeros, etcétera.

Una vez ocurrido el evento previsto en el contrato, los efectos y las obligaciones de las partes son semejantes a los del seguro de daños en general: la aseguradora debe ser informada del siniestro; el asegurado debe remitir a la aseguradora en forma inmediata las órdenes judiciales, citatorios o requerimientos que reciba relacionados con cualquier reclamación que haya presentado a la compañía; el asegurado tendrá la obligación de acudir a todas las diligencias administrativas o judiciales para las que sea citado con motivo del siniestro; en caso contrario, la aseguradora quedará relevada de sus obligaciones.

El asegurado no puede admitir su responsabilidad ni hacer ofertas, promesas o pago sin el consentimiento escrito de la aseguradora, la que tiene derecho, si así lo desea, de tomar por su cuenta y gestionar en nombre del asegurado la defensa o el arreglo de cualquier reclamación y seguir en nombre del mismo y en provecho propio toda reclamación por indemnización o daño y perjuicio contra terceros, para lo cual requiere poder bastante a su favor. En fin, el asegurado debe realizar los actos necesarios para el salvamento del vehículo o para disminuir los daños.

La indemnización se extiende solo al valor de la cosa, aunque el asegurador se

reserva el derecho de sustituir el automóvil por otro equivalente en caso de robo o destrucción total. Al producirse el siniestro queda reducido automáticamente a la cuantía pagada, salvo pacto en contrario.

Interés asegurable

Se denomina así todo interés económico que tiene una persona en que no se produzca un siniestro (art. 85, LSCS). Cuando dicho interés consiste en que una cosa no sea destruida o deteriorada, se presume que tal interés equivale al que tendría un propietario en la conservación de la cosa.

Suele suceder que el contrato de seguro se celebre por un tercero, acreedor del propietario de la cosa asegurada, como ocurre en el caso de los créditos de habilitación o avío y en los refaccionarios, así como en el arrendamiento financiero, en donde incluso se faculta a la institución de crédito y a la arrendadora financiera a contratar un seguro respecto de los bienes dados en prenda o en arrendamiento financiero; cuando se asegure una cosa ajena por el interés que en ella se tenga, se considerará que el contrato se celebra también en interés del dueño, pero este no podrá beneficiarse del seguro sino después de cubierto el interés del contratante y de haberle restituido las primas.

En el caso de que la cosa asegurada cambie de dueño, salvo el derecho de rescisión de la aseguradora, los derechos y las obligaciones derivados del contrato de seguro pasan al adquirente, pero el enajenante y el adquirente quedan obligados solidariamente con la aseguradora a pagar las primas vencidas y pendientes de pago en el momento de la transmisión de la propiedad (art. 106, LSCS). Los derechos y las obligaciones derivados del seguro no pasan al nuevo adquirente cuando el cambio del propietario tenga por efecto la agravación esencial del riesgo, y si dentro de los 15 días siguientes a la adquisición el nuevo propietario notifica por escrito a la aseguradora su voluntad de dar por terminado el contrato (art. 108, LSCS).

Infraseguro, supraseguro y seguros múltiples

Los conceptos de infraseguro, supraseguro y seguros múltiples se relacionan con el interés asegurable, el valor de la cosa asegurada y la suma asegurada.

- a) *Infraseguro*. Seguro que se contrata por una cantidad inferior al valor real de la cosa asegurada; es decir, tanto el asegurador como el asegurado se asocian proporcionalmente en cuanto al riesgo y cada quien corre con la proporción que le toca. La aseguradora solo responde del daño causado hasta el valor real de la cosa asegurada, por lo que si el asegurado contrató el seguro por una suma inferior al valor real del bien, la aseguradora solo pagará en caso de siniestro hasta el límite de esa suma y el resto lo sufre el contratante del seguro.
- b) *Supraseguro*. Caso en que el seguro se contrata por una suma mayor al valor real de la cosa asegurada. Si el asegurado obró de buena fe o sin dolo, el seguro es válido; la indemnización se reducirá a un importe igual al valor real de la cosa. Por otra parte, la aseguradora deberá devolver al asegurado el importe de la prima que se pagó en exceso, pero en el caso de que el contratante haya obrado de mala fe, la aseguradora hará suya la prima y no tendrá que indemnizar al asegurado si se realiza el siniestro.
- c) *Seguros múltiples*. Ocurre cuando se celebran varios seguros con diversos aseguradores por un mismo interés y respecto del mismo riesgo, obligándose el asegurado a dar a conocer a los aseguradores la existencia de la multiplicidad de seguros. Se diferencia del coaseguro en que este existe cuando se contrae el mismo riesgo sobre el mismo interés, por el mismo tiempo y respecto del mismo riesgo, es decir, se concluyen varios seguros con diversos aseguradores, con la predeterminación de la cuota entre los asegurados.

Los seguros de daños regulados por la *Ley sobre el Contrato de Seguro*

Seguro contra incendios. Es un contrato de seguro contra daños ocasionados por un incendio, por la combustión, por las llamas de cosas destinadas a ser consumidas por el fuego o no destinadas a serlo en ese momento. Por virtud de este contrato la aseguradora contrae la obligación de indemnizar los daños y las pérdidas causadas por incendio, explosión (combustión repentina de sustancias, daños por expansión de gases, acción mecánica de recipientes), fulminación (rayo) o accidentes de naturaleza semejante. En las pólizas mexicanas se comprende el incendio y el rayo, en tanto que para la explosión se requiere

convenio expreso (endoso) o cláusula expresa, aunque sin ella también responde la aseguradora por los daños producidos a causa de la explosión del gas empleado para alumbrado o uso doméstico; quedan excluidos los daños ocasionados por la calefacción o por vicio de la cosa.

Los daños objeto del seguro son los que materialmente resulten de un modo directo del incendio o del principio de incendio (art. 124, LSCS) o del rayo o explosión de gas. La ley establece la presunción de que los objetos perdidos o desaparecidos durante el incendio han sido o fueron destruidos por el mismo, salvo prueba en contrario (art. 126, LSCS); a pesar de cualquier estipulación en contrario, la aseguradora responde de la pérdida o la desaparición de los objetos asegurados que sobrevenga durante el incendio, a no ser que se demuestre que derivan de un robo.

El asegurado debe notificar a la aseguradora, dentro de 15 días, el estado de pérdidas y daños, inventario, planos y demás particularidades del evento y de la cosa dañada. El valor indemnizable para las mercancías y productos naturales es el precio corriente de plaza; para los edificios, el valor local de construcción, con deducción de las disminuciones ocurridas después de la construcción, pero si el edificio no se reconstruyere, el valor indemnizable no excederá del valor de venta del edificio, y para los muebles, objetos usuales, instrumentos de trabajo y máquinas, la suma que exigiría la adquisición de objetos nuevos, tomando en cuenta al hacer la estimación del valor indemnizable los cambios de valor que realmente hayan tenido los objetos asegurados (art. 128, LSCS). Después del siniestro, cualquiera de las partes puede dar por terminado el contrato, previo aviso con un mes de anticipación a la otra, pero en caso de que la rescisión provenga del asegurado, la aseguradora tiene derecho a la prima por el periodo en curso (art. 127, LSCS).

Seguro de provechos esperados. Es el contrato de seguro sobre la pérdida de los beneficios esperados o, dicho de otra manera, por el lucro cesante, en cuyo caso el interés asegurable es el valor del rendimiento que se hubiera obtenido de no sobrevenir el siniestro, pero se deducirán del valor indemnizable los gastos que no se hayan causado todavía ni deban causarse por haber ocurrido el siniestro.

Seguro contra granizo. Es el contrato de seguro contra los daños causados por el granizo, en el cual se faculta al asegurado para variar el estado de las cosas de

acuerdo con las exigencias del caso, pero siempre debe avisar del siniestro a la aseguradora dentro de las 24 horas siguientes a su realización (art. 131, LSCS).

Seguro de ganado. Es el contrato de seguro contra la enfermedad o muerte de ganado, por el cual la aseguradora asume la obligación de indemnizar los daños que de estos hechos se deriven. El valor del interés asegurable por la muerte del ganado es el valor de venta que tendría en el momento del siniestro; en caso de enfermedad, el valor del interés es el daño que directamente se realice; pero si el siniestro se debe a la falta de cuidado que debe tenerse con el ganado, la aseguradora queda libre de sus obligaciones. El asegurado debe avisar del siniestro a la aseguradora dentro de las 24 horas siguientes a su realización. La aseguradora debe responder por la muerte del ganado aun cuando esta se verifique dentro del mes siguiente a la fecha de terminación del seguro, siempre que tenga por causa una enfermedad contraída durante la vigencia del contrato.

La ley establece que el seguro no comprenderá el ganado que se enajene singularmente, y que no podrá rescindirse el contrato a causa de la muerte o enfermedad de un solo animal del ganado asegurado, lo cual es justo porque ello daría pauta a la aseguradora a liberarse del riesgo asumido con el seguro.

Seguro de transporte terrestre de cosas. Es el contrato de seguro contra los riesgos del transporte respecto de todos los efectos transportados por los medios propios de locomoción terrestre, aéreo o marítimo. Este seguro puede ser contratado tanto por el dueño de las mercancías transportadas como por cualquier otra persona que tenga interés o responsabilidad en su conservación, como el comisionista, el vendedor o el agente, en cuyo caso deberá expresarse el concepto por el que contrata el seguro (art. 140, LSCS).

En adición a los requisitos que establece el art. 20 de la LSCS para la póliza, la ley exige que se indique el nombre o la denominación social del transportista, las calidades específicas de los bienes asegurados, con expresión del número de bultos y la marca que tuvieren, así como el punto donde se deban recibir y en el que deban ser entregadas. Para efecto de determinar la responsabilidad de la aseguradora, en caso de deterioro por vicio de la cosa o transcurso del tiempo, debe justificar judicialmente el estado de las mercancías aseguradas, dentro de las 24 horas siguientes al aviso que de su llegada al lugar en donde deban entregarse le dé el asegurado.

El asegurado queda obligado a avisar de la llegada de las mercancías al lugar de

destino, pero no está obligado a avisar de su enajenación ni a denunciar a la aseguradora la agravación del riesgo. Ocurrido el siniestro y pagada la indemnización, la aseguradora se subroga en las acciones que competan al asegurado para repetir contra los transportistas por los daños de que fueren responsables. Hay que recordar que los transportistas terrestres asumen la obligación de pagar las pérdidas o averías de las mercancías, con arreglo al precio que a juicio de peritos tuvieren las mercancías en el día y lugar donde debió hacerse la entrega tomando en cuenta las indicaciones de la carta de porte, a menos que aleguen no tener responsabilidad en esos acontecimientos, en cuyo caso deberán probar que las pérdidas o averías no han sido por su culpa o negligencia, si alegan no tener responsabilidad (arts. 590, fraccs. VIII y IX, CCo, y 80 a 84, LVGC).

Seguro de responsabilidad. Es el contrato de seguro por el cual la aseguradora se obliga a pagar la indemnización que el asegurado deba a un tercero a consecuencia de un hecho (propio, de sus dependientes o con sus bienes) que cause el daño previsto en el contrato (art. 145, LSCS); el daño patrimonial, o patrimonialmente estimable, causado a un sujeto jurídico, e incluso el daño moral causado a terceros; esto es, el seguro contra la responsabilidad atribuye el derecho a la indemnización directamente al tercero dañado, quien se considera beneficiario del seguro desde el momento del siniestro. En caso de fallecimiento del tercero, su derecho al monto del seguro se transmite por sucesión, salvo que la ley o el contrato que establezcan para el asegurado la obligación de indemnizar señale los familiares del extinto a quienes deba pagarse la indemnización sin necesidad de juicio sucesorio. Los gastos que resulten de los procedimientos seguidos contra el asegurado son a cargo de la aseguradora, salvo pacto en contrario. En caso de que el tercero sea indemnizado en todo o en parte por el asegurado, este debe ser reembolsado proporcionalmente por la aseguradora.

En caso de que no se determine el monto indemnizatorio o la suma asegurada obligatorios, la aseguradora responde solamente por el daño causado hasta el límite de la suma y del valor real asegurados.

En el seguro contra la responsabilidad, la aseguradora puede responsabilizarse de las indemnizaciones que el asegurado deba a un tercero: a) por hechos ocurridos durante la vigencia de la póliza o en el año anterior, siempre que la reclamación se formule por primera vez y por escrito al asegurado o a la empresa

durante la vigencia de dicha póliza, o bien, *b)* por hechos ocurridos durante la vigencia de la póliza, siempre que la reclamación se formule por primera vez y por escrito al asegurado o a la empresa en el curso de dicha vigencia o dentro del año siguiente a su terminación. No serán admisibles otras formas de limitación temporal de la cobertura, pero sí la ampliación de cualquiera de los plazos indicados. La limitación temporal de la cobertura es oponible al asegurado y al tercero dañado, aun cuando desconozcan el derecho constituido a su favor por el seguro (art. 145 bis, LSCS).

El asegurado no puede admitir su responsabilidad ni hacer ofertas, promesas o pago sin el consentimiento de la aseguradora. Ningún reconocimiento de adeudo, transacción o cualquier acto semejante le es oponible a la aseguradora. La confesión de la materialidad de un hecho no puede ser asimilada al reconocimiento de una responsabilidad. El aviso del siniestro, a diferencia del seguro de cosas, debe hacerse a la aseguradora tan pronto como se exija la indemnización al asegurado; en caso de juicio, el asegurado debe proporcionar a la aseguradora todos los datos y pruebas necesarios para la defensa.

Seguro de caución. Por el contrato de seguro de caución la aseguradora se obliga a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad de los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites previstos en dicho contrato, al producirse las circunstancias acordadas en el mismo en relación con el incumplimiento por el contratante del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, excluyendo las obligaciones relacionadas con contratos de naturaleza financiera. Todo pago hecho por la aseguradora deberá serle reembolsado por el contratante del seguro.

A diferencia de las demás pólizas, la del seguro de caución debe contener la firma del contratante del seguro; también debe incluir una cláusula en la que se señale que la aseguradora asumirá el riesgo ante el asegurado mediante la expedición de un certificado de seguro de caución, al que el contratante del seguro reconoce la misma fuerza y validez que a la póliza. Dicho certificado trae aparejada ejecución para cobrar la indemnización y accesorios correspondientes, siempre que vaya acompañada de los comprobantes establecidos en el propio certificado, a efecto de acreditar a la aseguradora que se produjeron las circunstancias acordadas para hacer exigible el monto líquido de las indemnizaciones previstas en el certificado y sus accesorios, y que se presente dentro del término previsto en el certificado, no mayor de 30 días naturales,

contado desde el día siguiente a la fecha en que la empresa aseguradora haya recibido la reclamación del asegurado con esos comprobantes.

Asimismo, la póliza de seguro de caución que expide la aseguradora trae aparejada ejecución, a efecto de que esta obtenga del contratante del seguro o sus obligados solidarios el anticipo del monto líquido de la indemnización que el asegurado haya requerido a la empresa de seguros o el reembolso de su pago al asegurado, siempre que la suma reclamada no exceda de la indemnización prevista en la póliza, sus accesorios y las primas adeudadas; se acompañe el requerimiento o el recibo de pago de la indemnización suscrito por el asegurado o por su representante legal, o la certificación respecto del pago de la indemnización cubierta al asegurado que realice la aseguradora y se haga valer, hayan transcurrido 10 o más días naturales desde el día siguiente a aquel en que la aseguradora requiera el anticipo o el reembolso al contratante del seguro.

Seguro marítimo. El contrato de seguro marítimo es aquel por el cual la *aseguradora* se obliga, mediante el pago de una prima, a indemnizar a otra persona, llamada *asegurado*, hasta el límite de una suma fijada, por los daños patrimoniales que sufra en una expedición marítima. El contrato de seguro marítimo en México se encuentra regulado en la LNCM en los arts. 186 a 253 inclusive, en los que destacan los conceptos que se detallan a continuación:

1. *Asegurador.* Institución de seguros que se obliga a reintegrar cualquier pérdida financiera que pueda sufrir el asegurado dentro de la extensión del contrato, a cambio del cual este último se compromete a pagar una retribución. La aseguradora deberá asumir los riesgos convenidos, indemnizar al asegurado y extender y entregarle la póliza respectiva debidamente firmada.
2. *Asegurado.* Es la parte en el contrato que, teniendo interés, asegura a su beneficiario o al de un tercero. Es también la parte que queda libre en el riesgo. El seguro marítimo, al igual que todo seguro, puede contratarse por cuenta propia o de un tercero. Su vigencia no puede supeditarse al pago de la prima o la entrega de la póliza o de cualquier otro documento equivalente. La póliza podrá expedirse a nombre del solicitante o de un tercero.

Puede ser objeto de seguro toda la carga o parte de ella, y si se hubiese

designado solo por su género, se consideran aseguradas todas las que de tal género existiesen en el buque.

La vigencia del seguro sobre la mercancía se inicia en el momento en que son entregadas al transportista y termina cuando son desembarcadas y puestas a disposición del consignatario. Cuando se cambia la ruta y se sufre un siniestro, el asegurador solo responderá si el cambio fue para auxiliar a buques o a personas en peligro. Para hacer la indemnización se considera como valor del buque el que tenga al iniciarse el riesgo.

Aunque existen responsabilidades del asegurador por avería gruesa, daños, siniestros o abordaje contra terceros, el seguro marítimo en México contempla todas las posibilidades de riesgo, y la legislación respectiva se encuentra actualizada, sin omitir que las cláusulas manuscritas en las pólizas prevalecerán sobre las impresas, lo cual deja abiertas las prerrogativas de contratar y pactar conforme a sus intereses, siempre que el asegurador y el asegurado así lo manifiesten.

3. *Beneficiario.* Se considera tal a la persona en favor de quien se debe la indemnización por la consecuencia económica del riesgo realizado.
4. *Riesgo marítimo.* Exposición de una cosa o eventualidad dañosa vinculada de manera directa con la navegación marítima; también se entiende como la posibilidad de un hecho futuro e incierto que puede ocasionar un daño o perjuicio a los patrimonios o bienes asegurados. Entre los riesgos marítimos se encuentran la tempestad, el naufragio, la pérdida o ruina de la embarcación en el mar, río o lagos navegables, que se traduce en pérdida, desgracia o desastre; la varadura (encallar el buque en la costa o en un banco de arena); el abordaje, el choque de dos buques borda contra borda causándose daños; el choque de buques contra instalaciones portuarias, hidroaviones posados en el mar, plataformas marinas petroleras científicas, etc.; así como el cambio forzado de ruta, el cual se realiza por motivos climatológicos (tempestad, lluvia, niebla), guerra, etc.; la echazón, es decir, la acción y efectos de arrojar al agua la carga, parte de ella u otros objetos pesados de un buque, cuando es necesario aligerarlo de manera transitoria por causa de un temporal; el incendio, la acción del fuego que abrasa y destruye las partes de un buque, carga y demás elementos susceptibles de inflamarse y que constituyen las partes de un buque; la guerra entre dos o

más naciones, o entre bandos de una misma nación que pueden dañar un buque, la carga o los elementos que constituyen el navío; y el embargo, esto es, la retención o secuestro de bienes por mandato judicial que pueda recaer sobre un buque. Algunos de estos seguros se refieren enseguida.

- a) *Seguro de casco.* Incluye los riesgos o intereses del casco o cuerpo del buque y se expide para protegerse de los riesgos de la construcción; en él se garantiza desde que se adquieren los materiales para su obra hasta las pruebas del mar previstas a la entrada del buque; los riesgos de puerto, en que se cubre los riesgos de un buque amarrado por tiempo indefinido, ya sea para servir de almacén o para otra finalidad, así como los riesgos de la navegación, que comprende el casco y la maquinaria durante el tiempo de navegación del buque. Este seguro también se llama *sobre cuerpos* y generalmente se contrata por tiempo determinado (un año), aunque puede también contratarse por viaje.
- b) *Sobre mercancías.* Se expide para cubrir los riesgos a que están expuestas las mercancías durante los viajes marítimos, por viajes mixtos o combinados, o los denominados *de puerto a puerto*. Puede ser de buques determinados, en que es necesario determinar el buque en que se transportarán las mercancías.
- c) *Seguro de contenedores.* Sirve para cubrir los riesgos a que pueden estar expuestos los contenedores en los viajes por mar.
- d) *Seguro de fletes.* Seguro del transporte en el que tienen interés tanto el armador como el fletador sobre el importe no cumplido o que se tenga por cumplir sobre un flete; este seguro cubre ambas situaciones.
- e) *Seguros de protección e indemnización.* Surgen en 1854 cuando se emite la ley inglesa *Merchant Shipping Act*, que trata de la responsabilidad de los armadores frente a terceros. Los armadores se unieron en sociedades mutualistas que pretendían proteger a sus asociados contra la responsabilidad civil extracontractual del armador frente a terceros, lo que dio lugar a los clubes de protección e indemnización, que garantizaban, entre otros aspectos, la responsabilidad por muerte o lesiones personales derivadas de abordaje y excluidas de la póliza de casco; riesgos de la carga transportada; riesgos de defensa legal, demora y fletes, etc. Actualmente existen más de 15 clubes de este tipo en el

mundo, y las coberturas que otorgan son: i) protección e indemnización por lesiones personales, gastos de cuarentena, responsabilidad de abordaje, daños a la propiedad, gastos de manutención y alojamiento, responsabilidad por contratos de remolque, remoción de restos, pérdidas o daños a la carga, responsabilidad frente a la carga transportada, contribución de las mercancías en averías gruesas, multas impuestas a un asociado, contribución del buque en avería gruesa, y gastos judiciales; ii) fletes, demoras y defensas: flete muerto y demoras, servicios de salvamento, incumplimiento de contrato, reparación negligente del equipo de aprovisionamiento o de combustible, arresto del buque u otras acciones derivadas de la acción impropia de los órganos del Estado, y acción impropia de las autoridades del puerto; iii) guerra y huelgas, y iv) contaminación.

- f) *Seguros de responsabilidad de astilleros.* Seguros contra los daños o pérdidas que sufren los buques durante las reparaciones que se les hacen en un astillero y, desde luego, incluyen las pruebas o maniobras que deben realizarse con ese motivo en un radio de 100 millas náuticas.
- g) *Sobre deudas.* Contrato de seguro para el caso de feliz arribo del buque, sobre las deudas contraídas por motivo de asistencia y salvamento. También existe el seguro sobre solvencia, que tanto los acreedores del armador como los del cargador, con base en el interés que tienen sobre el buque o sobre la carga, pueden asegurar, como los acreedores hipotecarios de un buque.
- h) *Por cuenta de tercero o por cuenta de quien él corresponda.* Seguro contratado por una persona que no tiene interés jurídico económico sobre el bien asegurado y, por tanto, lo contrata en favor de quien sí lo tiene en el momento de ocurrir el siniestro. Este es el caso típico del vendedor en las ventas con expedición como la venta CIF, en las que, de acuerdo con los Incoterms, el vendedor debe contratar un seguro sobre las cosas vendidas y obtener la póliza correspondiente.
- i) *De póliza flotante.* Contrato de seguro contra los riesgos de mercancías indeterminadas que viajan en un buque hasta por un plazo límite convenido. La prima se determina con base en los riesgos corridos y en relación con la existencia de mercancías a bordo.

Contrato de seguro de personas

Comprende todos los riesgos que puedan afectar a la persona del asegurado en su existencia, integridad personal, salud o vigor vital (art. 151, LSCS). Cubre un interés económico de cualquier especie y en estos casos la aseguradora no puede subrogarse en los derechos del asegurado o del beneficiario contra terceros. El seguro de personas es el que garantiza a la persona del asegurado el pago de una suma de dinero por enfermedad, muerte o incapacidad y los demás riesgos que lo afectan directamente. Dichos riesgos se consideran en el aspecto patrimonial, condición indispensable para que el hombre pueda producir y crear valores. Se consideran elementos personales del seguro de personas la aseguradora, el asegurado, el contratante y el beneficiario.

La aseguradora. Sociedades anónimas constituidas y autorizadas para actuar como instituciones de seguros, así como las sociedades mutualistas de seguros (solo opera con sus propios socios).

El asegurado. Individuo que protege la cobertura del seguro, sobre cuya persona, salud o integridad se basa la indemnización y que no necesariamente es el beneficiario, y nunca cuando el seguro es de vida para el caso de muerte. La edad (y la capacidad de ejercicio) del asegurado es decisiva en la determinación de la prima e incluso para la posible inasegurabilidad (menos de 12 años o sujeto a interdicción, art. 172, LSCS): *i)* si la edad declarada se encuentra dentro de los límites de admisión (desde 12 años), el contrato surte sus efectos; se ajusta la prima a la edad real si esta es superior a la declarada; si fuere inferior, la suma se reduce proporcionalmente; cuando se descubre la inexactitud después del pago por la aseguradora, los beneficiarios deberán reembolsarle lo que hubiere pagado de más; *ii)* si se descubre después de la muerte del asegurado, pero antes del pago, la suma asegurada se ajustará a la que hubiera correspondido conforme a la edad real y las primas pagadas; y *iii)* si durante la vida del asegurado se comprueba de manera fehaciente su edad, el asegurador no podrá exigir después otra prueba sobre ella.

El seguro para el caso de muerte de un tercero es nulo si el tercero no diere su consentimiento, que deberá constar por escrito antes de la celebración del contrato, con indicación de la suma asegurada, salvo el seguro sobre la vida del cónyuge o del hijo mayor de edad, que es válido sin el consentimiento; es posible un seguro recíproco en un solo acto.

El contratante. Persona que tiene interés en el seguro, quien propone a la aseguradora la celebración del contrato, lo celebra y paga la prima; el contratante del seguro es a la vez el asegurado cuando el objeto del seguro es su propia persona, es decir, el contratante es el titular del interés asegurado, susceptible de valuación.

En caso de falta de pago ocurrida después de cubrir tres anualidades consecutivas, el seguro queda reducido de pleno derecho, de acuerdo con las normas técnicas establecidas para el caso, las cuales deberán figurar en la póliza. En ese caso, el asegurado tiene derecho al reembolso inmediato de una parte de la reserva matemática.

Igual derecho tienen los beneficiarios cuando la muerte de la persona asegurada es causada injustamente por el contratante del seguro, aunque el contrato es ineficaz. El seguro temporal con duración menor de 10 años no obliga a la aseguradora, salvo pacto, a conceder valores garantizados para el caso de muerte.

El beneficiario. Destinatario de la prestación del seguro a cuyo favor se pacta. Si dicho beneficiario no es el propio asegurado o contratante, entonces es un tercero quien se beneficia del seguro.

El asegurado tiene derecho a designar uno o más terceros como beneficiarios sin necesidad de consentimiento de la aseguradora, así como a disponer libremente de derechos derivados del seguro por acto entre vivos o por causa de muerte. Cuando se designa un solo beneficiario y este muere antes o al mismo tiempo que el asegurado, el importe del seguro se paga a la sucesión de los bienes del asegurado, a menos que este hubiera renunciado a la revocación del beneficiario y así constare en la póliza. La renuncia de la herencia por los descendientes, cónyuge supérstite, padres, hermanos o abuelos del asegurado, no implica la renuncia del beneficio del seguro.

Si los beneficiarios designados son el cónyuge o sus descendientes, los derechos derivados no serán susceptibles de embargo, ni de ejecución por concurso o quiebra (art. 180, LSCS); por tanto, en caso de quiebra o concurso del asegurado, su cónyuge o descendientes beneficiarios de un seguro sobre la vida sustituirán al asegurado en el contrato, a no ser que rehúsen en forma expresa esta sustitución.

Los efectos de la designación de beneficiario quedan en suspenso cuando se declara el estado de concurso o quiebra al asegurado o se embarguen sus bienes sobre el seguro, pero se restablece cuando estos quedan sin efecto, a menos que se trate de designación irrevocable de beneficiario.

El beneficiario pierde todos sus derechos si atenta injustamente (causa grave, dolo) contra el asegurado. Cuando hay un solo beneficiario y este muere, los derechos se pagan a la sucesión del asegurado, si no es irrevocable. En caso de que existan dos o más beneficiarios, deben designar un representante común. Cuando se designa a los hijos del asegurado sin mención expresa de sus nombres, se entiende que son designados los descendientes que debieran sucederle en caso de herencia legítima, y si se trata de cónyuge designado como beneficiario, se entenderá el que sobreviva.

Cobertura

Como se señaló, el seguro cubre tanto la pérdida de la vida como la supervivencia, o los daños o las enfermedades de las personas. Cubre tanto la vida propia del tomador del seguro como la ajena, con tal de que quien lo contrata tenga algún interés en la vida del tercero.

Principales referencias con el seguro de cosas

A diferencia del seguro de cosas, el seguro de personas, como su nombre lo indica, versa sobre la persona, su integridad, salud o vigor vital. El seguro de personas no tiene carácter de resarcitorio, como ocurre en el seguro de cosas; el objeto del seguro no es restablecer el estado en que se encontraba el patrimonio del asegurado antes del siniestro.

En el seguro de personas no se admite la subrogación del asegurador, porque la vida o la integridad personal no pueden tasarse. Tampoco se aplican las reglas del sobreseguro; la persona puede ser objeto de varios seguros y por cantidades distintas.

Aseguramiento de tercero

Aunque el contrato de seguro es válido sobre la persona de un tercero, es nulo para el caso de muerte de dicho tercero si este no da su consentimiento; si la muerte del asegurado es causada injustamente por el tomador, el contrato será ineficaz (art. 167, LSCS); y será nulo si se trata de un seguro para el caso de muerte de un sujeto a interdicción o de un menor de 12 años que no ha otorgado su consentimiento ni lo ha dado su representante legal.

Es válido el seguro recíproco en un solo acto. Asimismo, el seguro sobre la vida del cónyuge que celebre el otro cónyuge, o del hijo mayor de edad que celebre su padre, serán válidos sin el consentimiento de estos.

Responsabilidad en caso de suicidio

La aseguradora está obligada aun en caso de suicidio del asegurado, cualquiera que sea el estado mental del suicida o el móvil del suicidio, si este se verifica después de dos años de la celebración del contrato; si ocurre antes, solo reembolsará la reserva matemática, lo anterior en atención a que, como se dijo, el contrato de seguro es un contrato de buena fe, y si la persona respecto de cuya vida se celebró el contrato se suicida, se supondría que se aseguró a sabiendas de que se suicidaría. Por ello, transcurrido el plazo de dos años, se considera que el contrato es indisputable y que la aseguradora debe pagar la indemnización prevista en el contrato.

Algunos tipos de seguros de personas

Estos seguros son de la más variada índole. Pueden tratarse de: *a)* un seguro ordinario de vida para el caso de muerte, por el cual se pagan las primas mientras vive el asegurado y al morir este nace el derecho para sus herederos al cobro de la indemnización; *b)* seguro con pagos limitados, por el cual solo se paga la prima de seguro durante un tiempo determinado de vida; así, por ejemplo, con un pago de prima durante 10 años, o hasta que el asegurado alcance determinada edad (75 años); *c)* seguro de vida con prima única, en el cual se efectúa un solo pago de la prima y existe el derecho a la indemnización si ocurre la muerte o si el asegurado cumple la edad máxima; *d)* seguro de vida mancomunado, en el que se estipula el pago de la suma asegurada al beneficiario al morir la primera de dos o más personas; *e)* seguro temporal, por el que la aseguradora asume la

obligación de pagar si la muerte del asegurado ocurre durante un plazo determinado; y f) seguros de supervivencia para el caso de que el asegurado fallezca dentro de un plazo determinado. Entre dichos seguros figuran los que se detallan a continuación.

Seguro de grupo. Conforme a la *Ley del Seguro Social* (LSS), en el seguro de grupo o empresa la aseguradora se obliga por la muerte o la duración de la vida de una persona determinada, por la simple razón de pertenecer al mismo grupo o empresa, mediante el pago de primas periódicas, sin necesidad de examen médico obligatorio. Como sostiene la Condusef, el seguro de grupo está dirigido a los integrantes de empresas y organizaciones que enfrentan el riesgo de pérdidas financieras a causa de eventos aleatorios, por lo que busca brindar protección contra los riesgos de fallecimiento, invalidez y accidentes; se aseguran conjuntos de individuos aprovechando el vínculo que los agrupa, a fin de obtener condiciones de contratación más atractivas y accesibles, eliminar requisitos para la contratación y ofrecer condiciones favorables de costo y una fácil administración.

Este contrato tiene por objeto asegurar a un grupo, es decir, a un conjunto de personas que pertenecen a una misma empresa o que mantienen un vínculo o interés común que sea lícito, previo e independiente a la celebración del contrato de seguro contra riesgos propios de la operación de vida. En este caso, el asegurado tiene la obligación de pagar las primas del seguro correspondientes al primer año, y puede pactarse la suspensión de los efectos del seguro o la rescisión de pleno derecho cuando el pago de las primas no se haga de manera oportuna.

En los términos del *Reglamento del Seguro de Grupo para la Operación de Vida y del Seguro Colectivo para la Operación de Accidentes y Enfermedades* (RSG), en su art. 2º, son grupos asegurables cualquier conjunto de personas que pertenezcan a una misma empresa o que mantengan un vínculo o interés común que sea lícito, previo e independiente a la celebración del contrato de seguro, entre los cuales podemos mencionar: a) los empleados y obreros de un mismo patrón o empresa, los grupos formados por una misma clase en razón de su actividad o lugar de trabajo, que presten su servicio a ese patrón o empresa; b) los miembros de sindicatos, uniones o agrupaciones de trabajadores y sus secciones o grupos; c) los cuerpos del ejército, de la policía o de los bomberos, así como las unidades regulares de los mismos; d) las agrupaciones constituidas

de manera legal y que por la clase de trabajo u ocupación de sus miembros constituyan grupos asegurables, con aprobación de la Comisión Nacional de Seguros; y e) empleados de empresas legalmente constituidas, incluyendo los empleados de organismos gubernamentales, empresas paraestatales y descentralizadas; gobierno federal; secretarías de Estado; ayuntamientos; gobiernos de los estados y municipios, miembros de sindicatos y uniones; afiliados; federaciones, así como agrupaciones legalmente constituidas como colegios.

Se diferencia del seguro colectivo en que este tiene por objeto riesgos propios de la operación de accidentes y enfermedades para grupos no identificados, pero es operado de manera similar al seguro de grupo. Para el caso de los seguros de grupo y de los seguros colectivos cuyo objeto sea otorgar una prestación laboral, cuando exista cambio de contratante, la aseguradora reembolsará a quienes hayan aportado la prima, de manera proporcional, la prima neta no devengada y en su caso los beneficios derivados de ese contrato.

En los seguros de vida, cuando un miembro del grupo se separa de este, la aseguradora tendrá la obligación de asegurar, por una sola vez y sin requisitos médicos, al integrante del grupo que se separe en forma definitiva del mismo, en cualquiera de los planes individuales de la operación de vida que esta comercialice, con excepción del seguro temporal y sin incluir beneficio adicional alguno, siempre que su edad esté comprendida dentro de los límites de admisión de la aseguradora.

Para ejercer este derecho, la persona separada del grupo o colectividad deberá presentar su solicitud a la aseguradora, dentro del plazo de 30 días naturales a partir de su separación.

Seguro dotal. Contrato de seguro por el cual la aseguradora se obliga a pagar la suma asegurada si la muerte del asegurado ocurre durante un cierto periodo, o si muere al cumplirse el plazo convenido.

Seguro de accidentes y enfermedades. Se trata de un seguro sobre personas en su integridad, salud o vigor vital (art. 162, LSCS). El art. 200 de la LSCS establece que en el seguro contra accidentes, y salvo el caso en que se haya pactado de manera expresa que la prestación convenida se cubra en forma periódica, la aseguradora deberá pagar en forma de capital, siempre que el accidente cause al asegurado una disminución de su capacidad para el trabajo que deba estimarse

como permanente.

Terminación del seguro

El contrato de seguro puede ser pactado por un plazo determinado, o bien sin plazo, por un evento, o durante la vida de una persona. Como los demás contratos, termina por acuerdo entre las partes, por vencimiento del término, por rescisión, por haberse realizado la eventualidad prevista en el contrato o por haber desaparecido la cosa o persona asegurada, no obstante lo cual prevalecen las obligaciones de la aseguradora, tal como se explica enseguida:

- a) *Agravación esencial del riesgo.* La responsabilidad de la aseguradora termina 15 días después de la fecha en que comunique su resolución al asegurado de dar por terminado el contrato; si la aseguradora no comunica dentro de los 15 días de haber recibido el aviso escrito de esa agravación su voluntad de rescindir, se entiende que el contrato sigue vigente. La aseguradora tiene derecho a rescindir el contrato por la agravación del riesgo cuando, por hechos del asegurado, se agraven las circunstancias esenciales que por su naturaleza deban modificar el seguro, aunque prácticamente no lo modifiquen (art. 63, LSCS), salvo que no hayan influido en el siniestro.
- b) *Omisión o inexacta declaración.* La aseguradora tiene derecho a rescindir el contrato por omisión o inexacta declaración, salvo en los casos siguientes: i) la aseguradora provocó la omisión o inexacta declaración; ii) la aseguradora conocía o debía tener conocimiento del hecho no declarado; iii) el asegurado no debía tener conocimiento exacto del hecho que ha sido declarado inexactamente; iv) cuando la aseguradora renunció a la rescisión por omisión o inexacta declaración; v) cuando el declarante no contestó alguna cuestión del cuestionario y la aseguradora.
- c) En caso de daño parcial por el cual se reclama una indemnización, si la aseguradora opta por la rescisión, esta será a más tardar en el momento del pago de la indemnización (art. 96, LSCS), en cuyo caso la responsabilidad de la aseguradora termina 15 días después del aviso al asegurado, reembolsando la prima no vencida y el resto de la suma asegurada. Si no se rescinde el contrato, la aseguradora se obliga por el resto de la suma

asegurada (art. 97, LSCS).

- d) Por cambio de dueño del objeto asegurado. La aseguradora podrá rescindir el contrato dentro de 15 días de que tenga conocimiento de dicho cambio, pero su obligación termina 15 días después de avisarle al nuevo adquirente. Los derechos y las obligaciones del seguro pasan al nuevo adquirente, a menos que el cambio de propietario agrave esencialmente el riesgo o que el nuevo adquirente notifique su intención de darlo por terminado.

Cesación de efectos y exención de obligaciones

Cesan los efectos del seguro y, como consecuencia, la aseguradora no está obligada a pagar la suma asegurada, a las 12 horas del último día del plazo de 30 días en el que debió pagarse la prima o la fracción de ella en el caso de pago en parcialidades, a menos que se pacte préstamo automático de prima. También cesan sus efectos cuando el asegurado omite dar aviso o provoca una agravación esencial del riesgo (un hecho importante para la apreciación de un riesgo, de tal suerte que la empresa habría contratado en condición diversa si lo hubiere conocido), así como por pérdida total de la cosa asegurada por causa extraña al riesgo.

La aseguradora queda liberada de sus obligaciones en los casos siguientes: por omisión del aviso inmediato del siniestro para impedir que se compruebe la circunstancia del siniestro (art. 68, LSCS); por declaración inexacta o disimulación con el fin de hacer que la empresa incurra en error (art. 70, LSCS); no responde por pérdidas o daños causados por guerra extranjera, civil, movimientos populares, terremotos, huracán, salvo estipulación expresa en contrario; tampoco responde cuando se ha contratado con varias empresas contra el mismo riesgo y por el mismo bien para obtener un provecho ilícito y no se avisa a la aseguradora (art. 101, LSCS).

Prescripción

Conforme al art. 81 de la LSCS, las acciones derivadas del seguro de vida, tratándose de la cobertura de fallecimiento, prescriben en cinco años, y en dos años en todos los demás casos, contados desde la fecha del acontecimiento que

les dio origen; pero tratándose de la realización del siniestro, desde el día en que haya llegado a conocimiento de los interesados, quienes deben demostrar que hasta entonces ignoraban dicha realización, y si se trata de terceros beneficiarios se requiere, además, que estos tengan conocimiento del derecho constituido a su favor.

La prescripción en materia mercantil comienza a correr desde el día en que pudo ser legalmente ejercitada en juicio;¹⁹ pero en seguros es distinto, desde que ocurrió el evento dañoso, con las salvedades apuntadas. Halperin²⁰ sostiene que en el seguro, como en todas las acciones, la prescripción comienza en cuanto puede hacerse valer el derecho en justicia, principio aplicable para el caso de iniciar de nuevo el cálculo de la prescripción por haberse interrumpido esta y en los casos señalados. Es decir, la prescripción corre cuando puede correr: *actioni nondum natae non praescribitur*. El término de la prescripción comienza a correr desde el día en que el derecho puede ser hecho valer, sin que se pueda prorrogar el plazo fijado por la ley para la prescripción, en razón de que las disposiciones relativas a tal institución son de orden público, por lo que acudir a la supletoriedad de las disposiciones sustantivas civiles, que establecen la figura de la renuncia tácita a la prescripción ganada, no es válida por haber incompatibilidad con una norma expresa del CCo; y en particular del art. 83 de la LSCS, que declara que es nulo el pacto que abrevie o extienda el plazo de prescripción fijado de dos años. Sin embargo, en el seguro sí existe la interrupción de la prescripción, entre otros, por presentar reclamación ante la Condusef, y solo puede volver a correr cuando la acción judicial puede ser ejercitada de manera legal.²¹

La prescripción extintiva comienza a correr inmediatamente que se concede la acción, como decía Pothier, “desde el día en que el acreedor hubiera podido demandar a su deudor”. Antes no puede comenzar a correr, porque el tiempo concedido para la prescripción debe ser un tiempo útil para el ejercicio de la acción, y porque no puede reprocharse nada al acreedor por no haber ejercitado su acción cuando no podía hacerlo. De otro modo sería privado de sus derechos antes de que hubiese podido ejercitarlo, lo que sería injusto y absurdo.²²

La ley reconoce que la prescripción se interrumpe por las causas ordinarias, como la demanda y cualquier otro género de interpelación judicial hecha al deudor; por el reconocimiento de las obligaciones o por la renovación del documento en que se funde el derecho del acreedor; por el reconocimiento del

derecho; por el nombramiento de peritos con motivo de la realización del siniestro, y en el caso de pago de la prima, por su requerimiento (art. 84, LSCS); pero se tendrá por no interrumpida en caso de omisión, falsas o inexactas declaraciones sobre el riesgo corrido, desde el día en que la aseguradora haya tenido conocimiento de él, o si se trata de la realización del siniestro, desde el día en que haya llegado a conocimiento de los interesados, quienes deberán demostrar que hasta entonces ignoraban dicha realización. En el caso de terceros beneficiarios se requiere, además, que tengan conocimiento del derecho constituido a su favor.

En caso de interrupción por reconocimiento de obligaciones, el término de la prescripción comenzará desde el día en que se reconozca dicha obligación; en el caso de renovación, desde la fecha del nuevo título, y si en él se hubiere prorrogado el plazo de cumplimiento de la obligación, desde que este hubiere vencido (art. 1042, CCo).²³

Autoevaluación

1. En materia de seguros, ¿qué es el riesgo y cuáles son sus características?
2. ¿En qué momento se perfecciona el contrato de seguro?
3. ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas de un contrato de seguro cuya prima o fracción de esta no se paga dentro de los 30 días en que debió pagarse?
4. ¿Qué medios de prueba son admisibles para acreditar la existencia del contrato de seguro?
5. ¿En qué consiste la agravación del riesgo y qué obligaciones asume el tomador o contratante por dicha agravación?
6. ¿Qué derechos tiene la aseguradora ante la falta de aviso oportuno del siniestro?

7. ¿En qué consiste el interés asegurable en materia de seguros?
8. ¿En qué consiste el principio de buena fe en materia de seguros?
9. ¿Cuáles son las diferencias entre coaseguro, reaseguro y contraseguro?
10. En los seguros de personas, ¿cuál es el objeto del seguro y quién es el asegurado?

- 1 Francesco Messineo, *Manual de derecho civil y comercial*, t. VI, trad. de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955, p. 156.
- 2 Antigono Donati, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, vol. I, A. Giuffrè Editor, Milán, 1952, p. 24.
- 3 Cfr. Domenico Barbero, *Sistema del derecho privado*, t. IV, “Contratos”, trad. de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967, p. 487.
- 4 Isaac Halperin, *Contrato de seguro*, 2a. ed., Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1966, p. 31. La definición es de Bruck.
- 5 Cfr. Carlos Malagarriga, *Tratado elemental de derecho comercial*, 2a. ed., t. III, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1960, p. 287.
- 6 Domenico Barbero, *op. cit.*, p. 487.
- 7 Estas son las características de las condiciones generales que destaca Carlos Andrés Laguado Giraldo, “Condiciones generales, cláusulas abusivas y el principio de buena fe en el contrato de seguro”, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/vniver/cont/105/cnt/cnt9.pdf>, pp. 236 y ss. Consulta hecha el 3 de marzo de 2015.
- 8 La ley autoriza a los consorcios de aseguradoras, organizaciones auxiliares de seguros, a contratar seguros, coaseguros y reaseguros para cierto sector económico. Cfr. art. 11 de la LISF.
- 9 Cfr. Giuseppe Tamburrino, *Manuale di diritto commerciale*, Casa Editrice Stamperia Nazionale Roma, 1962, p. 552.
- 10 Arturo Díaz Bravo, *Contratos mercantiles*, Oxford University Press, México, 2002, pp. 214 y siguientes.
- 11 Antigono Donati, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, vol. II, Milán, 1954, p. 28; y Joaquín Garrigues Garrigues, *Contrato de seguro terrestre*, Tecnos, Madrid, 1973, p. 246.
- 12 Cfr. “Coassurance”, en *Revue générale du droit des assurances*, 1-1996, Ediciones Jurídicas Asociadas, Librería General de Derecho y de Jurisprudencia, París, 1996, p. 59.

- 13 Cfr. Jorge Barrera Graf, “La compraventa contra documentos”, *Estudios de derecho mercantil*, Porrúa, México, 1958, p. 88.
- 14 Cfr. Isaac Halperin, *op. cit.*, p. 28, quien considera que ello se debe al carácter del negocio, cuya comprensión generalmente escapa a la capacidad del tomador, y a su naturaleza de contrato de masa o de tipo.
- 15 Víctor Ehrenberg, *El reaseguro*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941, p. 2.
- 16 Francesco Messineo, *op. cit.*, p. 184.
- 17 Arturo Díaz Bravo, *op. cit.*, p. 123.
- 18 Julio Castelo Matran y José María Pérez Escacho, *Diccionario básico de seguros*, Colección Temas de Seguros, Mapfre, Madrid, 1981.
- 19 Cfr. la tesis: “FIANZAS. CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LAS. Una sana interpretación del artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, permite concluir que el plazo de la prescripción de las acciones derivadas de las fianzas debe empezar a correr a partir del momento en que el crédito se hace exigible y la autoridad está en posibilidad jurídica de efectuar el cobro, pues de no considerarse así, resultaría injusto que dicho plazo empezara a correr sin que la autoridad pudiera exigir el pago...” Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, Octava Época, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo XV-febrero, Página 169, Tesis: I.2o.A.373 A. (i) Amparo directo 1982/94, 12 de diciembre de 1994. (ii) Revisión fiscal 1332/94, 5 de octubre de 1994.
- 20 Isaac Halperin, *op. cit.*, p. 564.
- 21 Antigono Donati, *op. cit.*, pp. 517 y 519, párrafos 526 y 527.
- 22 Marcel Planiol y Georges Ripert, *Derecho civil (Traité élémentaire de droit civil*, de Marcel Planiol, revisada y complementada por Georges Ripert, 3a. ed., Pichon et Durand-Auzias, París, 1905), trad. de Leonel Pereznieto, Biblioteca Clásicos del Derecho, vol. 8, Oxford University Press-Harla, México, 1997, pp. 732 y siguientes.
- 23 En materia de fianzas véase la tesis siguiente: “FIANZA, INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA (LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS). La prescripción negativa se interrumpe por la sola presentación de la demanda y una vez ejercitada la acción, si no hay abandono de la instancia, no puede la prescripción de la acción consumarse mientras dure el litigio.” Tercera Sala, Sexta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, Cuarta Parte, Tomo XXXIV, Página 99. Amparo directo 3166/58, 22 de abril de 1960.

Fianza, prenda e hipoteca (contratos de garantía)

Propósitos

Al concluir este capítulo, el lector identificará y distinguirá las garantías personales y las reales, los contratos de fianza, prenda e hipoteca, su carácter accesorio, y el contenido y las consecuencias de cada uno de ellos.

La función de los contratos de garantía

Como su nombre indica, los contratos de garantía sirven para asegurar al acreedor el pago de su crédito o el cumplimiento de una obligación a su favor, de ahí que se trate de contratos accesorios al principal del cual dimana la obligación garantizada, lo que significa que la validez del contrato de garantía depende de la validez del contrato principal.

En toda obligación existen un deudor y un acreedor; el primero adquiere un derecho de crédito del segundo y este asume una responsabilidad personal que es sustituida por su responsabilidad patrimonial en el momento en que la obligación vence y no se cumple; esto es, el deudor responde de sus obligaciones con todo su patrimonio, con todos sus bienes, excepto los inalienables e inembargables. Sin embargo, el acreedor no recibe ni tiene a su disposición, guarda o custodia los bienes que integran ese patrimonio, por lo que está expuesto a no hacer efectivo su crédito, o bien a hacerlo efectivo solo en una parte, ya sea porque haya insuficiencia de bienes o porque concurse con otros acreedores y deba sujetarse a diversas prelaciones.¹

Con objeto de mitigar en parte el peligro que afronta el acreedor, pese a la buena fe de las partes en la concertación de cualquier obligación o acto, en el art. 2898,

fracc. VI, del *Código Civil Federal* (CCF) se establecen algunos medios indirectos para proteger al acreedor del incumplimiento de su deudor (así, permite la hipoteca de bienes litigiosos solo cuando el actor obtuvo el registro preventivo de la demanda o en el título constitutivo de la hipoteca se hace constar que el acreedor tiene conocimiento del litigio), como el derecho de retención en ciertos contratos (venta, mandato, hospedaje, comisión, transporte, depósito, etc.), la pérdida del beneficio del término cuando el deudor pone en peligro la posibilidad de cumplir con su obligación, la excepción dilatoria de contrato no cumplido, la rescisión o cumplimiento forzado, en fin, la solidaridad pasiva impuesta en ciertos casos, e incluso el derecho de vigilancia del acreedor, embargo precautorio e inscripción de demanda en el registro público.

No obstante, dichos remedios son insuficientes no solo porque algunas veces el acreedor está francamente imposibilitado para el pago, sino porque es difícil probar su incumplimiento o actos fraudulentos. Por ello, los contratos de garantía resultan adecuados en todo momento, pues proporcionan al acreedor mayor seguridad de que su crédito será satisfecho; de ahí que en los contratos de garantía debe tomarse en cuenta no solo la función de garante que predomina en las garantías reales, por cuanto que los bienes pignorados o hipotecados son perseguibles por el acreedor de cualquier mano que se encuentre, sino también que el deudor no limite el cumplimiento de su obligación a la sola garantía real, sino con el patrimonio de un tercero.

Clases de garantías

En términos generales, podemos decir que existen dos grandes clases de garantías: las *personales* y las *reales*, ambas con una doble función: a) fortalecen la función crediticia respecto del patrimonio del deudor, ya que la prenda, por lo general, priva al deudor de la posesión de uno o varios de sus bienes; la hipoteca llega a un resultado análogo, ya que impide sin más la enajenación de la cosa por parte del deudor. La importancia de dichas garantías estriba en que llevan a la consecución del fin, independientemente de la insolvencia del deudor o de la amenaza de esta, lo que las distingue del embargo y otras formas de garantía; y b) los bienes dados en garantía se encuentran en forma exclusiva en esa calidad respecto del acreedor y puede cobrarse con ellos preferentemente a los demás acreedores (prelación de crédito) y aun con exclusión de ellos.²

Entre las características fundamentales de dichas garantías se encuentran las siguientes: *a)* la fuente de esas garantías es generalmente convencional; solo por excepción la ley prevé la preferencia de algunos acreedores respecto de otros (el fisco, los trabajadores, los acreedores alimentistas); *b)* la amenaza de perder el bien en garantía funciona para el deudor como coacción psicológica que lo obliga al cumplimiento de su obligación garantizada; *c)* el carácter accesorio de la garantía real presupone la existencia de un crédito que justifica su existencia; y *d)* son garantías indivisibles por cuanto perduran lo que el crédito, aun cuando este se haya cubierto de manera parcial.

a) Garantías personales. Históricamente, las garantías personales son las que tienen primacía respecto de las reales; su objeto es garantizar al acreedor el cumplimiento de la obligación del deudor mediante el establecimiento o la creación de una pluralidad de deudores, de suerte que el riesgo que corre el acreedor resulta menor en cuanto que si el deudor principal no paga, queda la posibilidad de acudir en contra de los demás deudores. La fianza constituye una garantía personal, al igual que en ciertos casos el mandato irrevocable que garantiza el cumplimiento de una obligación.

b) Garantías reales. Las garantías reales, a diferencia de las personales, confieren al acreedor un derecho real sobre los bienes, perseguible ante todo el mundo, como la hipoteca y la prenda, garantías y contratos reales por antonomasia, los cuales dotan al acreedor de un poder tal que les permite obtener la venta del bien y el pago de su crédito con el producto de la venta, con preferencia a todos los demás acreedores del deudor. La función de garante predomina en las garantías reales por cuanto que los bienes pignoralos o hipotecados son perseguibles por el acreedor, en cualquier mano que se encuentren; el bien dado en garantía se encuentra en esa calidad en forma exclusiva respecto del acreedor y puede cobrarse con ellos preferentemente a los demás acreedores (prelación de crédito) y aun con exclusión de ellos. La fuente de esas garantías es generalmente convencional; solo por excepción la ley prevé la preferencia de algunos acreedores respecto de otros (el fisco, los trabajadores, los acreedores alimentistas), y la amenaza de perder el bien en garantía funciona para el deudor como coacción psicológica que lo fuerza al cumplimiento de su obligación garantizada; el carácter accesorio de la garantía real presupone, al igual que en la garantía personal, la presencia de un crédito que justifica su existencia. Las garantías reales son garantías indivisibles porque

perduran lo que el crédito, aun cuando este se haya cubierto parcialmente. Al lado de estas garantías reales existen otras figuras jurídicas que pueden resultar más eficientes para el acreedor, como el depósito en garantía y el fideicomiso de garantía.

Concepto de fianza

El contrato de fianza es un contrato de garantía personal por el que un tercero garantiza al acreedor, con todo su patrimonio, el pago de una obligación ajena para el caso de que el deudor no la cumpla, constituyéndose así el fiador en un responsable sin deuda; el fiador no es deudor del acreedor, pero asume la responsabilidad del pago para el caso de que el deudor no cumpla con la obligación garantizada, obligación que subsiste aun sin consentimiento o en contra del deudor. Según Arthur Curti, la fianza es la promesa de una persona de satisfacer a un acreedor la deuda que otra persona tiene con él, si esta no lo hace a su vencimiento.³ Para Domenico Barbero se trata de un contrato por el cual una persona se hace garantizadora con sus bienes, frente al acreedor, de una obligación ajena.⁴

La fianza puede ser *convencional*, *legal* o *judicial*. Esta clasificación es importante en atención a que la primera, la fianza convencional, surge del acuerdo de voluntades de las partes, fiador y acreedor: antes de su celebración no existe obligación alguna de otorgar la mencionada garantía personal; en cambio, en la fianza judicial o la legal (art. 2850, CCF), antes de celebrar el contrato existe ya la obligación de otorgar esa garantía, ya sea por resolución judicial (para garantizar la ejecución provisional de una sentencia impugnada por la otra parte en un solo efecto, o para que surta efectos la suspensión del acto en virtud de un juicio de amparo), o por disposición legal (el deudor alimentista, el tutor para administrar bienes del incapaz o el albacea para administrar bienes); en fin, el usufructuario. En las fianzas legal y judicial el fiador debe demostrar su solvencia con bienes inscritos a su nombre en el Registro Público; no goza de los beneficios de orden y excusión, puede sustituir la fianza por prenda o hipoteca y dichos fiadores no pueden disponer de sus bienes. En la fianza convencional, el fiador no tiene esas limitaciones ni obligaciones, e incluso, ante el caso de disminución del patrimonio del fiador convencional, el acreedor únicamente está facultado para exigir al deudor, pero no al fiador, garantías adicionales o bien

otro fiador.

Figuras afines

No es extraño que en la práctica el contrato de fianza sea confundido con otras figuras afines, de las cuales lo debemos distinguir, como la cesión de deuda, el convenio *porte-fort*, el mandato de crédito, las cartas de recomendación, las declaraciones sobre la idoneidad de una persona para responder por otra, el aval, el seguro y la obligación solidaria. A esta nos referiremos en la sección siguiente.

- a) *Cesión de deuda*. En la cesión de deuda, el deudor es sustituido por otro deudor con el consentimiento del acreedor (art. 2051, CCF), quedando liberado de la deuda (art. 2053, CCF); en cambio, en la fianza la obligación del deudor principal coexiste con la del fiador (arts. 2814 y 2823, CCF).
- b) *Convenio porte-fort o promesa*. En este una persona se obliga a pagar a otra una determinada pena o suma de dinero en caso de que un tercero no se obligue para con esta última a una determinada prestación, en cuyo caso, cuando el tercero se obliga a ejecutar la prestación, queda liberada la persona que se obligó a pagar la suma de dinero o pena. En la fianza, en cambio, aunque el fiador se obliga, el deudor principal continúa obligado.
- c) *Cartas de recomendación*. Se trata de documentos expedidos por terceros en los que se asegura la probidad y solvencia del deudor (art. 2808, CCF), pero no engendran obligaciones al que las emite ni garantizan obligación alguna, pues aun cuando se hayan emitido de mala fe, el emisor solo debe cubrir daños y perjuicios; las mismas no tienen la característica de la fianza (art. 2809, CCF).
- d) *Aval*. Se trata de una garantía personal que se otorga respecto del importe total o parcial de un título de crédito, y consta en el título mismo o en hoja adherida a él, con la simple inserción de la firma de un tercero denominado *aval* (art. 109, LGTOC), quien se obliga a responder por alguno o algunos de los obligados en el título y cuyos efectos o consecuencias son mayores respecto de la fianza, ya que el avalista queda obligado en forma solidaria con el avalado al pago del importe del título; en cambio, mediante la fianza una persona se obliga a pagar al acreedor si el deudor no lo hace, pero no

queda obligada solidariamente. El aval subsiste pese a la nulidad de la obligación que le dio origen; la fianza, en cambio, se extingue. La fianza no se presume, el aval sí: basta la firma puesta en el título sin ninguna mención para que se considere aval; el avalista es deudor autónomo y puede exigírsele la obligación en primer lugar, sin necesidad de acudir al avalado previamente; en la fianza debe acudir primero al fiado, y el aval subsiste, aunque no la deuda; en cambio, la fianza sigue la suerte de la obligación garantizada: la obligación por garantizarse debe ser válida (art. 2797, CCF) y puede ser respecto de deudas futuras.⁵

e) *Seguro*. Existe una diferencia fundamental entre la fianza y el seguro. En la fianza se garantiza el cumplimiento de una obligación y en el seguro se asume un riesgo y se cubre cualquier eventualidad dañosa, provenga o no de actos del hombre. El fiador puede y debe exigir garantías de recuperación, la aseguradora no; el seguro es un contrato principal, el de fianza es accesorio.

f) *Endoso en garantía*. El endoso en garantía o con la inserción “en garantía” atribuye al endosatario todos los derechos y las obligaciones de un acreedor prendario respecto del título endosado y los derechos a él inherentes. Tiene las facultades de un endosatario en procuración, por lo que puede presentarlo para su cobro; en cambio, la fianza constituye una garantía personal para el caso de que el deudor no cumpla con la obligación.

Naturaleza de la obligación del fiador

El CCF establece que el contrato de fianza es aquel por el cual una persona (fiador), distinta del deudor (fiado) y del acreedor, se obliga con este a pagar por el deudor, si este no lo hace (art. 2794, CCF), de donde Arturo Díaz Bravo sostiene que en materia civil, el carácter del fiador es subsidiario a la obligación principal, pero advierte que en la fianza mercantil “de empresa”, el hecho de que los fiadores no gocen de los beneficios de orden y excusión hace que el fiador sea un obligado solidario.⁶

Para determinar si el fiador asume una obligación solidaria o subsidiaria, hay que recordar que en la obligación se ponen de relieve dos elementos: el *deber de prestación* y la *responsabilidad patrimonial*, a los que se otorga un significado y

una función novedosos al lado pasivo: un deber de prestación, el débito (*schuld*) y una responsabilidad patrimonial (*haftung*), que puede ser del mismo deudor o de un tercero. En donde el primer elemento lógico de la obligación se representa por el solo débito, es deber del deudor; en cambio, el segundo por la responsabilidad, que es un estado de sujeción al derecho, le corresponde al acreedor.

Así pues, nuestra legislación reconoce la posibilidad de independencia de ambos elementos; esto es, que subsistan separados, lo que ha traído como consecuencia que hoy existan *a) deudas sin responsabilidad*, como ocurre en las obligaciones naturales; *b) deudas con responsabilidad limitada*, como es el caso de la responsabilidad limitada del naviero a la fortuna de mar; *c) responsabilidad sin deuda*, como ocurre en los casos en que un tercero ajeno al deudor da al acreedor una prenda, hipoteca o fianza; así como, por último, *d) responsabilidad impuesta por la ley a los patrones por los actos de sus empleados*. Por definición, la fianza es un contrato mediante el cual una persona (fiador), distinta del deudor y del acreedor, se obliga a pagar al acreedor en caso de que el deudor no lo haga, como dispone el art. 2794 del CCF, pero precisamente por definición un fiador no es un deudor, sino un sustituto de este para el caso de que el deudor no pague.

La fianza, tal como lo señalan todos los códigos civiles, es un contrato de garantía, de aquellos que sirven para asegurar al acreedor el pago de su crédito a cargo de un tercero; es decir, para garantizar al acreedor el cumplimiento de una obligación para el caso de que el deudor no lo haga. Esto es, se trata de un contrato accesorio al principal del cual dimana la obligación garantizada, lo que significa que la validez del contrato de garantía depende de la validez y ejecución del contrato principal. De ello resulta que, con independencia del carácter del acreedor del deudor y sus alcances, el carácter de acreedor y el de deudor derivan necesariamente del concepto *obligación*, no así en la fianza. En toda obligación existen un deudor y un acreedor: el primero responde frente al segundo de sus obligaciones con todo su patrimonio, con todos sus bienes, excepto los inalienables e inembargables, principio que implica una garantía de pago al acreedor respecto de todo el patrimonio del deudor, con independencia de los medios indirectos a que puede acogerse el acreedor para protegerse del incumplimiento de su deudor, como el derecho de retención en ciertos contratos (venta, mandato, hospedaje, comisión, transporte, depósito, etc.), la pérdida del beneficio del término cuando el deudor pone en peligro la posibilidad de cumplir con su obligación, la rescisión o cumplimiento forzado, e incluso el embargo

precautorio, la inscripción de demanda en el Registro Público (art. 2898, fracc. VI, CCF), etcétera.

Que el fiador no sea deudor solidario significa que se tiene otra calidad y que no puede ser al mismo tiempo fiador y deudor solidario, porque aunar los conceptos de fiador y deudor solidario de la obligación principal constituye una antinomia, ya que por definición fiador es el que paga al acreedor si el deudor no lo hace, como lo expresa el art. 2794 del CCF; es decir, el fiador es un sustituto del deudor. Para el caso en que el deudor no satisfaga la obligación, el fiador es un responsable sin deuda, en tanto que el deudor solidario es aquel que, como los otros deudores solidarios, es deudor y responsable de una deuda y está obligado a satisfacer en su totalidad la prestación debida. Pero los conceptos *fiador* y *obligado solidario* unidos son un disparate, una contradicción, porque el concepto *fiador* lleva implícita la idea de sustituto de deudor y, por lo mismo, no puede haber solidaridad entre el fiador y fiado, sino que uno es sustituto del otro.

En consecuencia, aun cuando el fiador exprese su voluntad de obligarse en su calidad de “fiador u obligado solidario”, solidariamente con todas y cada una de las obligaciones contraídas por el deudor, puesto que dichos conceptos son antitéticos y hacen oscura su redacción, debe estarse a la regla general del cumplimiento de las obligaciones, según la cual no solo debe tomarse en cuenta lo expresamente determinado en el acto jurídico que le sirva de fuente, sino también todo aquello que sea más conforme a la naturaleza y el objeto de la obligación contraída, a la buena fe, a los usos y costumbres y a la equidad. De esta manera, hallándose contenido el contrato accesorio de fianza en una cláusula del contrato principal o en otro contrato, deben descartarse de ella los términos relativos a la solidaridad pasiva, como referidos a los sujetos fiador y fiado, cuyas obligaciones frente al acreedor no son homogéneas, ya que una se genera en el contrato de fianza y la otra en el contrato principal.

En este orden de ideas, para que a un fiador se le pueda predicar la solidaridad será menester que exista pluralidad de fiadores respecto del mismo fiado, a fin de que así el acreedor de este pueda exigir la totalidad de la fianza de cualesquiera de los fiadores solidarios. Las consideraciones anteriores quedan todavía más claras si se toma en cuenta la naturaleza jurídica del contrato de fianza, que como los demás de garantía tiene un carácter accesorio en relación con el contrato principal al que siempre va subordinado. El fiador es únicamente sustituto del deudor, pero no es el deudor; es decir, es un responsable sin deuda

(sin ser deudor) para el caso de que el deudor no cumpla con su obligación, y ni el CCF ni los códigos de los estados consideran al fiador como el deudor. La extinta Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) señaló la diferencia entre deudor y fiador en la tesis que transcribimos, en la parte que interesa a este efecto:

ARRENDAMIENTO. EL FIADOR NO ES DEUDOR SOLIDARIO CON EL ARRENDATARIO. (LEGISLACIONES DEL DISTRITO FEDERAL Y DEL ESTADO DE SONORA.) La Tercera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que es aplicable en el Distrito Federal, en materia de fianza en el arrendamiento, la tesis sostenida en igual materia, respecto a la legislación del Estado de Sonora, que dice: “Aunar los conceptos de fiador y deudor solidario de la obligación principal, constituye una antinomia, porque por definición, fiador es el que paga al acreedor si el deudor no lo hace” (artículo 3082 del Código Civil del Estado de Sonora); es decir, el fiador es un deudor secundario o sustituto, para el caso en que el deudor principal no satisfaga la obligación; en tanto que el deudor solidario es aquel que, como los otros deudores solidarios, está obligado a satisfacer en su totalidad la prestación debida. En otras palabras, el concepto “fiador” lleva implícita la idea de deudor sustituto de otro y, por lo mismo, no puede haber solidaridad entre el fiador y fiado si uno es sustituto del otro... Conforme a este orden de ideas, para que a un fiador se le pueda predicar la solidaridad, será menester que exista pluralidad de fiadores respecto del mismo fiado, para que así el acreedor de éste pueda exigir la totalidad de la fianza de cualesquiera de los fiadores solidarios. Las anteriores consideraciones quedan todavía más aclaradas si se toma en cuenta la naturaleza jurídica del contrato de fianza, que como los demás de garantía, tiene un carácter accesorio en relación con el contrato principal al que siempre va subordinado... no es jurídicamente posible concebir entre el fiador y el acreedor relaciones que provengan exclusiva y aisladamente del contrato principal, ni entender que el fiador sea codeudor y menos deudor solidario de su fiado en ese contrato principal en el que el fiador no es parte; esto es más patente, referido al contrato principal de arrendamiento y a su accesorio de fianza, cuando no hay pluralidad de arrendatarios ni de fiadores, caso en que no es posible hablar de solidaridad pasiva en ninguno de los dos contratos.⁷

De conformidad con lo dispuesto por el art. 2854 del CCF, el fiador no es deudor, sino responsable sin deuda, y por ello no está obligado a conservar su patrimonio como garantía del acreedor, como sí lo debe hacer el deudor bajo pena de incurrir en actos en fraude de acreedores; de ahí que el fiador, como garante del deudor frente al acreedor, es totalmente libre de disponer de sus bienes cuando y como le plazca, sin que por ello cometa ilícito civil o penal alguno y sin que esté

obligado a hacerle saber dicho acto de disposición al acreedor de su fiado, y menos aún pedirle permiso o autorización, ya que cuando la ley ha querido impedir dicha enajenación o libre disposición del fiador, así lo hace en forma expresa, como ocurre únicamente en las fianzas judiciales y legales, en las que la ley señala de manera expresa que los fiadores no pueden enajenar sus bienes, pero no así en las voluntarias, como es el caso de la fianza otorgada por el suscrito, en la que el fiador no tiene tales limitaciones.

A mayor abundamiento, si conforme al contrato principal o el de fianza el fiador tiene el carácter de garante en grado de “fiador u obligado solidario”, es concluyente que puesto que dichos conceptos son antitéticos, si no se especifica en el contrato cuál de ambas calidades asume el fiador respecto del fiado frente a su acreedor, debe tenerse por indicada la menos gravosa, es decir, simplemente la de fiador, según el art. 20 del CCF, siendo por tanto el fiador obligado solo en sustitución del deudor, pero no deudor; de ahí que en todo caso su responsabilidad será subsidiaria y contingente, ya que no es el deudor, sino simplemente responsable sin deuda.

Los arts. 6º, 7º y 8º del CCF, de aplicación incorporada y supletoria en materia mercantil respecto del 2799 del mismo *código*, confirman el carácter de responsable sin deuda y no de deudor ni obligado solidario del fiador, porque aun cuando en el contrato llegara a establecerse que el fiador es “fiador u obligado solidario”, ello no se puede legalmente ni debe significar su renuncia al derecho que tiene de ser considerado fiador y no obligado solidario, si no consta en el contrato en forma expresa ni clara, que no deje lugar a dudas, que haya hecho tal renuncia, de suerte que cualquier renuncia que se pretenda suponer es nula.

Al efecto, tiene aplicación el art. 20 del CCF en relación con los arts. 2794, 7º y 8º del mismo ordenamiento, en cuanto que el término *fiador(es)* u *obligado(s) solidario(s)* debe ser interpretado jurídicamente conforme a la ley y los principios generales del derecho y resolverse en favor de quien trata de evitarse perjuicios y no a favor del que pretende obtener un lucro. El art. 1851 del CCF confirma también que el fiador no es un obligado principal ni deudor del acreedor, sino que su obligación en todo caso es accesorio.

Díaz Bravo sostiene que por el contrato de fianza de “empresa” la fiadora se obliga por escrito, solidariamente con el fiado, a pagar una deuda a cargo del

mismo, a cambio de una prima que se obliga a pagar el tomador o contratante.⁸ Ni en la fianza civil con renuncia de los beneficios de orden y excusión, ni en la fianza “de empresa”, existe obligación solidaria. En ambas el fiador es un sustituto del deudor para el caso de que este no cumpla su obligación. El art. 1988 del CCF advierte en forma categórica que la solidaridad no se presume: resulta de la ley o de la voluntad de las partes, y en las disposiciones de la *Ley de Instituciones de Seguros y de Fianzas* (LISF) no se advierte que la obligación del fiador sea solidaria con el deudor, por lo que conforme al art. 2794 del CCF, aplicable a la fianza de “empresa”, resulta claro que el fiador no es un obligado solidario, sino subsidiario. La obligación solidaria no requiere la existencia de una obligación principal, sino solo la pluralidad de deudores, en tanto que es indispensable que ante la obligación del fiador exista una obligación principal.

Como expresa Domenico Barbero, la subsidiariedad en la fianza es un elemento esencial; por la naturaleza misma de la fianza, esta compromete la responsabilidad patrimonial genérica del fiador. La fianza no puede tener por objeto más que una suma de dinero, y precisamente por ello solo puede ser subsidiaria, de suerte que la obligación de pago del fiador solo se actualiza cuando, vencido el plazo, el deudor no paga, esto es, cuando la obligación se hace exigible.⁹

Luis Ruiz Rueda, al estudiar la solidaridad en relación con la fianza, pone en duda y desconoce que exista solidaridad en el fiador, porque señala que la fianza, sea civil o de empresa, de manera necesaria presupone la existencia de dos obligaciones: la principal, que es ajena respecto del fiador, y la accesorio, nacida del contrato de fianza, que es la propia del fiador; y agrega que evidentemente existe una contraposición entre la noción básica de solidaridad del CCF y la obligación del fiador, pues la solidaridad pasiva exige una sola obligación y una pluralidad de deudores obligados a cumplir cada uno la deuda en su totalidad; en cambio, en la fianza no existe pluralidad de deudores respecto de una misma obligación, sino obligados por distintas deudas (la de crédito entre acreedor y deudor, y la fianza entre acreedor y fiador), mismas que aunque tienen causas comunes de extinción, conservan causas distintas e independientes de terminación, como ocurre con la prescripción en materia de fianzas.¹⁰

Mercantilidad de la fianza

El contrato de fianza puede ser civil o mercantil. La fianza civil está regulada por el Código Civil de los estados y el CCF; constituye un contrato de garantía por el cual se garantiza al acreedor el pago de las obligaciones del deudor por un tercero, para el caso de que el deudor no las cumpla. Este “otro”, denominado *fiador*, puede ser en materia civil tanto una persona física como una persona moral, con tal de que tenga capacidad para obligarse y cuente con bienes suficientes para responder de la deuda; incluso, si deviene insolvente, el acreedor tiene derecho a exigir otro fiador en su lugar. El fiador puede obligarse a menos, pero no a más, y no puede ser compelido a pagar sin que previamente sea reconvenido el deudor (art. 2814, CCF) y se haga excusión de sus bienes. Es decir, en la fianza civil el fiador goza, salvo pacto en contrario, de los beneficios de orden (primero los bienes del deudor) y de excusión (aplicar todo el valor libre de bienes del deudor al pago de la deuda), y tiene derecho de indemnización por el deudor en caso de pago (arts. 2828 y 2829, CCF) de la deuda, intereses, gastos, daños y perjuicios, así como a subrogarse en los derechos del acreedor, a menos que la fianza se hubiere otorgado en contra de la voluntad del deudor, en cuyo caso solo tiene derecho a cobrar en cuanto el pago hubiere beneficiado al deudor (art. 2828, CCF).

Aunque el CCF no concede expresamente al fiador el derecho a ser remunerado por la fianza, ya que solo se refiere al pago de la deuda principal, los gastos, daños y perjuicios e intereses generados por la suma pagada, no existe inconveniente alguno para que las partes convengan en que el fiador reciba una contraprestación por el hecho de garantizar al acreedor el pago de la deuda para el caso de que no la cumpla el deudor, siempre que esos contratos de fianza onerosos constituyan un acto accidental y no una ocupación ordinaria del fiador, ya que de hacerlo así, el contrato sería mercantil y el fiador estaría realizando actividades reservadas para sociedades mercantiles especializadas, las instituciones de fianzas, las cuales deben cumplir con diversos requisitos y autorizaciones de la SHCP.

Por ello, la ley prohíbe a las personas no autorizadas otorgar habitualmente fianzas a título oneroso, y califica a estas y los contratos que en relación con ellas otorguen o celebren las instituciones de fianzas (coafianzamiento, refinanciamiento, prenda, fideicomiso, obligación solidaria) como mercantiles para todas las partes que intervengan, ya sea como beneficiarios, solicitantes, fiadas, contrafiadas u obligadas solidarias, por lo que el contrato de fianza es de carácter mercantil en función de uno de los sujetos que en ella intervienen, el

fiador, una sociedad anónima que por ley es comerciante (art. 3º, fracc. II, CCo) y cuya actividad habitual y objeto social es el otorgamiento de fianzas a título oneroso, con el propósito de especulación comercial.

Además de la fianza de empresa, que es la fianza típicamente mercantil y por la cual una institución de fianzas se obliga frente al acreedor para el caso de que el fiado no cumpla con la obligación principal, también puede existir fianza mercantil, en la cual el fiador no sea una institución de fianzas, en los casos en que el objeto de la fianza sea garantizar el pago de obligaciones derivadas de un acto mercantil, dado el carácter accesorio de esta y la analogía prevista por el art. 75, fracc. XXV, del CCo, como también cuando la fianza es otorgada por o entre comerciantes. En efecto, la LISF califica de mercantil la fianza de empresa, pero en ningún momento señala que dicha fianza sea la única que tenga o pueda tener el carácter de mercantil.

No existe prohibición alguna que impida a una persona física o moral distinta de una institución de fianzas celebrar contratos de fianza onerosa, con tal de que lo haga en forma accidental o esporádica, ya que la ley limita la celebración habitual de estos negocios jurídicos a las citadas instituciones de fianzas y a las organizaciones auxiliares de fianzas respecto de las actividades auxiliares. Así, de acuerdo con la libertad contractual y la autonomía de la voluntad, es perfectamente válido que una persona física o moral, sin que precise autorización de la SHCP, pueda otorgar una o varias fianzas onerosas accidentales, sin que con ello vulnere las disposiciones de la ley o incurra en alguna infracción o delito, y si dicha fianza tiene por objeto obligaciones mercantiles o se otorga entre o por comerciantes, será mercantil. Así ocurre también en el caso del depósito de mercancías, contrato mercantil que puede realizar cualquier persona en forma permanente y habitual, sin necesidad de constituirse en almacén general de depósito ni obtener autorización de la SHCP, cuya falta de autorización solo provoca que no pueda realizar las actividades de recinto fiscal ni expedir bonos de prenda y operar como organizaciones auxiliares del crédito. Luego, en función de la libertad contractual y la autonomía de la voluntad, cualquier persona que sea hábil para contratar, que tenga capacidad para ello, puede válidamente celebrar cualquier contrato o negocio jurídico, tal como el de fianza, con las únicas limitaciones apuntadas.

La fianza de empresa

La fianza será mercantil cuando el fiador garantice una obligación de carácter mercantil o cuando dicho fiador sea un comerciante y haga de la fianza su ocupación habitual (una institución de fianzas). A esta suele calificarse como *fianza de empresa*,¹¹ en función del sujeto, un empresario dedicado al otorgamiento de fianzas onerosas; sin embargo, como afirma Díaz Bravo,¹² dicha expresión es criticable porque con ella se induce a confusión respecto de fianzas otorgadas por empresarios que no son afianzadores (instituciones de fianzas) y porque limitaría su concepto únicamente a las fianzas que se otorgan para las “empresas”; pues si bien el calificativo *fianza de empresa* pretende denotar al fiador, una institución de fianzas, tendríamos que aludir también a otros contratos con ese calificativo, como los préstamos de empresa, arrendamiento de empresa, transporte de empresa, etc. Sin embargo, el concepto *fianza de empresa* es aceptado en la práctica y, como se dijo, se refiere a los contratos de fianzas que en forma onerosa celebran las instituciones de fianzas, debidamente autorizadas para otorgar fianzas y reconocidas como de acreditada solvencia.

Nuestro CCo no define ni regula el contrato de fianza mercantil. Únicamente señala en la fracc. xxv del art. 75 que se reputan mercantiles cualesquiera otros actos análogos a los establecidos en las fracciones anteriores; sin embargo, la LISF regula las instituciones de fianzas y los contratos de fianza onerosos, y si bien tampoco define lo que es la fianza, señala que en lo no previsto por esta ley se aplicará la legislación mercantil, y a falta de disposición expresa, el CCF.

El CCF señala que el contrato de fianza es aquel por el cual una persona (fiador), distinta del deudor (fiado) y del acreedor, se obliga con este a pagar por el deudor, si este no lo hace (art. 2794, CCF). La fianza de empresa constituye un contrato por el cual una institución de fianzas (fiador) se obliga con un tercero (acreedor) a pagar por el deudor (fiado) si este no lo hace, a cambio de una contraprestación denominada *prima*, que se obliga a pagar el tomador o contratante. En la definición anterior se observa la existencia de los elementos siguientes: el fiador, el acreedor, el fiado y el contratante, a los que nos referimos en las secciones siguientes.

Elementos formales

El contrato de fianza de empresa es un contrato de carácter formal, debe constar

por escrito y debe expedirse la póliza de fianza respectiva. Las instituciones de fianzas solo pueden asumir obligaciones como fiadoras mediante pólizas numeradas y documentos adicionales a las mismas, como de ampliación, disminución, prórroga y otros documentos de modificación. La LISF señala que el beneficiario, al ejercitar su derecho, debe comprobar por escrito que la póliza fue otorgada, y que en caso de pérdida o extravío, podrá exigir a la institución de fianzas que le proporcione, a su costa, un duplicado de la póliza emitida en su favor; la devolución de la póliza a la institución establece la presunción en su favor de que su obligación como fiadora se ha extinguido, salvo prueba en contrario.

El contrato de fianza debe constar por escrito, para lo cual, con anterioridad a su celebración, las instituciones de fianzas deben tener elaborados los documentos relacionados con la oferta, la solicitud y los contratos de fianzas, así como la derivada de ellas, para ser presentada a revisión a las autoridades por lo menos 30 días antes de su utilización o puesta en operación. Asimismo, las instituciones de fianzas deben incluir en los contratos respectivos las cláusulas invariables que administrativamente se señalen y el contenido de los artículos exigidos por la LISF.

Elementos reales

En el contrato de fianza, la póliza constituye el elemento objetivo o real del contrato, en el que constan los derechos y las obligaciones de la institución de fianza y del beneficiario. La ley exige que dichas pólizas sean expedidas en forma numerada por la institución de fianzas. Se trata del documento expedido por una institución de fianzas en el cual se consignan los nombres o las denominaciones sociales del beneficiario, fiado, solicitante e institución fiadora, la obligación garantizada, el monto por el cual responde la institución de fianzas, la vigencia de la fianza y los derechos y las obligaciones de la institución garante y del beneficiario.

La LISF establece la presunción *iuris tantum* de que todas las fianzas que se emitan en papelería oficial de las instituciones de fianzas serán legalmente válidas y las instituciones no podrán objetar la capacidad legal de quien las suscriba.

Elementos personales. Derechos y obligaciones

Los elementos personales del contrato de fianza son cuatro: el fiador, el contratante, el fiado o deudor, y el beneficiario o acreedor, aun cuando el carácter de contratante puede ser asumido por el propio deudor, o bien el contrato puede celebrarse aun en contra de la voluntad del fiado o deudor, no obstante lo cual aparece como elemento de la fianza en virtud de que es su obligación el objeto de la garantía del fiador.

El fiador

Por definición y exigencia legal, solo pueden tener el carácter de fiadores o afianzadoras las instituciones de fianzas, sociedades anónimas autorizadas por la SHCP para otorgar garantías personales de fianza en forma onerosa, así como los consorcios formados por instituciones de fianzas, quienes realizan en forma profesional actividades complementarias y de apoyo que son propias de las fianzas, operación de la que hacen su ocupación ordinaria. Las instituciones de fianzas como tales tienen por objeto el otorgamiento de fianzas onerosas; es decir, se dedican a realizar operaciones de fianzas con el público y por ello tienen derecho a recibir una remuneración denominada *prima*. Las obligaciones de la institución de fianzas son las siguientes:

- a) Garantizar al beneficiario el pago de la totalidad o de una parte de la deuda del fiado para el caso de que este no cumpla; la garantía de la deuda ajena es la prestación principal del contrato.¹³
- b) Expedir la póliza. Una obligación fundamental de las instituciones de fianzas es expedir la póliza de fianza en favor del acreedor conforme al modelo y texto aprobado por la autoridad, incluidas la expresión del margen de operación y las estipulaciones específicas. En caso de extravío o pérdida, tienen la obligación de expedir un duplicado al beneficiario; con base en dicha póliza el beneficiario puede exigir al fiador el pago de la deuda del fiado si este, a su vencimiento, no le paga.
- c) Hacer del conocimiento del fiado, o en su caso del contratante, obligados solidarios o contrafiadores, la reclamación de la obligación garantizada que haya recibido por parte del beneficiario, haciéndoles saber el momento en

que vence el plazo establecido en la ley, en las pólizas o en los procedimientos convencionales al efecto celebrados, para resolver o inconformarse de la reclamación.

- d) Pagar al acreedor la suma garantizada en la póliza de fianza, sin gozar de los beneficios de orden y excusión. El fiador no puede excusar el pago conforme al argumento de que el beneficiario debe primero reclamar al fiado, como tampoco solicitar que en primer lugar se ejecuten bienes de dicho fiado, sino que por el solo vencimiento de la obligación garantizada y no pagada por el fiado y presentada la reclamación dentro del término de ley, se actualiza la obligación de pago del fiador, salvo los casos previstos como derechos de la fianza respecto de su liberación de pago.

En el caso de que la obligación garantizada sea de hacer o de dar, las instituciones de fianzas pueden sustituir al deudor principal en el cumplimiento de la obligación principal, por sí o mediante la constitución de fideicomiso. Tratándose de obligaciones de pago de dinero en parcialidades, la institución de fianzas tiene derecho a pagar únicamente las parcialidades adeudadas y no pagadas por su fiado, si lo hace dentro del plazo estipulado en la fianza; en caso contrario, el beneficiario tiene derecho al cobro de la totalidad del adeudo insoluto.

- e) Pagar la indemnización por mora que corresponda en caso de que no cumpla con las obligaciones garantizadas en la póliza dentro del plazo de ley. Dicha indemnización comprende tanto la actualización del importe de la deuda garantizada como los intereses moratorios que se generen por la falta de pago. Así, en el caso de que la institución de fianzas no pague las obligaciones asumidas, el solo incumplimiento de estas al vencimiento del plazo de ley, aun cuando la deuda no se liquida en ese momento, provoca:

- La conversión de las obligaciones garantizadas en moneda nacional en unidades de inversión,¹⁴ al valor de estas en la fecha de vencimiento del plazo de pago, y su pago se hará en moneda nacional, al valor que tengan las unidades de inversión a la fecha en que se efectúe el mismo.
- El pago de intereses moratorios, según que la obligación garantizada se encuentre nominada en moneda nacional o extranjera; en el primer caso,¹⁵ los intereses moratorios serán iguales al resultado de

multiplicar por 12.5 el costo de captación a plazo de pasivos denominados en unidades de inversión de las instituciones de crédito de banca múltiple, publicados por el Banco de México, correspondiente a cada uno de los meses en que exista la mora. En el segundo caso, es decir, cuando las obligaciones garantizadas estén expresadas en moneda extranjera, el fiador deberá pagar intereses moratorios, que se calcularán aplicando al monto de la obligación el porcentaje que resulte de multiplicar por 12.5 el costo de captación a plazo de pasivos denominados en dólares de Estados Unidos de América, de las instituciones de banca múltiple, publicados por el Banco de México, correspondiente a cada uno de los meses en que exista la mora (art. 283, LISF).

- f) Responder, en su caso, ante el deudor prendario, de los daños y perjuicios que se le causen por violaciones al procedimiento establecido para la venta de los bienes dados en prenda.

Los derechos del fiador son los siguientes:

- a) Recibir el pago de la prima por la expedición de la póliza y garantizar la obligación del deudor.
- b) Exigir del contratante, fiado, contrafiador y obligado solidario, antes de pagar la suma garantizada, que garanticen por medio de prenda, hipoteca o fideicomiso las cantidades por las que tenga o pueda tener responsabilidad el fiador en virtud de la fianza, en los siguientes casos: cuando hayan sido requeridos judicial o extrajudicialmente del pago de alguna cantidad en virtud de la fianza; al ser exigible la obligación, aun cuando no haya sido requerido su pago; cuando alguno de los obligados con la fiadora sufra menoscabo en sus bienes con riesgo de quedar insolvente; cuando algunos de dichos obligados hayan proporcionado datos falsos a la institución de fianzas respecto de su solvencia o domicilio; cuando la institución pruebe que alguno de dichos obligados ha incumplido sus obligaciones con tercero, y en los demás casos previstos por la ley.
- c) Ejercitar acción judicial en contra del fiado, contrafiador y obligado solidario, para obtener secuestro precautorio de bienes, antes de que hayan pagado, con la sola comprobación de alguno de los extremos señalados en el inciso anterior.

- d) Elegir cualquiera de los procedimientos de recuperación por las cantidades que hubiere pagado, cuando, durante la sustanciación del embargo precautorio, haya pagado al beneficiario en virtud de la reclamación por la fianza respecto de la cual se promueve la providencia y en su caso se decrete la medida.
- e) Decidir libremente el pago de la reclamación presentada por el beneficiario, en el caso de que no haya recibido del fiado, o en su caso del contratante, obligados solidarios o contrafiadores, los documentos y la información que sean necesarios para determinar la procedencia de la reclamación.
- f) Recibir del fiado, o en su caso del contratante, obligados solidarios o contrafiadores, lo que corresponda conforme al contrato y la ley, en el caso de que haya pagado sin que dichos sujetos hubieran remitido información y documentación, sin que los mismos puedan oponer las excepciones que tuviera el fiado frente a su acreedor, incluido el pago de lo indebido, en cuyo caso quedan a salvo los derechos de dichas personas frente al acreedor.
- g) Denunciar el pleito al deudor principal, en caso de ser requerido o demandado por el acreedor, para que rinda pruebas y en caso de que no comparezca a juicio le perjudique la sentencia.
- h) Constituirse en parte y, en consecuencia, gozar de todos los derechos inherentes a ese carácter, en los negocios de cualquier índole y en los juicios, procesos o procedimientos judiciales en los cuales otorgue fianza, en todo lo que se refiera a las responsabilidades derivadas de esta, así como en los procesos que se sigan a los fiados por responsabilidades que hayan garantizado, sin perjuicio de que, a petición de parte, las instituciones de fianzas pueden ser llamadas a dichos juicios o procesos, a fin de que estén a resultas de los mismos.

En otras palabras, la institución de fianzas puede comparecer a juicio como parte, o bien como tercero llamado a juicio, término este (*tercero en juicio*) que denota por exclusión a cualquier persona que no es parte en el proceso. Las leyes procesales admiten la intervención de un tercero en un proceso iniciado entre dos partes (el actor y el demandado), y consideran dos hipótesis diversas: que la iniciativa la tome el tercero mismo (tercería

excluyente de dominio o de preferencia), en cuyo caso hablamos de *intervención voluntaria o adhesiva*,¹⁶ o bien una de las partes, intervención en juicio debida a un acto de citación o de traslado, caso en el cual nos encontramos ante una intervención coactiva llamada *en causa de terceros*.

La doctrina no es unánime ni clara respecto de cuál es la naturaleza del *tercero llamado a juicio* ni cuáles son sus derechos en juicio, puesto que algunos lo siguen llamando *tercero* y otros más lo consideran parte en el juicio. José Ovalle Favela¹⁷ sostiene que existen personas que originalmente no figuran como partes en el juicio, pero que comparecen en forma espontánea o son llamadas al mismo para defender sus propios intereses o para coadyuvar con los intereses de alguna de las partes originales. En su opinión, estas personas se convierten en verdaderas partes procesales y son los llamados *terceristas*, cuya intervención puede ser espontánea o provocada.

Cipriano Gómez Lara,¹⁸ al referirse a los sujetos en el proceso, señala que existen terceros que son ajenos a la relación jurídica materia de la litis (como los testigos) y otros que no lo son, como en el caso del tercero llamado *en garantía*, del tercero llamado *en evicción* y del tercero al que se denuncia en el pleito o por cualquier otra razón, en cuyos casos su esfera jurídica puede verse afectada por la resolución que en el proceso se dicte. El llamamiento en garantía, dice Gómez Lara, se hace por lo general a un codeudor o a un fiador. Este autor diferencia al tercero llamado a juicio del tercerista (que puede ser excluyente de dominio, de preferencia o coadyuvante), que se encuentra legitimado y tiene un interés propio, para acudir al proceso preexistente, con el fin de ayudar, coadyuvar o colaborar en la posición que alguna de las dos partes iniciales adopte en el desenvolvimiento del proceso.

Para Francesco Carnelutti,¹⁹ el llamamiento a juicio al fiador (que denomina *llamamiento en garantía*) no es más que una forma de provocación a la intervención por adhesión que el tercero garante realiza adhiriéndose a la petición del garantizado, por lo cual estima que ese llamamiento (*litis denunciatio*) no constituye una forma de intervención coactiva principal, porque no hay un nuevo litigio entre el garantizado y el

garante para introducir en el proceso.

James Goldschmidt califica la *litis denunciatio* como el aviso dado por una parte a un tercero de la pendencia de un proceso, dejando al arbitrio del mismo el acudir en auxilio del denunciante en calidad de interviniente adhesivo, en entrar en la causa como interviniente principal o en aceptar el proceso en calidad de demandado. Por medio de la denuncia, la parte que lo hace se asegura de que, en relación con el tercero, la sentencia produce el mismo efecto que si este hubiese participado en la causa como interviniente adhesivo. Dicho autor afirma que “la intervención del tercero es cuestión que queda a su arbitrio”; si hace lo primero, toma la posición de un interviniente adhesivo.²⁰ Según Goldschmidt, el interviniente adhesivo no se hace parte y, por tanto, no puede pedir nada para sí ni se puede pedir nada de él, a excepción de lo que atañe a las costas por su intervención. Tampoco puede modificar la demanda, desistir de ella, renunciar a la pretensión, allanarse, transigir, renunciar a recursos ni al derecho de excepcionar faltas.

Por lo demás, insiste Goldschmidt, ese tercero puede ejecutar todos los actos procesales que la parte a quien ayuda hubiera podido realizar, si la misma no se opone. Señala el autor que el tercero está facultado, por ende, para hacer valer medios de ataque y de defensa, proponer pruebas, interponer recursos, impulsar el procedimiento, etc., pero no puede pedirse su confesión, aunque sí su testimonio, sin que se deba notificarle personalmente la sentencia. Asimismo, señala que existe el interés jurídico que crea el derecho a la intervención adhesiva cuando la fuerza de cosa juzgada de la sentencia haya de extender sus efectos en pro o en contra del tercero; la sentencia tiene que ejecutarse contra el tercero; la sentencia ha de producir efectos accesorios frente al tercero, y cuando la sentencia ha de producir efectos probatorios en la relación entre el tercero y el adversario de la parte a quien ayuda (la sentencia contra el deudor para el fiador) o en la relación entre el tercero y la parte coadyuvada para futuros procesos con regresión.

Según Giuseppe Chiovenda, el interviniente adhesivo interviene en un pleito para ayudar a una parte, por lo cual cuanto hace en el pleito es hecho por un derecho ajeno: la única condición para que comparezca es su interés

en el pleito. La jurisprudencia italiana estima que ese interés puede ser de mero hecho (como el del notario que da fe de un hecho) o de derecho; esto es, cuando la relación jurídica entre el tercero y quien lo llama a juicio tiene un nexo con el objeto del pleito; que a dicho tercero se le admite en el estado en que se encuentre, razón por la cual no es parte en el juicio, pero puede ser considerado de un modo análogo al de sustituto procesal cuando propone demanda por su cuenta, y entonces el autor reflexiona: “dentro de qué límites puede proponerlas, es cuestión muy incierta”. Por ello, concluye que en todo caso, si el interviniente por una parte puede influir en la marcha del pleito, por otra está sujeto a la decisión, ya en la relación con el coadyuvado, ya con el adversario.²¹

Chiovenda distingue la intervención adhesiva de la obligada y señala que el llamado a juicio no debe ser por ese solo hecho parte en el juicio; sin embargo, por el solo hecho de su llamamiento se halla sujeto a la decisión en cuanto que no podrá negar la cosa juzgada de haberlo podido si hubiese sido llamado al pleito.²² Carlos Cortés Figueroa²³ señala que en el caso del fiador que llama a juicio al deudor principal lo hace “para efecto de que dicho fiador y deudor aporte las pruebas que estime convenientes, en la inteligencia de que si este último no comparece al juicio, le perjudicará la sentencia que se pronuncie contra el fiador”. Para dicho autor, tan pronto como las leyes le acuerdan determinados efectos respecto de ellos y de las resoluciones que llegaren a pronunciarse, ya es dudoso su carácter de terceros.

De acuerdo con Leo Rosenberg, las consecuencias de la denuncia del litigio son materiales y procesales.²⁴ Las primeras son la interrupción de la prescripción en el caso de un resultado desfavorable de la controversia, en tanto dependa de ella el nacimiento o el ejercicio de la acción, y el mantenimiento del derecho de la garantía. Las consecuencias procesales son distintas según que el receptor de la denuncia se adhiera o no al denunciante. El receptor de la denuncia puede adherirse al denunciante, en cuyo caso se producen las consecuencias de la intervención por adhesión. Así, si el receptor de la denuncia no se adhiere al denunciante del litigio, la causa proseguirá sin tenerlo en cuenta. Pero la sentencia, a pesar de ello, y aun cuando el receptor se adhiera al adversario del denunciante del litigio, tendrá el mismo efecto para un futuro proceso entre él y el denunciante del

litigio que si se hubiese adherido a este último. Para Piero Calamandrei,²⁵ el llamamiento a juicio que denomina *llamamiento en causa* no siempre implica la proposición de una demanda en contra del tercero que dé lugar a la acumulación de una nueva causa conexa a la originaria, sino que en ocasiones tiene solo la finalidad de informar legalmente a un tercero de la pendencia de una causa (denuncia de *litis*) al doble objeto de ponerlo en condiciones de participar en ella como litisconsorte juntamente (y no en contraste) con el llamante, asumiendo frente al adversario la misma posición que tenga el llamante, y de todos modos aunque no participe en ella, de extender también a él la autoridad de la cosa juzgada que se forme respecto de los elementos comunes de la relación, de modo que no pueda ya desconocer en el futuro los efectos de dicha declaración de certeza.

Como puede observarse, no existe unanimidad respecto de la posición del tercero llamado a juicio, y las leyes procesales son francamente parcas al respecto; sin embargo, nos parece interesante lo que expresa Calamandrei, quien sostiene que aunque es controvertido si el tercero llamado a juicio es o no parte en el juicio, el asunto debe resolverse según que el llamamiento en causa constituya o no, en relación con el llamado, la proposición de una demanda. Así, sostiene que el tercero llamado a juicio (*tercero llamado en causa*) viene a ser parte en los siguientes casos: cuando en el llamamiento se contiene una demanda del mismo llamante contra él; cuando a consecuencia del llamamiento que parte del actor, el tercero interviene de manera activa en la causa y asume en ella, junto con el actor, la cualidad de litisconsorcio activo, o cuando del llamamiento a juicio por el demandado, el actor extiende sus demandas también al tercero, que asume así, junto con el demandado, la posición de litisconsorte pasivo.

Calamandrei añade: “Cuando ninguna de estas situaciones se verifica, el llamamiento en causa no basta por sí solo para agregar a la causa principal una nueva causa en la cual sea parte el tercero, ya que no contiene en sí mismo una demanda ni de él ni contra él... Sin embargo, puesto que también el llamamiento del tercero sirve... para extender a él los efectos del fallo... desde este punto de vista se puede admitir que el llamamiento en causa vale, por lo menos como proposición de una demanda de mera declaración de certeza dirigida, a ese limitado efecto, también contra él, y dentro de tales límites, se le puede considerar parte.”²⁶

Incluso, cuando el autor se refiere al llamamiento a juicio del fiador (que en la doctrina se conoce como *llamamiento en garantía*), Calamandrei sostiene que le es aplicable lo dicho para el llamamiento en causa. Así, el deudor puede llamar a juicio al fiador, ya sea limitándose a llamarlo al solo objeto de informarle de la pendencia de la causa principal (lo que parece ser el caso de la afianzadora), o puede llamarlo en garantía, proponiendo contra él, al mismo tiempo que lo llama a la causa principal, la demanda de garantía (esto no lo hizo el demandado); es decir, de regreso. El primer caso es algo menos que el llamamiento en garantía, mientras que el segundo contiene en sí la proposición de una nueva demanda del garantizado contra el garantizador (*causa de garantía*). Añade el autor que en el primer caso, el tercero llamado a juicio puede intervenir en causa *ad adiuvandum* (ayudando) al garantizado contra su adversario y hasta, si quiere, puede asumir la causa en lugar del garantizado, adquiriendo la figura de sustituto procesal. Si el tercero no interviene en la causa pendiente entre las partes originarias, el llamamiento sirve para extender a él los efectos del fallo que forme parte en la causa principal.

Nuestro CCo regula las tercerías en los arts. 1362 a 1376 y señala que en un juicio seguido por dos o más personas puede un tercero (llamado *tercero opositor*) presentarse a deducir otra acción distinta de la que se debate entre aquellas; que dichas tercerías son coadyuvantes o excluyentes: la primera es la que auxilia a la pretensión del actor o la del demandado; las demás se llaman *excluyentes*. La tercería coadyuvante no produce otro efecto que el de coadyuvar a fin de que el juicio continúe según el estado en que se encuentra y se sustancie hasta las ulteriores diligencias con el tercero y el litigante coadyuvado. El fiador puede constituirse en parte en el juicio y como tal gozar de todos los derechos inherentes a ese carácter, así como ser llamado a juicio a petición de parte a fin de estar a las resultas del juicio. En el caso de que acuda a juicio coadyuvando con una de las partes, no tendrá el carácter de parte sino de tercero coadyuvante.

De acuerdo con lo previsto por el art. 2812 del CCF, la afianzadora como parte en el juicio puede oponer todas las excepciones que sean inherentes a la obligación principal (no las personales del deudor), incluidas las causas de liberación de la fianza, como puede ser la de no requerir al deudor del

pago dentro del mes siguiente del vencimiento de la fianza, lo que implica que la afianzadora puede comparecer a juicio en forma voluntaria, constituyéndose en parte en el juicio antes del emplazamiento, o una vez que sea emplazada al mismo por el llamamiento hecho por su fiado y en cualquier otro momento; o bien puede simplemente acudir al llamamiento para estar a resultas del juicio, o incluso no hacerlo y de todas formas estar a resultas del mismo, lo que implicaría en este caso que si el demandado es condenado al pago, el acreedor tiene expedido su derecho para exigir a la afianzadora su pago sin mayor prueba que la sentencia misma, o bien si fuera absuelto del reo no podría exigirse el pago a dicha afianzadora.

- i) Oponer al beneficiario la compensación de lo que este deba al fiado, excepto cuando el deudor hubiere renunciado previa y expresamente a ella.
- j) Subrogarse por ministerio de ley, en todos los derechos, acciones y privilegios en favor del acreedor que deriven de la obligación garantizada, en virtud del pago hecho al acreedor.
- k) Solicitar, en representación del deudor prendario, la venta de los bienes dados en prenda, aplicando la parte del precio que cubra las responsabilidades del fiado conforme al procedimiento previsto por la ley según la naturaleza de los bienes. En el caso de que la institución de fianzas tenga a su favor garantía hipotecaria o fiduciaria, podrá a su elección proceder al cobro de las cantidades que haya pagado por las fianzas y sus accesorios, en la vía ejecutiva mercantil o en la vía hipotecaria, o solicitar la venta de los bienes afectos al fideicomiso.
- l) Exigir del fiado la indemnización correspondiente, obligación que, salvo prueba en contrario, deriva del acreditamiento por parte de ella de haber expedido la póliza de fianza y comprobar en cualquier forma que esta le fue de utilidad al fiado, aun cuando este no haya prestado su consentimiento para la celebración de la fianza.

El documento que consigne la obligación del solicitante, fiado, contrafiador u obligado solidario, acompañado de una copia simple de la póliza y de la certificación de la o las personas facultadas por el consejo de administración de la institución de que esta pagó al beneficiario, llevan aparejada ejecución para el cobro de la cantidad correspondiente, así como para el cobro de las

primas vencidas y no pagadas y accesorios; asimismo, dicha certificación hace fe en los juicios respectivos, salvo prueba en contrario.

- m) Liberación de pago. Cuando la institución de fianzas se haya obligado por tiempo determinado, queda libre de su obligación por caducidad si el beneficiario no presenta su reclamación dentro del plazo señalado en la póliza de fianza o, en su defecto, dentro de los 180 días naturales siguientes a la expiración de la vigencia de la póliza.²⁷ En el caso de fianzas de tiempo indefinido, queda liberado por caducidad si el beneficiario no presenta su reclamación dentro de los 180 días naturales siguientes a partir de la fecha en que la obligación garantizada se vuelva exigible, por incumplimiento del fiado.

Asimismo, la institución de fianzas se libera por prescripción de su obligación de pago, por el transcurso del término legal para que prescriba la obligación garantizada o el de tres años, lo que resulte menor. La prescripción se interrumpe por cualquier requerimiento escrito de pago hecho por el beneficiario a la institución de fianzas o por la presentación de la reclamación, salvo que resulte improcedente, en cuyo caso se tendrá por no interrumpido dicho término. Por último, la institución de fianzas puede liberarse total o parcialmente de su obligación si por causas imputables al beneficiario de la póliza es impedida para subrogarse (o resulta imposible dicha subrogación) y en caso de que el acreedor conceda al deudor principal prórroga o espera sin consentimiento de la institución de fianzas.

El contratante

Se denomina así a la persona que celebra el contrato de fianza con la afianzadora. Puede ser contratante el mismo deudor o fiador, o un tercero con interés legítimo, como su acreedor o su causahabiente. La LISF califica al contratante de *solicitante* en razón de que la fianza se inicia con una solicitud u oferta de contrato hecha por quien pretende celebrar la fianza con la institución de fianzas, en los formatos elaborados de manera previa por la misma afianzadora, y dicho solicitante es el que celebra el contrato con la institución, en cuyo momento deja de ser tal para convertirse propiamente en contratante. Este puede celebrar en forma válida la fianza aun sin el consentimiento del fiado o en

contra de su voluntad.

El contratante asume la obligación de pagar la prima de la fianza, es decir, la contraprestación a favor de la institución de fianzas; está obligado a garantizar la recuperación del pago de las sumas garantizadas por el fiador en los casos mencionados anteriormente y a los que nos referimos al aludir a la garantía de recuperación; asimismo, asume la obligación del pago de las demás prestaciones en favor de la institución de fianzas previstas en el contrato y en la póliza, por el pago de la obligación garantizada.

El contratante debe garantizar, por medio de prenda, hipoteca o fideicomiso, las cantidades por las que tenga o pueda tener responsabilidad el fiador en virtud de la fianza, en los casos siguientes (art. 166 *in fine*, LISF): cuando hayan sido requeridos judicial o extrajudicialmente del pago de alguna cantidad en virtud de la fianza; al ser exigible la obligación, aun cuando no haya sido requerido su pago; cuando alguno de los obligados con la fiadora sufra menoscabo en sus bienes con riesgo de quedar insolvente; cuando algunos de dichos obligados hayan proporcionado datos falsos a la institución de fianzas respecto de su solvencia o domicilio; cuando la institución pruebe que alguno de dichos obligados ha incumplido sus obligaciones con tercero, y en los demás casos previstos por la ley.

Asimismo, está obligado a proveer de fondos suficientes a la institución de fianzas cuando tenga conocimiento de la reclamación presentada a esta y sea procedente su pago.

El fiado

Es la persona respecto de cuya obligación se otorga la garantía personal de una institución de fianzas conforme al contrato celebrado con el contratante, que puede ser el mismo deudor o un tercero. El fiado, cuando es el mismo contratante de la fianza, debe pagar la prima o contraprestación por la misma. También está obligado a otorgar las garantías de recuperación a que tiene derecho la institución de fianzas y a pagar la suma garantizada y cubierta por la afianzadora, así como a indemnizar a esta conforme a la ley, aun en el caso de que la fianza se haya expedido sin su consentimiento, obligación que, salvo prueba en contrario, deriva del acreditamiento por parte de esta de haber

expedido la póliza de fianza y comprobar en cualquier forma que ella le fue de utilidad al fiado.

Como en el caso anterior, el fiado debe garantizar por medio de prenda, hipoteca o fideicomiso, las cantidades por las que tenga o pueda tener responsabilidad el fiador en virtud de la fianza, en los casos siguientes (art. 168, LISF): cuando hayan sido requeridos judicial o extrajudicialmente del pago de alguna cantidad en virtud de la fianza; al ser exigible la obligación, aun cuando no haya sido requerido su pago; cuando alguno de los obligados con la fiadora sufra menoscabo en sus bienes con riesgo de quedar insolvente; cuando algunos de dichos obligados hayan proporcionado datos falsos a la institución de fianzas respecto de su solvencia o domicilio; cuando la institución pruebe que alguno de dichos obligados ha incumplido sus obligaciones con tercero, y en los demás casos previstos por la ley. Asimismo, está obligado a proveer de fondos suficientes a la institución de fianzas cuando tenga conocimiento de la reclamación presentada a esta y sea procedente su pago.

El beneficiario

Es la persona acreedora de la obligación del fiado, quien en virtud de la fianza adquiere el derecho a ser pagado de la obligación por la institución de fianzas en caso de que el fiado no la pague. Por tanto, tiene derecho a exigir y recibir el pago de la obligación garantizada de manera directa a la institución de fianza o al fiado, o a ambos, ya que las instituciones de fianzas no gozan de los beneficios de orden y excusión, ni la fianza se extingue aun cuando el beneficiario no requiera judicialmente al deudor por el cumplimiento de la obligación principal o cuando, iniciado el juicio, deje de promover. Ese derecho debe ejercitarlo dentro de los plazos previstos por la ley; esto es, en el caso de fianzas con plazo determinado, el beneficiario debe presentar su reclamación dentro del plazo señalado en la póliza de fianza o, en su defecto, dentro de los 180 días naturales siguientes a la expiración de la vigencia de la póliza.

En el caso de fianzas de tiempo indefinido, el beneficiario debe presentar su reclamación dentro de los 180 días naturales siguientes a partir de la fecha en que la obligación garantizada se vuelva exigible, por incumplimiento del fiado. En todo caso, a fin de evitar la prescripción, el beneficiario debe hacer su requerimiento escrito de pago a la institución de fianzas o presentar su

reclamación antes del término legal de prescripción de la obligación garantizada de que se trate o del término de tres años, lo que resulte menor.

Antes de promover juicio en contra de la institución de fianzas, el beneficiario debe presentar su reclamación de pago directamente a la institución de fianzas, conforme a los derechos y las obligaciones establecidos en la póliza expedida en su favor por la institución de fianzas. El beneficiario, al ejercitar su derecho, deberá comprobar por escrito que la póliza fue otorgada. En caso de pérdida o extravío, el beneficiario podrá exigir a la institución de que se trate que le proporcione, a su costa, un duplicado de la póliza emitida a su favor. La devolución de una póliza a la institución que la otorgó establece en su favor la presunción de que su obligación como fiadora se ha extinguido, salvo prueba en contrario; en caso de que esta no conteste al beneficiario dentro del término de ley o que exista inconformidad de este respecto de la resolución emitida por la afianzadora, el beneficiario tiene derecho de optar por hacer valer sus derechos ante la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (Condusef), o bien ejercitar acción en juicio, en los términos previstos por el art. 280 de la LISF a que nos referimos más adelante.

Asimismo, en caso de que la institución de fianzas no pague el importe de la deuda garantizada al vencimiento del plazo de ley, el beneficiario tiene derecho a que desde el día del vencimiento la deuda garantizada se convierta en unidades de inversión, si es que se contrajo en moneda nacional, para ser pagada en su equivalente en pesos el día del pago, así como a recibir los intereses moratorios previstos por la LISF, los cuales deben ser concedidos por el juez aun en el caso de que no los hubiere solicitado (art. 283, LISF).

De la garantía de recuperación

Las instituciones de fianzas deben tener suficientemente garantizada la recuperación del importe de las obligaciones garantizadas por estas al beneficiario (arts. 153 y 168, LISF), salvo en el caso de las fianzas de fidelidad y las que se otorguen ante las autoridades judiciales del orden penal, las cuales pueden expedirse sin garantía suficiente ni comprobable, a menos que se trate de garantías penales que garanticen la reparación del daño o para obtener la libertad provisional de los acusados o procesados por delitos patrimoniales (art. 170, LISF). La garantía que consista en hipoteca podrá constituirse únicamente sobre

bienes valuados por institución de crédito o sobre la unidad completa de una empresa industrial, caso en el que se comprenderán todos los elementos materiales, muebles o inmuebles, afectos a la explotación, considerados en su conjunto, incluyendo los derechos de crédito en favor de la empresa.

Las instituciones de fianzas deben comprobar en cualquier momento las garantías con que cuenten, cualquiera que sea el monto de las responsabilidades que contraigan por el otorgamiento de la fianza, de suerte que si no lo hacen, la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas (CNSF) está obligada a ordenar el registro del pasivo correspondiente. Conforme al art. 184 de la LSF, las garantías de recuperación que las instituciones de fianzas deben obtener son, entre otras: prenda, hipoteca, fideicomiso, obligación solidaria, contrafianza o afectación en garantía.

a) *Prenda*. Solo podrá constituirse en dinero en efectivo, depósitos, préstamos y créditos en instituciones de crédito; valores emitidos o garantizados por el gobierno federal o por instituciones de crédito; valores aprobados como objeto de inversión por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV), en cuyo caso la responsabilidad de la fiadora no excederá del porcentaje que determine la CNBV; otros bienes valuados por las instituciones de crédito o corredor.

La prenda se constituye: i) cuando la prenda consista en dinero en efectivo o valores, con el depósito de dichos bienes a plazo de cinco días en una institución de crédito; solo podrá disponerse de los mismos cuando se termine la fianza o se sustituyan los bienes dados en prenda; ii) cuando la prenda consista en dinero en efectivo o valores que se encuentren depositados en alguna institución de crédito, casa de bolsa, persona moral o institución de crédito, en cuyo caso bastará la instrucción del deudor prendario al depositario para constituir la prenda;) en los demás casos la prenda podrá quedar en poder del otorgante de la garantía, quien será considerado como depositario judicial, y iv) cuando se trate de créditos en libros, cuando se haga constar en el contrato correspondiente los datos necesarios para identificar los bienes, que los créditos se hayan especificado debidamente en un libro especial que llevará la sociedad y que los asientos que se anoten en este libro sean sucesivos, en orden cronológico y expresen el día de la inscripción, fecha a partir de la cual se tendrá por constituida la prenda. En este caso, el deudor será considerado mandatario del acreedor

para el cobro de los créditos con las responsabilidades civiles y penales correspondientes.

- b) *Hipoteca*. Puede constituirse sobre bienes individualizados y valuados por instituciones de crédito, o bien respecto de la unidad completa de la empresa industrial, en cuyo caso se tendrán comprendidos en la hipoteca todos los elementos materiales, muebles o inmuebles afectos a la explotación, considerados en su conjunto, incluidos los derechos de crédito a favor de la empresa. El monto de la fianza no podrá ser superior al porcentaje del valor disponible de los bienes que determine la Comisión mediante disposiciones de carácter general, cuando las garantías se constituyan sobre inmuebles, y podrá constituirse en segundo lugar cuando la garantía hipotecaria se establezca sobre empresas industriales, si los rendimientos netos de la explotación, libres de toda otra carga, alcanzan para garantizar suficientemente el importe de la fianza correspondiente (art. 183, LISF). En el caso de hipoteca, las instituciones de fianzas tienen derecho a oponerse a las alteraciones o modificaciones que se hagan a dichos bienes durante el plazo de duración de la garantía real, salvo que sean necesarias para la mejor prestación del servicio.
- c) *Fideicomiso*. Debe constituirse con bienes o derechos presentes no sujetos a condición; en lo conducente, se aplican al fideicomiso los porcentajes del valor y requisitos establecidos por la LISF para las demás garantías. En la constitución del fideicomiso podrá convenirse el procedimiento para la realización de los bienes o derechos afectos al mismo, cuando las instituciones deban pagar el seguro de caución o la fianza, o cuando, habiendo hecho el pago al asegurado o beneficiario, según sea el caso, tengan derecho a la recuperación correspondiente. Para tales efectos, las partes pueden autorizar a la institución fiduciaria a fin de que proceda a la enajenación de los bienes o derechos que constituyan el patrimonio del fideicomiso y para que, con el producto de esa enajenación, se cubran a la institución de que se trate las cantidades a que tenga derecho, debidamente comprobadas.
- d) *Obligación solidaria*. Obligación que asume un tercero para responder de las obligaciones derivadas del contrato de fianza frente a la afianzadora. Debe ser una persona con capacidad para obligarse y con bienes suficientes para responder de la deuda, por lo que debe comprobar que cuenta con

bienes inmuebles o establecimiento mercantil inscritos en el Registro Público de la Propiedad y de Comercio (RPPC), y como en los demás casos, el monto de la fianza no podrá exceder de 80% del valor de los bienes.

e) *Afectación en garantía.* Afectación que de manera expresa y por escrito realizan el fiador, obligado solidario o contrafiador, en garantía del cumplimiento de sus obligaciones con las instituciones de fianzas, sobre bienes inmuebles de su propiedad inscritos en el RPPC. En el caso de que dicha afectación sea ratificada ante fedatario público, la misma surtirá efectos contra terceros si consta en el RPPC. La afectación en garantía constituye un derecho de preferencia para la institución de fianzas y la faculta para embargar dichos bienes aun cuando se hubieren transmitido a terceros y para pagar sus créditos con preferencia a los acreedores hipotecarios o embargantes, posteriores al momento en que se haya realizado el asiento registral respectivo.

La Condusef está facultada para ordenar en cualquier momento a la institución que demuestre la acreditada solvencia del obligado solidario o del fiado, y en caso de no hacerlo, dicha comisión debe ordenar el registro del pasivo correspondiente.

Reafianzamiento y coafianzamiento

Para la adecuada diversificación de las responsabilidades asumidas por la expedición de fianzas, las instituciones de fianzas están facultadas y obligadas a celebrar contratos de reafianzamiento o de coafianzamiento. Dado que las instituciones de fianzas no pueden asumir responsabilidades en exceso del límite máximo de retención por la acumulación de responsabilidades por fiado u operación de refinanciamiento, cuando su responsabilidad exceda dicho límite deberán distribuirlo entre otras instituciones mediante reafianzamiento o coafianzamiento.

Reafianzamiento. Este término proviene del de *reaseguro* y se utiliza de manera similar a como se usa este último en materia de seguros. El reafianzamiento es un contrato por el cual una institución de fianzas, de seguros o de reaseguros, debidamente facultada conforme a la ley, o reafianzadoras extranjeras registradas según la misma ley, se obligan a pagar a otra institución de fianzas,

denominada *reafianzada*, en la proporción correspondiente, las cantidades que esta deba cubrir al beneficiario de la fianza.

En otras palabras, una institución de fianzas transmite una cantidad proporcional de su responsabilidad que asume en relación con la cantidad que deba cubrir al beneficiario de la póliza de fianza; es la fianza que se otorga en favor de un fiador para garantizar que su fiado le pagará el monto de lo que como fiador pague a su vez al acreedor o beneficiario de la fianza.²⁸ En el caso de que existan diversas instituciones reafianzadoras, cada una de ellas es responsable ante la reafianzada por esa cantidad proporcional. La reafianzadora se obliga, en su caso, a proveer de fondos a la reafianzada para que cumpla con sus obligaciones como fiadora y adquiere el derecho al reembolso de las cantidades cubiertas a la reafianzada, en la misma medida en que esta obtenga la recuperación de lo pagado al beneficiario de la fianza, por parte de su fiado y demás obligados.

La reafianzada debe obtener el consentimiento de las reafianzadoras para ampliar el monto de la fianza, modificar su vigencia, cualquier característica de la misma, así como de cualquier evento o negociación relacionados con la reclamación o negociación de la misma con el fiado, obligado solidario, contratante o contrafiador. Para la celebración de los contratos de reafianzamiento no se exige el registro de los modelos de contratos que utilicen las instituciones de fianzas para transmitir responsabilidad en reafianzamiento, ya que en la actualidad las autoridades han modificado los requisitos para que las instituciones puedan contratar con reafianzadoras, las cuales deben cubrir mínimos de calificación internacional otorgados por empresas valuadoras especializadas, además de que los contratos que se utilizan para formalizar estas operaciones responden a usos y prácticas internacionales generalmente aceptadas en el mercado.

Coafianzamiento. Contrato por el cual dos o más instituciones de fianzas otorgan fianzas ante un beneficiario, garantizando por un mismo o diverso monto, por el mismo concepto y a un mismo fiado. En tal caso el beneficiario tiene derecho a exigir la responsabilidad garantizada a todas las instituciones coafianzadoras y en la proporción de sus respectivos montos de garantía.

En virtud del coafianzamiento, varios fiadores garantizan a un mismo deudor, respecto de un mismo acreedor y por la misma deuda, de tal modo que todos los

fiadores se encuentran situados en un mismo plano respecto de la obligación principal que están garantizando. Esto es, para que exista coafianzamiento se requiere la existencia de varias instituciones de fianzas, que dichas instituciones garanticen la misma deuda, que la garantía se otorgue al mismo beneficiario y que la deuda garantizada provenga del mismo deudor.

El coafianzamiento no genera solidaridad pasiva entre las instituciones de fianzas que lo otorgan, por lo cual la institución de fianzas beneficiaria del coafianzamiento está obligada a exigir la responsabilidad garantizada a todas las instituciones coafianzadoras y en la proporción de sus respectivos montos de garantía. El art. 2837 del CCF señala que cuando son dos o más los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, el que de ellos la haya pagado podrá reclamar de cada uno de los otros la parte que proporcionalmente le corresponda satisfacer, si se ha hecho el pago en virtud de demanda judicial o hallándose el deudor principal en estado de concurso.

Clases de fianzas

La SHCP es la secretaría competente para autorizar la organización y operación de las instituciones de fianzas, así como para hacerlo en uno o más ramos, respecto de los cuales debe determinar en forma anual el capital mínimo pagado por cada uno de ellos con que deberán contar las instituciones de fianzas. Conforme a los ramos previstos por la LISF (art. 36), existen las siguientes clases de fianzas: *a) de fidelidad*, que pueden ser individuales o colectivas; *b) judiciales*, en algunos de los siguientes ramos: judiciales penales, judiciales no penales y judiciales que amparan a los conductores de vehículos automotores; *c) administrativas*, que pueden ser de obra, de proveeduría, fiscales, de arrendamiento y otras fianzas administrativas; *d) de crédito*, en alguno de los subramos siguientes: de suministro, de compraventa, financieras y otras fianzas de crédito; y *e) fideicomisos de garantía*, en alguno o algunos de los subramos: *i)* relacionados con pólizas de fianza, y *ii)* sin relación con pólizas de fianza.

Fianzas de crédito

Tipo de fianzas que se otorgan para garantizar obligaciones derivadas de suministro y compraventa de bienes, así como otros créditos, las cuales están

sujetas a disposiciones de carácter general que emite la Condusef, con acuerdo de su Junta de Gobierno; así, se han emitido algunas reglas²⁹ especiales para el otorgamiento de fianzas que garantizan operaciones de crédito, ya que las condiciones de desarrollo y crecimiento de nuestro país en todos los niveles de la actividad económica han generado una acelerada evolución de todas las actividades de tipo financiero, dando origen a negocios jurídicos y obligaciones susceptibles de ser garantizadas mediante fianzas, como una alternativa real para personas que requieren un instrumento de garantía para operaciones de tipo crediticio y que dichas fianzas eventualmente entrañan mayor responsabilidad para las instituciones afianzadoras que, de no sujetarse a normas técnicas especiales, pueden derivar en situaciones que lesionen de manera irremediable su estabilidad financiera; las reglas que fueron emitidas con anterioridad a la LISF permanecen vigentes en tanto no se emitan nuevas.

Las instituciones afianzadoras solo pueden otorgar fianzas que garanticen operaciones de carácter crediticio, exclusivamente cuando se trate del pago derivado de operaciones de compraventa de bienes y servicios de distribución mercantil; el pago total o parcial del principal y accesorios principales derivados de créditos documentados en títulos inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios (RNVI); el pago derivado de contratos de arrendamiento financiero; el pago de financiamiento obtenido mediante contratos de crédito garantizados con certificados de depósitos y bonos de prenda expedidos por un almacén general de depósito; el pago derivado de descuentos de títulos de crédito o de contratos de factoraje financiero; el pago de créditos otorgados por instituciones financieras para la exportación e importación de bienes y servicios; el pago de créditos obtenidos para la adquisición de inmuebles, financiados por entidades del grupo financiero al que pertenezca la afianzadora de que se trate; el pago derivado de créditos para la adquisición de activos fijos o bienes de consumo duradero y el pago de créditos derivados de programas especiales de apoyo a la micro y pequeña empresa que ejecuten instituciones nacionales de crédito.

Estas fianzas deben ser expedidas previo análisis y aprobación efectuados en la casa matriz, en las sucursales, o bien en las oficinas de servicio de las instituciones de fianzas. Asimismo, como parte de una sana práctica afianzadora y con el fin de evitar en todo momento la selección irregular de riesgos, la expedición de este tipo de fianzas debe realizarse dentro de programas generales de operaciones de crédito y no en casos aislados. Asimismo, para la expedición

de fianzas de crédito debe exigirse al acreedor beneficiario la documentación del contrato que da origen a la fianza, así como un análisis de la factibilidad de pago del crédito que se está garantizando.

Las fianzas de crédito: *a)* solo pueden ser otorgadas a personas morales; *b)* las instituciones de fianzas, en función de las garantías de recuperación y riesgo de la operación de que se trate, podrán pactar deducibles con el beneficiario en relación con el monto garantizado; *c)* debe contratarse previamente un seguro de daños en favor de la institución de fianzas, por todo el tiempo que dure la fianza, respecto de los bienes por los que se expida la fianza, y un seguro de vida sobre el fiado cuando este sea una persona física menor de 65 años, para que cubra cuando menos el saldo insoluto del crédito garantizado con fianza; en caso de que los fiados tengan contratados dichos seguros, deben obtener un endoso preferente de los mismos en favor de la institución de fianzas; *d)* las instituciones de fianzas deberán obtener previamente garantías de recuperación suficientes y comprobables, seleccionándolas en función de los plazos en que habrán de cumplirse las obligaciones garantizadas y de su liquidez; en los casos en que la garantía de recuperación sea inmobiliaria, solo se aceptarán bienes inmuebles urbanos, libres de gravámenes, inscritos en el Registro Público de la Propiedad que corresponda; la vigencia de las fianzas siempre será determinada y su renovación o prórroga no podrá operar en forma automática; y *e)* se cancelan automáticamente transcurrido el plazo que la institución de fianzas y el beneficiario hubiesen acordado, siempre que no se hubiese presentado reclamación a la afianzadora.

Asimismo, las Reglas establecen que en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, el beneficiario debe suspender las operaciones objeto de la fianza de crédito. En caso contrario, las nuevas operaciones no quedan garantizadas; para la reanudación de dichas operaciones se requerirá que la afianzadora otorgue por escrito su consentimiento. Los beneficiarios de las fianzas deben formular sus reclamaciones por escrito, ya sea acompañando los documentos originales que acrediten la existencia y exigibilidad del crédito afianzado, así como de un informe acerca de las gestiones de cobro realizadas por el beneficiario hasta ese momento.

El derecho para reclamar las fianzas de crédito caduca en el plazo que de común acuerdo convengan la institución de fianzas y el beneficiario, sin que dicho plazo pueda exceder de 180 días naturales, contados a partir del día siguiente a aquel

en que el fiado debió haber cumplido la obligación o del vencimiento de la vigencia de la póliza, caso en que se cancelará de manera automática. En el caso de fianzas por pagos parciales, debe pactarse expresamente que la falta de pago por el deudor de alguna de las parcialidades convenidas no dará derecho al beneficiario a reclamar la fianza de crédito por la totalidad del adeudo insoluto, si la institución fiadora hace el pago de la parcialidad adeudada por el fiado dentro del plazo de 30 días hábiles, contado a partir del día siguiente en que se haya presentado la reclamación. En caso de improcedencia de la reclamación, la institución fiadora deberá comunicar dicha circunstancia al beneficiario, dentro del mismo plazo.

Pago y prescripción

Presentada la reclamación a la institución dentro del plazo (art. 175, LISF), nace el derecho para hacer efectiva la póliza de fianza, el cual queda sujeto a la prescripción. La institución se libera por prescripción cuando transcurra el plazo legal para que prescriba la obligación garantizada o el de tres años, lo que resulte menor; en el caso de reclamaciones o requerimientos de pago por fianzas otorgadas en favor de la Federación, del Distrito Federal, de los estados y de los municipios, el plazo es de tres años.

Cualquier solicitud de pago por escrito hecha por el beneficiario a la institución o, en su caso, la presentación de la reclamación o requerimiento de pago de la fianza, interrumpe la prescripción, salvo que resulte improcedente.

En las fianzas que garanticen obligaciones de hacer o de dar, las instituciones podrán pagar al beneficiario la suma de dinero convenida si el fiado incumple su obligación, o bien sustituirse al deudor principal en el cumplimiento de la obligación, por sí o constituyendo fideicomiso. En las fianzas que garanticen el pago de una suma de dinero en parcialidades, la falta de pago por el fiado de alguna de sus parcialidades convenidas no dará derecho al beneficiario a reclamar la fianza por la totalidad del adeudo insoluto, si la institución hace el pago de las parcialidades adeudadas por el fiado, dentro del plazo que para tal efecto se hubiere estipulado en la póliza, salvo pacto en contrario.

El pago hecho por una institución en virtud de una póliza de fianza la subroga por ministerio de ley, en todos los derechos, acciones y privilegios que se

deriven de la naturaleza de la obligación garantizada a favor del acreedor. La institución podrá liberarse total o parcialmente de sus obligaciones si por causas imputables al beneficiario de la póliza de fianza es impedido o le resulta imposible la subrogación. Las instituciones no gozan de los beneficios de orden y excusión y sus fianzas no se extinguirán aunque el acreedor no requiera judicialmente al deudor por el cumplimiento de la obligación principal. Tampoco se extinguirá la fianza cuando el acreedor, sin causa justificada, deje de promover en el juicio entablado contra el deudor. La prórroga o espera concedida por el acreedor al deudor principal, sin consentimiento de la institución, extingue la fianza.

Procedimientos especiales

La LISF establece que los beneficiarios de fianzas deberán presentar sus reclamaciones por responsabilidades derivadas de los derechos y obligaciones que consten en la póliza respectiva, directamente ante la institución. En caso de que esta no le conteste dentro del término legal o de que exista inconformidad respecto de la resolución emitida por la misma, el reclamante podrá, a su elección, hacer valer sus derechos ante la Condusef o ante los tribunales competentes en los términos previstos en la LISF (arts. 279, 280 y siguientes).

- a) *Reclamación.* El beneficiario de la fianza debe presentar su reclamación por escrito directamente a la institución de fianzas, acompañando la documentación y demás elementos que justifiquen y sean necesarios para demostrar la existencia y la exigibilidad de la obligación garantizada por la fianza. La institución de fianzas tendrá derecho a solicitar al beneficiario todo tipo de información o documentación que se relacione con la fianza motivo de la reclamación, para lo cual dispone de un plazo de 15 días naturales contados a partir de la fecha de presentación de la reclamación, en cuyo caso el beneficiario contará con igual plazo para proporcionar la documentación e información requeridas, y de no hacerlo se tendrá por integrada la reclamación con la documentación que hubiere presentado. Si la institución no requiere más información se tiene por integrada la reclamación del beneficiario.

Integrada la reclamación, la institución tendrá un plazo hasta de 30 días, contados a partir de la fecha en que fue integrada la reclamación, para

proceder a su pago o, en su caso, para comunicar por escrito al beneficiario las razones, causas y motivos de su improcedencia. Si a juicio de la institución de fianzas procede parcialmente la reclamación, podrá hacer el pago dentro del plazo previsto y el beneficiario deberá recibirlo, sin perjuicio de hacer valer sus derechos por la diferencia. En caso de que el pago se haga fuera del plazo señalado, la institución deberá pagar intereses al beneficiario. En el caso de que este último no esté conforme con la resolución emitida podrá optar por hacer valer sus derechos ante la Condusef, o bien ante los tribunales competentes en los términos previstos por el art. 280 de la LISF. La presentación de la reclamación interrumpe la prescripción.

- b) *Procedimiento conciliatorio.* Conforme al art. 279 de la LISF, los beneficiarios de fianzas tienen derecho de optar por acudir ante la Condusef para hacer valer sus derechos. La *Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros* (LPDUSF) establece los procedimientos conciliatorios y el arbitraje y faculta a dicha comisión para actuar como conciliador o árbitro en las controversias entre las partes del contrato de fianza y proteger los derechos de los usuarios de los servicios financieros de fianzas.

Este procedimiento conciliatorio implica mucho más que una mediación. La función del conciliador no es simplemente establecer la comunicación, mediación o negociación entre las partes para tratar de resolver el conflicto; el conciliador no es simplemente un mediador que, al establecer esa comunicación entre las partes, haga posible que estas puedan llegar a un acuerdo, sino que es un tercero que por su actividad frente y para las partes trata de evitar el proceso inminente, merced a una labor de convencimiento y de avenimiento de las personas en conflicto, esto es, logrando cuando menos que cada una sacrifique en forma parcial sus pretensiones en aras de evitar un mal mayor (como es el proceso), que es el propio estado conflictivo.

Esta conciliación, en la que la LPDUSF establece los pasos por seguir y cómo se debe procurar, constituye un procedimiento paraprocesal, una conciliación provocada. Las provocaciones conciliatorias de forzoso agotamiento en el proceso, como ocurre en materia de seguros, revisten naturaleza paraprocesal en todos esos supuestos en los que la Condusef emite dictámenes u opiniones antes del normal agotamiento del proceso, pues mediante esas opiniones, sugerencias

o dictámenes se atiende a un fenómeno impreciso e impersonal por “colectivo”, en cuyo extremo no se está dando satisfacción a pretensiones individuales, sino que se evita la causación de un mal económico o social mayor como sería, en materia laboral, la huelga (arts. 790 y ss. de la *Ley Federal del Trabajo*). De la obtención de un arreglo conciliatorio (provocado por las instancias administrativas o por los tribunales obrero-patronales) se confirma la calificación de la conciliación como *paraprocesal*.

Los procedimientos conciliatorios no están confiados necesariamente a los jueces o en general a los órganos de la jurisdicción ordinaria, sino muchas veces a las autoridades administrativas, como la Condusef, en los casos de reclamaciones por cuestiones de seguros o fianzas. El procedimiento conciliatorio ante la Condusef se inicia con la reclamación del beneficiario, que puede ser presentada por comparecencia, por escrito o por cualquier otro medio idóneo, en la cual se señalen el nombre y domicilio del reclamante o de la persona que promueve en su nombre y, en su caso, el documento que legitime al representante; descripción de la fianza que se reclama y relación sucinta de los hechos que motivan la reclamación; denominación social de la institución de fianzas contra la que se presenta la reclamación, y documentación que acredite el contrato de fianza. La presentación de la reclamación interrumpe la prescripción por todo el tiempo que dure el procedimiento. El procedimiento se realiza conforme a lo siguiente:

- a) La reclamación debe ser presentada ante la Condusef, sus delegaciones regionales, estatales o locales, dentro del término de un año contado a partir de que se suscite el hecho que le dio origen. Si el beneficiario presentó su reclamación directamente a la institución de fianzas, esa presentación genera su derecho al pago e interrumpe la prescripción, de suerte que el término comienza a partir de que tiene conocimiento de la resolución de la institución de fianzas en la cual se niega al pago total o parcial de la fianza.
- b) La Condusef debe correr traslado de la misma y de los documentos a la institución de fianzas; señalar fecha para la celebración de la audiencia conciliatoria, que se celebrará dentro de los 20 días hábiles siguientes contados a partir de la fecha en que se reciba la reclamación; y citar al fiado en el domicilio que la institución de fianzas tuviere de este o de su representante legal.

- c) La institución de fianzas debe rendir un informe por escrito antes de la celebración de la audiencia de conciliación, en el cual responda de manera detallada y razonada a todos y cada uno de los hechos a que se refiere la reclamación, ya que su omisión provoca que se tenga como no presentado el mismo y que se tenga por cierto lo manifestado en la reclamación. Aun sin el informe debe desahogarse la audiencia, dándose por concluida el día señalado para su celebración, así como en el caso de que la institución o el beneficiario no se presente a la misma, salvo causa justificada por la Condusef y sin perjuicio de la imposición de la sanción pecuniaria a la institución de fianzas, en el caso de que no asista a la audiencia o de que no presente su informe. La inasistencia injustificada del reclamante implica el desistimiento de la misma, por lo cual debe acreditar causa justificada de ella dentro de los 10 días hábiles siguientes.
- d) A petición del beneficiario de la fianza, o de oficio, la Condusef puede requerir a la institución información adicional.
- e) En la audiencia de conciliación, la Condusef debe exhortar a las partes a conciliar sus intereses; en caso de acuerdo entre las partes, deben hacerse constar en el acta correspondiente, previa explicación por la Condusef al beneficiario, los alcances y consecuencias del mismo, así como fijar un término para acreditar su cumplimiento, cuya prueba corresponderá a la institución de fianzas.
- f) Concluida la audiencia de conciliación, en el caso de que las partes no se hayan puesto de acuerdo, la Condusef debe ordenar a la institución de fianzas el registro del pasivo contingente que derive de la reclamación, dando aviso a la CNSF, registro que puede ser cancelado bajo la responsabilidad de la institución de fianzas en caso de que, transcurridos 180 días desde su anotación, el beneficiario no haya hecho valer sus derechos ante la autoridad competente o iniciado el procedimiento arbitral que hubieren convenido.
- g) En el caso de que las partes no concilien sus intereses, la Condusef debe invitarlos a que, de común acuerdo, designen como árbitro a la propia Condusef o a alguno de los árbitros propuestos por ella, con libertad para que decidan que el arbitraje sea en amigable composición o de estricto derecho. Si las partes se ponen de acuerdo, el compromiso arbitral deberá

quedar asentado en el acta respectiva, y en el caso de que no convengan en arbitraje, se dejarán a salvo sus derechos para hacerlos valer ante los tribunales competentes.

- h) En el supuesto de que la institución de fianzas rechace el arbitraje o no asista a la junta de conciliación, la Condusef podrá emitir, a solicitud del beneficiario, un dictamen técnico que contenga su opinión, en caso de que considere que del escrito de la reclamación se desprendan elementos que a su juicio permitan suponer la procedencia de la reclamación. Dicho dictamen debe ser tomado en cuenta en el juicio respectivo, en caso de que lo presente el beneficiario.

Arbitraje

Como ya se señaló, en caso de que las partes se pongan de acuerdo en someter sus diferencias al arbitraje, el compromiso arbitral deberá quedar asentado en el acta respectiva de la Condusef, en el cual podrán optar por un arbitraje en amigable composición o de estricto derecho. En el procedimiento arbitral, las partes tienen derecho a adherirse total o parcialmente a las reglas de procedimiento establecidas por la Condusef; dicho procedimiento debe ajustarse a lo siguiente: en el caso de que el arbitraje sea en amigable composición, el o los árbitros deberán resolver en conciencia, a verdad sabida y buena fe guardada, y las partes fijarán de común acuerdo las etapas, formalidades, términos y plazos a que deba sujetarse el arbitraje, aplicándose supletoriamente lo dispuesto por el CCo. Si se trata de arbitraje en estricto derecho, las partes facultarán a su elección a la Condusef, o a alguno o algunos de los árbitros propuestos por esta, para resolver la controversia planteada con estricto apego a las disposiciones legales aplicables, y determinarán las etapas procesales, formalidades, términos y plazos a los que deberá sujetarse el arbitraje, con arreglo a lo dispuesto por la LPDUSEF. El procedimiento arbitral de estricto derecho debe sujetarse a lo siguiente, así como de manera supletoria a lo previsto por el CCo, y en su defecto a lo dispuesto por el *Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal* (CPCDF).

- a) La solicitud de arbitraje (demanda) debe ser presentada dentro del plazo convenido por las partes, que no podrá exceder de nueve días hábiles, o dentro de seis días hábiles siguientes a la celebración del convenio arbitral,

en caso de que no se haya señalado plazo. El actor deberá anexar al escrito de demanda la documentación en que funde su acción y las pruebas correspondientes, o en su caso deberá ofrecerlas.

- b) La contestación a la demanda deberá presentarse dentro del plazo pactado por las partes, sin que exceda de nueve días hábiles, o a falta de acuerdo, dentro de los seis días hábiles siguientes a la notificación de la demanda. El demandado deberá adjuntar al escrito de contestación la documentación en que funde sus excepciones y las pruebas correspondientes, o en su caso deberá ofrecerlas.
- c) Salvo pacto en contrario, contestada la demanda o transcurrido el plazo para ello, se dictará auto por el cual se abra el juicio a prueba por 15 días hábiles, de los cuales los cinco primeros serán para ofrecer las pruebas que tiendan a desvirtuar las ofrecidas por la contraria y los 10 restantes para el desahogo de todas las probanzas. Dicho plazo puede ser ampliado por una sola vez a juicio del árbitro.
- d) Cuando deban enviarse exhortos, el árbitro deberá entregarlos a la parte interesada para su debida diligenciación, y si a juicio del árbitro las pruebas no se desahogan por causas imputables al oferente, tendrá por desistido a este del derecho que pretende ejercer.
- e) Las partes tendrán ocho días para formular alegatos.
- f) La caducidad de la instancia opera por el término de 60 días, contados a partir de la notificación de la última actuación, si dentro del mismo no existe promoción alguna de las partes.
- g) Los árbitros deberán emitir su laudo correspondiente, el cual solo admite como medio de defensa el juicio de amparo y la aclaración de laudo.
- h) Los laudos dictados por los árbitros que no se cumplan dentro de los 15 días hábiles siguientes contados a partir de su notificación deberán ser enviados a la Condusef para adoptar las medidas correspondientes y ordenar el cumplimiento de los mismos.
- i) Las demás resoluciones dictadas en el procedimiento arbitral, que conforme el CCo admitan apelación o revocación, podrán ser impugnadas mediante recurso de revisión.

- j) Los convenios celebrados ante la Condusef tienen el carácter de sentencia ejecutoria.
- k) En el caso de que el laudo de la Condusef condene a la institución de fianzas, esta deberá dar cumplimiento al mismo dentro del plazo de 15 días hábiles, contados a partir de la notificación. En caso de incumplimiento, la Condusef enviará el expediente al juez competente para su ejecución.
- l) Para verificar el cumplimiento de los laudos, la Condusef está facultada para exigir a la institución el acreditamiento de dicho cumplimiento.

Procedimiento judicial

El beneficiario de la fianza que no haya recibido el pago de la institución de fianzas tiene derecho para demandar en juicio a la institución ante tribunales federales o locales, en los términos de la LSF y supletoriamente del CCo y del *Código Federal de Procedimientos Civiles* (CFPC). El procedimiento debe sujetarse a las prescripciones especiales siguientes:

- a) Presentada y admitida la demanda, la institución de fianzas deberá ser emplazada y deberá correrse traslado de la misma para que conteste en un plazo de cinco días hábiles, aumentado con los correspondientes en función de la distancia; la institución de fianzas tendrá derecho a oponer todas las excepciones inherentes a la obligación principal, incluidas las causas de liberación de la fianza.
- b) Se concederá un término ordinario de prueba por 10 días hábiles, transcurrido el cual actor y demandado, sucesivamente, gozarán de un plazo de tres días hábiles para alegar por escrito.
- c) El tribunal o juez dictará sentencia en el plazo de cinco días hábiles.
- d) Las sentencias y los mandamientos de embargo dictados en contra de una institución de fianzas solo se ejecutarán por autoridad administrativa correspondiente como sigue: i) si se trata de sentencia ejecutoriada que condene a pagar a la institución, el juez de los autos la requerirá, si hubiere sido condenada, para que compruebe dentro de las 72 horas siguientes haber pagado las prestaciones a que hubiere sido condenada; en caso de omitir la

comprobación, el juzgador ordenará al intermediario del mercado de valores o a la institución depositaria de los valores de la institución que, sin responsabilidad para la institución depositaria y sin requerir el consentimiento de la institución, efectúe el remate de valores propiedad de la institución, o, tratándose de instituciones para el depósito de valores a que se refiere la LMV, transfiera los valores a un intermediario del mercado de valores para que este efectúe dicho remate; y ii) en caso de mandamiento de embargo, la Condusef determinará los bienes de la institución de fianzas que deban afectarse en garantía exclusiva del cumplimiento de las obligaciones por las que se ordenó el embargo y dictará las reglas para el depósito de dichos bienes.

Prenda mercantil

Concepto

La prenda es un negocio jurídico muy utilizado en la práctica porque permite al acreedor garantizar su crédito con uno o más bienes respecto de los cuales tiene un derecho preferente frente a los demás acreedores del deudor. Así, la prenda es un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago. Según César Vivante, por virtud de la prenda el deudor o un tercero entregan al acreedor una cosa mueble, confiriéndole el derecho de hacerse el pago sobre la misma con preferencia a los demás acreedores, si no se satisface el crédito.³⁰ Giuseppe Branca afirma que se tiene prenda cuando una o más cosas del deudor o de un tercero (tercer garante prendario) quedan sustraídas a uno u otro (llamados *pignorantes*) por su propia voluntad, y puestas en manos del acreedor (que por sí solo o con ellos las custodia) o bien en manos de un tercero, a fin de que sirvan de garantía de una obligación, ya sea a cargo de quien da la cosa o de otro.

Nuestro CCo no regula el contrato de prenda mercantil, ya que los arts. 605 y siguientes de este ordenamiento que se referían a la prenda mercantil fueron derogados por el artículo tercero transitorio de la LGTOC,³¹ ordenamiento que regula la prenda dentro del título segundo, “De las operaciones de crédito”, capítulo IV, “De los créditos”, en la sección sexta, relativa a la “prenda”, y en la

sección séptima: la “prenda sin transmisión de posesión”. De cualquier forma, la LGTOC no define el contrato de prenda en general. Únicamente señala que la prenda sin transmisión de posesión constituye un derecho real sobre bienes muebles que tiene por objeto garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, conservando el deudor la posesión material de tales bienes (art. 346, LGTOC).

El CCF, a pesar de que regula la prenda en el libro cuarto, dentro de la segunda parte relativa a los contratos, tampoco define la prenda como un contrato, sino como un derecho real, y señala que es el derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago (art. 2856, CCF). Sin embargo, por regla general la prenda se constituye en virtud de un acuerdo de voluntades entre el acreedor y el deudor, o en su caso un tercero; incluso el mismo CCF (art. 2860) se refiere al contrato de prenda.

El contrato de prenda es aquel por virtud del cual el deudor o un tercero constituyen en favor del acreedor un derecho real sobre uno o más bienes muebles para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, conservando o no el deudor la posesión material de tales bienes. Es decir, se trata de un contrato accesorio. Tradicionalmente, en virtud de la prenda el deudor o el tercer garante se privan de la posesión de los bienes dados en garantía; sin embargo, es posible que esto no ocurra cuando se trata de prenda sin transmisión de posesión, en la que el deudor conserva la posesión de los bienes y hasta su disposición. Existe la prenda cuando una cosa queda sustraída del patrimonio del deudor o de un tercero por su propia voluntad y es puesta en manos del acreedor o de otro tercero, o sin desposesión, a fin de garantizar al acreedor el cumplimiento de una obligación y cuya restitución procede una vez que se ha cubierto o extinguido el crédito.

Mercantilidad

El art. 605 del CCo, precepto que fue derogado por la LGTOC, reputaba mercantil a la prenda constituida para garantizar un acto de comercio, así como aquella constituida por un comerciante, salvo prueba en contrario. No obstante, Joaquín Rodríguez Rodríguez sostiene que tal artículo y todos los relativos a la prenda en el CCo siguen vigentes hasta en tanto no hayan sido expresa o implícitamente

derogados por la existencia de normas especiales posteriores,³² pero como se dijo, el artículo tercero transitorio de la LGTOC en forma expresa derogó, entre otros, los arts. 605 a 634 del CCo, de manera que existe un equívoco en su apreciación, pues como dice Díaz Bravo, carece de razón inexplicable, ya que del texto claro y terminante del artículo transitorio mencionado se corrobora en definitiva que por la LGTOC quedaron derogados todos los preceptos de la prenda.³³

Con independencia de que el CCo no regule la prenda, el carácter de mercantil subsiste en el caso de la prenda a que se refiere la LGTOC, en primer lugar porque esta es un ordenamiento mercantil; en segundo lugar porque el art. 1º *in fine* de la LGTOC determina que las operaciones de crédito que reglamenta son actos de comercio, y la prenda está ubicada dentro de las operaciones de crédito; en tercer lugar porque el mismo art. 1º califica a los títulos de crédito de cosas mercantiles, y a los actos u operaciones sobre los mismos como actos de comercio; en cuarto lugar porque el art. 75, fracc. XXIV, del CCo califica de actos de comercio las operaciones contenidas en la LGTOC, una de las cuales es precisamente la prenda; y en fin, en quinto lugar, porque la prenda puede ser mercantil también en función del sujeto, del fin o del objeto, al tenor del mismo art. 75, fracc. XXV, del CCo.

En efecto, el carácter mercantil de la prenda resulta no solo de lo dispuesto por el art. 1º de la LGTOC, sino también del objeto mismo de la prenda, cosas mercantiles, cuando la prenda se constituye sobre títulos de crédito o valores como las acciones, bonos u obligaciones, así como por el propósito o fin de la prenda (arts. 1º, LGTOC, y 75, fraccs. I, II, III, IV, XX, XXI, XXIV y XXV, CCo). El art. 347 de la LGTOC señala que los contratos mediante los cuales se documente la constitución de garantías por medio de la prenda sin desposesión serán mercantiles para todas las partes que intervengan en ellos, a menos que se trate de actos celebrados entre dos o más personas físicas que no tengan el carácter de comerciantes, o actos que de acuerdo con el CCo no se reputen mercantiles.

Elementos reales

Para diversos autores la prenda es un contrato de carácter real, y como tal existe desde el momento en que se entrega la cosa al acreedor prendario;³⁴ sin

embargo, como expresa Rodríguez Rodríguez,³⁵ las partes válidamente pueden convenir en la prenda con la obligación del deudor de entregarla con posterioridad y, en caso de incumplimiento, el acreedor puede exigir la entrega de la cosa. Además, la LGTOC admite la prenda sin desposesión, de manera que el contrato no es necesariamente un contrato real, aunque en ciertos casos lo sea, ya que la entrega de la cosa no es un elemento esencial de la prenda.

De la definición de prenda podemos fácilmente advertir que el elemento real de la prenda se constituye por cualquier clase de derechos y bienes muebles, tanto presentes como frutos pendientes, bienes específicamente determinados o genéricos, fungibles o no fungibles. Puede ser objeto de prenda cualquier bien mueble enajenable: maquinaria, equipo, mercancías, títulos de crédito, acciones, bonos u obligaciones, y en general valores mobiliarios; créditos en libros o documentos; títulos representativos de mercancías, como los certificados de depósito que acreditan la propiedad de mercancías o bienes depositados en un almacén general de depósito, cuyo legítimo tenedor del título es el único que puede exigir la entrega de dichas mercancías contra la entrega del título. Los bienes objeto de prenda pueden ser del mismo deudor o de un tercero, quien en tal caso debe tener la propiedad o legitimación necesaria para disponer por prenda de dichos bienes.

Elementos formales

Por regla general la prenda es un contrato de carácter real, en tanto que se constituye con la entrega de la cosa; sin embargo, hay casos en los que la prenda queda constituida desde el momento de la celebración del contrato y sin necesidad de la entrega de los bienes, como ocurre en los casos de prenda sin desposesión. En cualquier caso, la prenda es un contrato formal para cuya constitución se exige su otorgamiento por escrito; en el caso de documentos privados, deben ser firmados dos ejemplares, uno para cada contratante. La prenda no surte efectos contra tercero si no consta la certeza de la fecha de su registro, escritura pública o de alguna otra manera fehaciente (art. 2860, CCF). Según la naturaleza de la prenda, esta se constituye por cualquiera de las formas siguientes (art. 334, LGTOC):

- a) Bienes o títulos al portador: i) por la entrega al acreedor si estos son al portador; ii) por su depósito en poder de un tercero designado por las partes

y a disposición del acreedor, o *iii*) por el depósito a disposición del acreedor en locales cuyas llaves queden en poder de este, aunque dichos locales sean propiedad del deudor.

- b*) Títulos nominativos, con el endoso en favor del acreedor, en su caso con la anotación de la prenda en el registro del emisor. Puede depositarse en una institución de crédito.
- c*) Créditos, con la entrega del título o documento en que el crédito conste (si no son negociables).
- d*) Títulos representativos de mercancías, con la entrega y endoso de dichos títulos. Los certificados de depósito son títulos de crédito que acreditan la propiedad de mercancías o bienes. El legítimo tenedor del título es el único que puede exigir la entrega de dichas mercancías contra la entrega del título. El embargo de tales mercancías precisa el embargo del título. Solo un almacén general de depósito puede emitir esos títulos.
- e*) Bono de prenda. Con la emisión o endoso del bono de prenda, dicho bono constituye un título de crédito que acredita la constitución de un crédito prendario sobre las mercancías o los bienes indicados en el certificado de depósito.
- f*) Maquinaria, equipo y empresa (crédito refaccionario o de habilitación), con la inscripción en el Registro de Comercio, quedando en poder del deudor los bienes dados en prenda.
- g*) Crédito para la adquisición de bienes de consumo duradero, con la entrega de la factura al acreedor (institución de crédito) que acredite la propiedad de la cosa adquirida, con la anotación respectiva. En este caso el bien queda en poder del deudor como depositario.
- h*) Créditos en libros, con la anotación en el contrato correspondiente de que los créditos dados en prenda se hayan especificado en las notas o relaciones respectivas y que estas hayan sido transcritas por la institución de crédito en un libro especial, en asientos sucesivos y en orden cronológico. En el caso de la prenda de crédito en libros, otorgada a una institución de fianzas, la prenda se constituye mediante el contrato respectivo en el cual se hagan constar los datos necesarios para identificar los bienes, que los créditos se

hayan especificado debidamente en un libro especial que llevará la sociedad y que los asientos que se anoten en ese libro sean sucesivos, en orden cronológico y que expresen el día de la inscripción, así como la fecha a partir de la cual se tendrá por constituida la prenda. En este caso, el deudor será considerado mandatario del acreedor para el cobro de los créditos con las responsabilidades civiles y penales correspondientes.

- i) Prenda sin desposesión. Debe constar por escrito, y si el importe de los bienes dados en prenda es igual o superior al equivalente en moneda nacional de 250 mil unidades de inversión, las partes deben ratificar sus firmas ante fedatario público (art. 365, LGTOC). La prenda sin desposesión queda constituida desde la celebración del contrato entre las partes.

Elementos personales. Derechos y obligaciones

Acreedor prendario

En virtud de la prenda, el acreedor prendario adquiere los derechos siguientes y asume diversas obligaciones. Queda obligado a:

- a) Entregar un resguardo que exprese el recibo de los bienes dados en prenda y los datos de identificación de los mismos, en los casos en que el acreedor prendario reciba dichos bienes (arts. 334, fraccs. I, II, III, IV y VI, LGTOC).
- b) Guardar y conservar los bienes, en el caso de que estos le hayan sido entregados, así como conservar la cosa; en consecuencia, debe custodiarla, sin disponer de ella, salvo que se trate de una prenda irregular: la constituida sobre bienes fungibles cuya propiedad se transfiere al acreedor prendario con obligación de restituir otro tanto de la misma especie y calidad. Los gastos de conservación de la cosa son por cuenta del deudor prendario (art. 338, LGTOC).

Derivado de lo anterior, el acreedor prendario debe en su caso ejercitar los derechos inherentes a los bienes o títulos dados en prenda. Tratándose de títulos dados en prenda, el acreedor prendario está obligado a ejercitar todos los derechos inherentes a los títulos, de suerte que si estos conceden el

derecho de opción, el deudor prendario debe proveer al acreedor prendario de los fondos suficientes para su ejercicio, al igual que para el caso de que deba hacerse alguna exhibición sobre los mismos.

- c) Conservar en sustitución de los bienes dados en prenda el importe de las cantidades recibidas por la amortización de estos (art. 343, LGTOC), así como, en su caso, los intereses o dividendos que reciba por los títulos dados en prenda y aplicarlos en su oportunidad al pago del crédito, salvo pacto en contrario (art. 338, LGTOC).
- d) Devolver los bienes dados en prenda, u otros tantos de la misma especie y calidad si la prenda fue irregular, en el caso de que el crédito se extinga.
- e) En el caso de créditos dados en prenda, debe defenderlos contra terceros.

El acreedor prendario tiene los derechos siguientes:

- a) Derecho de retención. El acreedor que recibe los bienes tiene derecho a retener la cosa mientras dure el contrato y subsista la obligación principal garantizada (arts. 2858, 2859, 2873, fraccs. II y IV, y 2874, CCF, y 334 y 338, LGTOC). Este derecho se extiende a todos los accesorios de la cosa y a todos los aumentos de ella; como consecuencia, el acreedor prendario puede ejercitar las acciones correspondientes para retener o recuperar la posesión de los bienes que en virtud de la prenda le haya sido entregada.
- b) En caso de pérdida de la posesión de los bienes dados en prenda, el acreedor tiene derecho a ejercitar la acción de recuperación o la reivindicación de los mismos.
- c) Hacerse dueño de los bienes dados en prenda, en el caso de que así se haya pactado por escrito con posterioridad a la celebración de la prenda (pacto comisorio expreso), y que al vencimiento del crédito este no se haya pagado (art. 344, LGTOC).
- d) Proceder a la venta de los bienes en los casos siguientes: si al vencimiento de la obligación garantizada el deudor no la paga; en el caso de que el precio de los bienes dados en prenda baje de manera que no baste para cubrir el importe de la deuda y un 20% adicional (art. 340, LGTOC), y en el caso de que el deudor prendario no entregue los fondos necesarios para efectuar las exhibiciones que deban hacerse sobre los títulos.

Deudor prendario

Tiene el carácter de deudor prendario el deudor de la obligación garantizada o un tercero con facultad de disponer de los bienes dados en prenda, es decir, el propietario de los bienes, o su apoderado con facultades de dominio, o, en su caso, para suscribir títulos de crédito (arts. 2554 y 2868, CCF, y 9º, LGTOC): *a)* el deudor prendario debe entregar la posesión de los bienes en los casos en que la prenda se constituye con la entrega; *b)* tratándose de prenda sobre títulos de crédito, además de entregar dichos títulos, debe endosarlos en garantía a favor del acreedor prendario, y tratándose de títulos nominativos cuyas transmisiones deban constar en el libro del emisor, solicitar la inscripción de la prenda en esos libros; *c)* en el caso de prenda con desposesión sobre títulos respecto de los cuales deba hacerse alguna exhibición o ejercitar alguna opción, proveer al acreedor prendario de los fondos suficientes para ello; *d)* en el caso de prenda sin desposesión, el deudor prendario conserva el derecho de usar y gozar los bienes, así como de disponer de ellos tanto para su transformación como para su venta, con las restricciones en este último caso previstas por la ley y a las que nos referimos más adelante; y *e)* conservar los bienes dados en prenda a disposición del acreedor prendario, como depositario de los mismos.

Clasificación de la prenda

La prenda puede ser clasificada de diversas formas: en función de los bienes objeto de garantía, la prenda puede ser regular o irregular; en función de la posesión de los bienes, puede ser prenda con desposesión o con entrega u ordinaria y prenda sin desposesión o sin entrega; y en función de la forma en que se otorga la garantía, la prenda puede ser expresa o tácita.

a) Prenda regular. Es la prenda que se constituye sobre bienes cuya propiedad conserva el deudor prendario y que puede ser sobre bienes muebles o derechos de cualquier clase con tal de que sean enajenables, como títulos cambiarios, títulos valores, bienes tangibles o intangibles como los de propiedad industrial. Dichos bienes, aunque se entreguen al acreedor prendario, deben ser conservados y devueltos al deudor prendario en caso de que la obligación garantizada sea cubierta.

b) Prenda irregular. Existe prenda irregular cuando el garante entrega al

acreedor bienes genéricos o fungibles (dinero, mercancías o títulos) de los que el acreedor puede disponer para sí conservando como única obligación restituir otros tantos de la misma especie y calidad (art. 335, LGTOC). Por virtud de esta prenda, se transfiere la propiedad de los bienes al acreedor prendario, el cual queda obligado a entregar al deudor, a expensas de este, el resguardo de los bienes recibidos en prenda con especificación de los mismos. A decir de Bauche Garciadiego,³⁶ esta prenda no se puede constituir sobre títulos de crédito cambiarios (letra de cambio, cheque y pagaré) porque son títulos esencialmente individuales por naturaleza, pero sí puede constituirse sobre valores, títulos de crédito emitidos en serie o masa, de suerte que la entrega de estos bienes debe ser una entrega legitimadora, en la que no basta la entrega material de los bienes, sino también el endoso del título y, en su caso, su inscripción en el registro del emisor.

Por la posesión de los bienes

- a) *Prenda con entrega u ordinaria.* Prenda que se constituye sobre cualquier clase de bienes muebles o derechos (mercancías, títulos o dinero) que se entregan en esa calidad al acreedor prendario para su custodia, conservación y, en su caso, venta, y que garantizan el cumplimiento de las obligaciones por las cuales se constituye la garantía. En el caso de prenda sobre títulos, deben satisfacerse los requisitos de la LGTOC ya señalados al efecto.
- b) *Prenda sin transmisión de posesión.* Se trata de la prenda constituida en créditos refaccionarios, de habilitación o avío, o sobre créditos en libros que no se entregan al acreedor prendario, sino que quedan en poder del otorgante de la garantía, a quien se considera depositario judicial de los mismos, pero también en todos los demás casos previstos de manera expresa por la LGTOC, en los que la prenda se constituye sin transmisión de posesión de los bienes.

Los arts. 346 a 380 de la LGTOC se refieren a la prenda sin transmisión de posesión, la que tiene por objeto garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, conservando el deudor la posesión material de tales bienes y en la que excepcionalmente puede pactarse que el acreedor o un tercero tenga la posesión material de los bienes pignorados. Conforme a la LGTOC, la prenda sin transmisión de posesión puede garantizar cualquier obligación con

independencia de la actividad preponderante del deudor (art. 352, LGTOC), incluso obligaciones futuras, pero en este caso la garantía solo puede ejecutarse una vez que la obligación principal sea exigible (art. 359, LGTOC). Las características de esta prenda son las siguientes:

- a) El importe de la garantía puede ser una cantidad determinada en el momento de la constitución de la garantía o determinable en el momento de su ejecución (art. 348, LGTOC); procede la inscripción de la garantía aun cuando no se fije la cantidad máxima que garantice el gravamen (art. 378, LGTOC).
- b) Pueden ser objeto de garantía toda clase de derechos y bienes muebles, los que deben identificarse, salvo que sean objeto de prenda todos los bienes que el deudor prendario utilice para realizar su actividad preponderante, en cuyo caso basta su identificación genérica. Específicamente, pueden ser objeto de prenda sin transmisión de posesión: los bienes y derechos que obren en el patrimonio del deudor en el momento de otorgar la garantía, incluidos los nombres comerciales, marcas y otros derechos; los bienes de naturaleza igual o semejante a los anteriores que el deudor adquiriera en fecha posterior a la constitución de la prenda; los frutos o productos futuros, pendientes o ya obtenidos; los bienes que resulten de la transformación de los bienes mencionados, y los bienes y derechos que el deudor reciba o tenga derecho a recibir, en pago por la enajenación a terceros de los bienes pignorados o como indemnización en caso de daños o destrucción de dichos bienes.
- c) No puede constituirse prenda ordinaria u otra garantía sobre los bienes que ya se encuentren dados en prenda sin transmisión de posesión, pero el deudor podrá dar en prenda sin desposesión a otros acreedores los bienes que adquiriera con los recursos del crédito que le otorguen los nuevos acreedores, en cuyo caso el primer acreedor prendario tiene preferencia para el pago de su crédito sobre todos los bienes muebles que el deudor le haya dado en prenda, frente a cualquier acreedor, con excepción de los bienes adquiridos por el deudor con los recursos que le proporcione el nuevo acreedor.
- d) El contrato de prenda debe constar por escrito y ser ratificado ante fedatario en el caso de que el valor de los bienes sea igual o superior al equivalente en

moneda nacional de 250 mil unidades de inversión. En el contrato debe establecerse el lugar o lugares en donde deberán encontrarse los bienes dados en garantía; las contraprestaciones mínimas que deberá recibir el deudor de su contraparte por la venta o transferencia de los bienes; las características o categorías que permitan identificar a la persona o personas a las que el deudor podrá vender o transferir los bienes, así como el destino del dinero, bienes o derechos obtenidos por la venta, y la información que el deudor deba entregar al acreedor respecto de la transformación, venta o transferencia de los bienes. El incumplimiento a tales estipulaciones por el deudor trae como consecuencia el vencimiento anticipado del crédito garantizado (art. 399, LGTOC).

En el mismo contrato deben establecerse las bases para designar un perito, que podrá ser un almacén general de depósito, cuya responsabilidad será dictaminar, una vez que haya oído a ambas partes, los deterioros que haya sufrido la cosa o la pérdida de su valor de mercado. Asimismo, las partes podrán encomendar a este la guarda y conservación de los bienes dados en prenda (art. 363, LGTOC). También deberá designarse un perito para que determine el valor de los bienes, pero la designación de este no es esencial en el contrato, ya que puede hacerse la misma desde la celebración del contrato, en fecha posterior o incluso por el juez. En todo caso, las partes deben establecer las bases para designar a una persona autorizada, distinta del acreedor, para que realice el avalúo de los bienes, cuando este no pueda ser llevado a cabo por el perito designado, o mediante el procedimiento al efecto acordado, pero a falta de acuerdo el juez lo designa.

Asimismo, antes de las reformas del 24 de abril de 2003, publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF) del 13 de junio del mismo año, el art. 379 de la LGTOC establecía que las partes debían estipular en el contrato que en caso de que el producto de la venta de los bienes objeto de la garantía no alcanzara para cubrir el importe total de las obligaciones garantizadas a cargo del deudor, este quedaría liberado de cubrir las diferencias que resultasen, considerándose extinguidos los derechos del acreedor de exigir las diferencias, derecho que es irrenunciable para el deudor; tras la reforma, que derogó tal precepto, no existe dicha obligación y se supone que el deudor no queda liberado de la misma, salvo pacto expreso.

- e) La constitución de la garantía surte efectos desde la celebración del contrato, y para terceros, desde el momento de su inscripción en el registro.
- f) Salvo pacto en contrario, la garantía incluye los intereses ordinarios y moratorios estipulados en el contrato respectivo y los gastos efectuados en el proceso de ejecución.
- g) Cuando el deudor esté facultado para hacer pagos parciales, la garantía debe reducirse desde luego y de manera proporcional a los pagos realizados, si esta recae sobre varios objetos o estos son cómodamente divisibles en razón de su naturaleza jurídica, sin reducir su valor, y siempre que los derechos del acreedor queden garantizados en forma debida.
- h) En el caso del concurso mercantil, los créditos garantizados serán exigibles desde la fecha de la declaración y seguirán devengando los intereses ordinarios pactados hasta donde alcance la garantía; asimismo, el acreedor prendario podrá ejecutar los bienes ante el juez del concurso, quien decretará la ejecución sin más trámite, pero si hubiera oposición, esta deberá resolverse en la vía incidental. La resolución dictada por el juez, haya o no litigio, solo es apelable en efecto devolutivo.
- i) El deudor prendario, salvo pacto en contrario, tiene derecho a hacer uso de los bienes pignorados, a combinarlos con otros y a emplearlos en la fabricación de otros bienes, siempre que no se disminuya el valor de la garantía y que los producidos formen parte de la garantía; a percibir y utilizar los frutos y productos de los bienes pignorados; a dar bienes adicionales que garanticen la deuda principal y sus accesorios cuando el importe del valor de mercado de la garantía pactada en el contrato disminuya de tal manera que no baste para cubrir dicha deuda y accesorios, si así se convino entre las partes; a enajenar los bienes pignorados en el curso normal de su actividad preponderante, quedando en garantía los bienes o derechos que el deudor reciba o tenga derecho a recibir en pago por la enajenación de los bienes, siempre que lo haga antes de recibir la notificación del inicio de cualquier procedimiento de ejecución.

El deudor está obligado a solicitar autorización por escrito al acreedor garantizado para vender los bienes dados en prenda a las siguientes personas (art. 374, LGTOC): personas físicas o morales que sean titulares de

más de 5% de los títulos representativos del capital social del deudor; los miembros propietarios y suplentes del consejo de administración del deudor; los cónyuges y las personas que tengan parentesco por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado (civil) con los accionistas titulares de más de 5% del capital social del deudor, o los miembros del consejo de administración; y los empleados, funcionarios y acreedores del deudor. Antes de la reforma del 24 de abril citada, la LGTOC establecía que el acreedor prendario tenía un plazo de 10 días naturales para dar su autorización o negarla; en caso de que no manifestara nada al respecto, la ley consideraba que la autorización había sido otorgada de manera tácita en favor del deudor; sin embargo, con la reforma se suprime la presunción de considerar el consentimiento tácito ante el silencio del acreedor.

La LGTOC (art. 374) declara nulas las ventas realizadas sin autorización del acreedor prendario y, como consecuencia, los efectos de las garantías no cesan y el acreedor prendario conserva el derecho de persecución sobre los bienes en contra de los acreedores. Asimismo, la ley considera que el adquirente es de mala fe cuando, sabedor de la existencia de la prenda, adquiera los bienes objeto de esta mediante operaciones en las que se pacten condiciones o términos apartados significativamente de las condiciones que prevalecen en el mercado en el momento de su celebración, de las políticas generales de comercialización que siga el deudor o de las sanas prácticas y usos comerciales, a menos que obtenga autorización expresa del acreedor prendario. Además, el deudor prendario que transfiera los bienes contra lo previsto por la ley se hace acreedor a una pena corporal y económica.

En el caso de que los bienes dados en prenda sin desposesión representen más de 80% de los activos del deudor, este podrá enajenarlos en el curso ordinario de sus actividades, con la previa autorización del juez o del acreedor, según el caso.

- j) El deudor prendario asume la obligación de conservar la cosa objeto de prenda por su cuenta y cargo; en consecuencia, no puede utilizarla con propósitos distintos de los pactados con el acreedor y es responsable de los deterioros o pérdidas que sufra por su culpa o negligencia.
- k) El acreedor prendario tiene derecho a exigir del deudor otra prenda o el pago de la deuda aun antes del plazo convenido, si la cosa dada en prenda se

pierde o deteriora en exceso del límite pactado por las partes; a inspeccionar los bienes pignorados a efecto de determinar, según corresponda, su peso, cantidad y estado de conservación general; a dar por vencido en forma anticipada el crédito cuando el valor de mercado de los bienes dados en prenda disminuya, de manera que no baste para cubrir el importe de la deuda garantizada y sus accesorios.

- l) El acreedor prendario está obligado a liberar la prenda una vez que sean cubiertos íntegramente la deuda principal, intereses y demás accesorios, conforme a las mismas reglas seguidas para la constitución de la prenda. La omisión de la liberación implica la obligación del acreedor prendario de pagar al deudor los daños y perjuicios ocasionados, además de la obligación de liberar los bienes.
- m) La prenda, su extinción, modificación, cesión y prelación surten efectos contra terceros a partir de su inscripción en el registro. La prenda sin posesión registrada tiene prelación sobre los créditos quirografarios, créditos con garantía real no registrada y gravámenes judiciales preexistentes no registrados (arts. 366, 376 y 371, LGTOC), y otorga derecho al acreedor prendario para percibir el principal y los intereses de su crédito con el producto de los bienes objeto de la prenda, con exclusión absoluta de los demás acreedores del deudor, sin perjuicio de las preferencias que conforme a la *Ley Federal del Trabajo* correspondan a los trabajadores del deudor.
- n) Sanción penal. La LGTOC establece en su art. 380 que al que teniendo la posesión material de los bienes, aun siendo el acreedor, transmita en términos distintos de los prevenidos por la ley, grave o afecte la propiedad o posesión de los mismos, sustraiga sus componentes, los desgaste fuera de su uso normal o por alguna razón disminuya de manera intencional el valor de ellos, se le sancionará con prisión hasta de un año y multa de 100 veces el salario mínimo general vigente (en lo futuro, Unidad de Medida y Actualización), cuando el monto de la garantía no exceda de 200 veces el equivalente a dicho salario. Si excede de ese monto pero no de 10 mil, la prisión será de uno a seis años y la multa de 100 a 180 veces el salario mínimo general vigente; y si excede de 10 mil días de salario, la prisión será de seis a 12 años y la multa de 120 veces el salario mínimo general vigente.

- o) Las acciones del acreedor prendario prescriben en tres años contados a partir de que la obligación garantizada pudo legalmente exigirse.

En función de la forma en que se constituye

- a) *Prenda expresa* es la prenda que se constituye en forma expresa y voluntaria entre las partes, por el acuerdo de voluntades entre deudor y acreedor prendarios.
- b) *Prenda tácita o derecho de retención*. Se trata de una garantía legal y natural con que cuentan algunas personas que tienen el carácter de acreedores y al mismo tiempo tienen en su poder bienes del deudor, como ocurre en los casos de los contratos de comisión (art. 306, CCo), compraventa (art. 386, CCo), transporte (art. 591, fracc. VIII, CCo) u hospedaje (art. 2669, CCF), en los que en virtud de dichos contratos el comisionista, el vendedor, el transportista y el hotelero tienen en su poder y posesión bienes propiedad del deudor, respecto de los cuales la ley les otorga el derecho de retenerlos en garantía del cumplimiento del contrato respectivo y la preferencia para ser pagado su crédito con el producto de la venta de dichos bienes.

Procedimiento de ejecución de la venta de los bienes

La LGTOC establece el procedimiento de ejecución de la prenda para los supuestos previstos por su art. 334; esto es, cuando la prenda se constituye con la entrega de los bienes o títulos al acreedor prendario o a un tercero; mientras que el CCo establece en sus arts. 1414 bis, 1414 bis 1 al 1414 bis 20, el procedimiento para la ejecución de la prenda sin transmisión de posesión.

Ejecución de prenda ordinaria

Conforme al art. 341 de la LGTOC, el acreedor prendario tiene derecho de pedir al juez que autorice la venta de los bienes o títulos dados en prenda cuando se venza la obligación garantizada. El juez debe correr traslado de la petición al deudor con la indicación de que tiene un plazo de 15 días, contados a partir de la

petición del acreedor, para oponer las defensas y excepciones que le asistan a efecto de demostrar la improcedencia de la misma, en cuyo caso el juez debe resolver dentro de un plazo de 10 días. El término de 15 días a que se refiere la ley parece ser arbitrario para el deudor prendario, ya que el mismo se cuenta desde la fecha en que se presentó la petición y no desde la notificación al deudor. Asimismo, la ley señala que en el caso de que el deudor haga valer su derecho, el juez autorizará la venta, como también en caso de notoria urgencia, bajo la responsabilidad del acreedor, el juez puede autorizar la venta aun antes de la notificación al deudor.

La venta de los bienes ha de hacerse por medio de corredor público o dos comerciantes, quienes deben extender al acreedor un certificado de la venta. El producto de dicha venta debe ser conservado en prenda por el acreedor, en sustitución de los bienes o títulos vendidos. Dicho precepto ha sido puesto en tela de juicio por inconstitucional, en virtud de la posible violación de la garantía de audiencia del deudor. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto que el art. 341 de la LGTOC es constitucional en virtud de que la constitución de la prenda deriva de la voluntad de las partes, y el juzgador, al dictar su resolución, debe analizar de oficio la procedencia de la acción y los presupuestos procesales, y que en todo caso su resolución no es constitutiva, sino declarativa.³⁷

En todo caso, el art. 341 no autoriza al acreedor prendario para quedarse con el producto de la venta de los bienes, en pago de la obligación garantizada, sino únicamente para que, al vencimiento de la deuda, proceda a la venta de los bienes y su producto lo conserve en prenda, en sustitución de los bienes o títulos vendidos, de donde resulta que el procedimiento expedido de la ejecución de la prenda no sustituye el diverso juicio que en su caso debe entablar el acreedor prendario en contra del deudor para hacer efectivo su crédito, en el cual el juzgador determine sobre la existencia y, en su caso, sobre el monto de la deuda a cargo del deudor prendario.

No obstante, se trata de un procedimiento muy agresivo en contra del deudor a pesar de que “al buen pagador no le duelen prendas”, puesto que en el caso de que el acreedor no obtenga una sentencia favorable o favorable totalmente, el deudor se habrá visto privado de sus bienes en virtud del procedimiento de venta, sin perjuicio de su derecho, que podrá hacer valer en contra del acreedor prendario.

Ejecución de prenda sin transmisión de posesión

Nuestro CCo establece dos procedimientos de ejecución de los bienes dados en prenda sin transmisión de posesión: el procedimiento extrajudicial y el procedimiento judicial (art. 1414 bis, CCo).

- a) *Procedimiento extrajudicial de ejecución.* Este procedimiento tiene por objeto tanto el pago de los créditos vencidos como la obtención de la posesión de los bienes, y procede siempre que no existan controversias sobre la exigibilidad del crédito, la cantidad reclamada y la entrega de la posesión de los bienes. El valor de los bienes puede determinarse por dictamen que rinda el perito que las partes designen desde la celebración del contrato o en fecha posterior, conforme a las bases fijadas en el propio contrato u otro procedimiento que acuerden las partes por escrito, o en su defecto, por el perito que designe el juez competente a solicitud de cualquiera de las partes.

El procedimiento se inicia con el requerimiento extrajudicial, ante fedatario público, requerimiento formal de entrega de la posesión de los bienes formulada por el acreedor prendario al deudor. Entregada la posesión al acreedor, este asume el carácter de depositario judicial de los bienes por todo el tiempo que transcurre desde la entrega hasta la venta de los mismos. Asimismo, en los casos en que se haya estipulado expresamente la posesión de los bienes, la ley autoriza que la misma se lleve a cabo ante el fedatario público, quien deberá levantar el acta correspondiente y el inventario pormenorizado de los bienes; en caso de que no se pueda obtener la posesión, deberá seguirse el procedimiento de ejecución forzosa, el cual incluso puede iniciarse sin necesidad de agotar el procedimiento extrajudicial. Este concluye en caso de oposición del deudor a la entrega de los bienes o pago del crédito, o cuando no se haya producido el acuerdo a que se refiere el art. 1414 bis o este sea de imposible cumplimiento. También puede obtenerse la posesión de los bienes objeto de la garantía cuando así se haya convenido, ante fedatario público, quien deberá levantar el acta correspondiente y el inventario pormenorizado de los bienes. En tal caso se procede a la enajenación de los mismos.

- b) *Procedimiento judicial de ejecución.* Este procedimiento tiene por objeto el pago de un crédito cierto, líquido y exigible y la obtención de la posesión

material de los bienes que lo garanticen mediante prenda sin transmisión de posesión, y siempre que el crédito conste en documento público o privado y que sea exigible en los términos pactados o según lo previsto por la LGTOC y las demás leyes. El acreedor prendario debe presentar su demanda acompañando el contrato respectivo y la determinación del saldo; si se trata de una institución de crédito, debe anexar la certificación de saldo correspondiente. Dicha determinación de saldo podrá elaborarse a partir del último estado de cuenta que, en su caso, el deudor haya recibido y aceptado siempre que se haya pactado; o bien el acreedor esté obligado a entregar al deudor estados de cuenta. El CCo presume que el deudor ha recibido y aceptado este último estado de cuenta si no lo objeta dentro de los 10 días hábiles siguientes de haberlo recibido o si efectúa pagos parciales al acreedor con posterioridad a su recepción (art. 1414 bis 8, CCo).

En caso de que el juez considere que se satisfacen los requisitos mencionados, deberá admitir la demanda dentro de un plazo máximo de dos días y dictará auto con efectos de mandamiento en forma para que el deudor sea requerido de pago, y de no hacerlo haga entrega al acreedor de los bienes objeto de la garantía; asimismo, ordenará emplazar a juicio al deudor para que dentro del término de cinco días comparezca a contestar la demanda y, en su caso, oponer las excepciones que se acrediten con prueba documental, salvo aquellas que por su naturaleza requieran el ofrecimiento y desahogo de pruebas distintas a la documental. El CCo faculta al juez para que, a fin de poner en posesión de los bienes al acreedor, aperciba al deudor con multa que podrá ser desde tres y hasta 400 veces el salario mínimo general vigente, en función del monto de la garantía reclamada. En el caso de que el deudor no entregue los bienes, el juez hará efectivo el apercibimiento y dictará las medidas conducentes para lograr el cumplimiento de su resolución, para lo cual podrá hacer uso de los medios de apremio, de auxilio de la fuerza pública o arresto administrativo hasta por 36 horas. En el caso de que el acreedor reciba los bienes dados en prenda, tendrá el carácter de depositario judicial y deberá informar al juez respecto del lugar en donde permanecerán los bienes mientras no sean vendidos.

El deudor prendario puede oponer las excepciones que a su derecho convengan, pero su trámite queda sujeto a lo siguiente: solo se tendrán por opuestas las excepciones que se acrediten con prueba documental, salvo que por su naturaleza requieran el ofrecimiento y desahogo de otras pruebas. En el caso de excepción de falta de personalidad, el juez concederá al acreedor un plazo

máximo de 10 días para que subsane la deficiencia, si es que es subsanable. La falta de cumplimiento da lugar a la conclusión del juicio; el CCo alude a *sobreseimiento*. Las excepciones de falsedad del documento o de falta de firma del demandado se resolverán en la sentencia y se declararán improcedentes si se acredita que el deudor realizó pagos parciales o mantuvo la posesión de los bienes adquiridos con el producto del crédito garantizado, o si existe otra causa; la excepción de litispendencia solo procede cuando se exhiban copias señaladas de la demanda y la contestación a esta o de las cédulas de emplazamiento del juicio pendiente, y las excepciones de improcedencia o error en la vía procesal únicamente provocan que el juez prevenga al actor para que corrija la demanda.

Aun cuando no haya contestado la demanda, el demandado tiene derecho a ofrecer pruebas hasta antes de que se dicte sentencia y por una sola vez. Tanto en el escrito de demanda como en el de contestación deben ofrecerse las pruebas correspondientes debidamente relacionadas con los hechos que se pretenda probar; deben presentarse todos los documentos respectivos, así como, en su caso, nombre y apellidos de testigos y peritos y sus interrogatorios. En el auto que tenga por contestada o no contestada la demanda, el juez debe resolver sobre la admisión o desechamiento de las pruebas; en caso de contestación, debe dar vista de esta al acreedor y señalar fecha para la audiencia de pruebas y alegatos y sentencia. La sentencia dictada por el juez es apelable únicamente en el efecto devolutivo. En el caso de que la sentencia condene al deudor, si el valor de los bienes dados en prenda es menor o igual al monto del adeudo condenado, el crédito quedará totalmente liquidado, sin reserva de derecho alguno para el acreedor, en cuyo caso el acreedor prendario podrá disponer de manera libre de los bienes dados en prenda.

En el caso de que el valor de los bienes dados en prenda sea mayor al monto del adeudo condenado, el acreedor, una vez deducido el crédito, los intereses y gastos generados, entregará al deudor el remanente que corresponda por la venta de los bienes. En caso de incumplimiento, el juez lo apercibirá con las medidas de apremio y le ordenará pagar una pena por cada día transcurrido desde la fecha en que inició el incumplimiento y mientras este subsista.

A tal efecto, la venta de los bienes podrá hacerse, a elección del acreedor, ante el juez que conozca del juicio o ante fedatario público conforme a lo siguiente: a) debe notificarse personalmente al deudor, por lo menos con cinco días de anticipación a la fecha de la venta, el día y la hora en que se efectuará la venta;

b) debe publicarse un aviso de la venta en un periódico de la localidad en donde se encuentren los bienes, por lo menos con cinco días de anticipación a la fecha de la venta, con indicación del lugar, día, hora y descripción de los bienes. Asimismo, podrán señalarse las fechas en que se realizarán, en su caso, las ofertas sucesivas de venta de los bienes. La ley no exige que sea un periódico de mayor circulación, sino en cualquier periódico, y faculta al deudor para hacer otras publicaciones de venta a su costa; c) en caso de que no sea posible la venta según lo señalado, el inmueble se pondrá de nuevo a la venta, en cuyo caso el valor mínimo de venta se reducirá 10% cada semana. El acreedor puede obtener la adjudicación de los bienes en su favor cuando el precio de estos no alcance a cubrir el monto de su crédito; y d) en caso de que la venta se realice y el precio sea superior al monto del adeudo y sus accesorios, el acreedor deberá entregar el remanente al deudor mediante cheque de caja o billete de depósito. En tanto el acreedor no entregue el remanente, deberá pagar al deudor, por todo el tiempo que dure el incumplimiento, una tasa de interés equivalente a dos veces el Costo de Captación a Plazo de pasivos denominados en moneda nacional (CPP), que mensualmente da a conocer el Banco de México mediante publicaciones en el *Diario Oficial de la Federación*.

Conforme al CCo, el acreedor que no entregue al deudor el excedente del valor de los bienes respecto del monto del adeudo condenado (una vez deducidos el crédito, los intereses y los gastos generados), queda sujeto al pago de una pena judicial equivalente a 100 y hasta tres mil veces el salario mínimo diario general vigente en las fechas de incumplimiento, por día transcurrido, mientras subsista el incumplimiento. El CCo no señala a partir de qué momento se incurre en mora, puesto que solo se refiere a que una vez deducidos del precio de venta el importe de la deuda, los intereses y los gastos, el acreedor debe hacer la entrega del remanente; tanto la pena judicial como los intereses surten efectos a partir del día siguiente a la fecha en que venza el plazo concedido por el juez al acreedor (art. 85, CCo).

Extinción de la prenda

La prenda se extingue por extinción de la deuda principal, por convenio entre las partes y por la extinción de los bienes dados en prenda; la transformación de los bienes dados en prenda no implica su extinción, ya que los bienes producidos quedan en garantía prendaria.

La hipoteca

Concepto

La hipoteca es una garantía real constituida siempre sobre bienes especialmente determinados que no se entregan al acreedor y que dan derecho a este, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley (art. 2893, CCF).

La hipoteca difiere de la prenda no tanto por su objeto, que de ordinario es un bien inmueble, sino porque la misma queda constituida con su registro, sin que el deudor, o el garante, sea privado de la posesión del bien hipotecado. La razón de ser de la hipoteca en cuanto que no se priva de ella al garante estriba en que existen ciertos bienes, como los inmuebles, los buques o las plantas industriales, que no se pueden ocultar o “desaparecer”, como podría ocurrir con los muebles, por lo cual constituyen una garantía firme a pesar de quedar en manos del deudor, no obstante que este disponga del bien hipotecado y lo enajene, ya que la hipoteca sigue al bien hipotecado. La hipoteca, al igual que la prenda, puede ser constituida por acuerdo de voluntades entre el acreedor y el garante hipotecario, que puede ser el mismo deudor o un tercero.

Como contrato, la hipoteca es el acuerdo de voluntades por el cual una persona, denominada *garante hipotecario*, constituye un derecho real sobre uno o más bienes especialmente determinados a favor de un acreedor, sin la entrega de estos, para que el acreedor haga efectivo su crédito sobre los mismos en caso de que el deudor no le pague su crédito. Ramón Sánchez Medel define la hipoteca como el contrato por el que el deudor o un tercero concede a un acreedor el derecho a realizar el valor de un determinado bien enajenable, sin entregarle la posesión del mismo, para garantizar con su producto el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago.³⁸

Felipe Clemente de Diego señala que la hipoteca es el contrato por el cual se asegura el cumplimiento de una obligación principal, afectando de manera especial bienes inmuebles o derechos reales impuestos sobre ellos, de tal modo que el acreedor pueda enajenarlos en el caso de que aquella sea vencida y no satisfecha oportunamente.³⁹ Sin embargo, nuestro CCF no restringe la hipoteca a bienes inmuebles: tan solo se refiere al derecho real constituido sobre bienes

específicamente determinados, y en materia mercantil es frecuente que la hipoteca comprenda bienes muebles, como ocurre en la hipoteca marítima y en la de empresa; de ahí que Rafael Rojina Villegas, al referirse a la hipoteca, señale que es un derecho real que se constituye sobre determinados bienes, por lo general inmuebles, enajenables, para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, sin desposeer al dueño del bien gravado, y que otorga a su titular los derechos de persecución, venta y preferencia en el pago, para el caso de incumplimiento de la obligación.⁴⁰

Para Rodríguez Rodríguez, la hipoteca es siempre un acto civil. Incluso, dice que la hipoteca constituida en garantía de una obligación mercantil sigue siendo hipoteca regulada por el CCF, aunque reconoce que existen algunas peculiaridades típicas de hipotecas constituidas como accesorias de actos mercantiles.⁴¹ Sin embargo, si bien es verdad que la hipoteca no está regulada por el CCo, no menos cierto es que dicho ordenamiento califica de actos de comercio tanto las obligaciones entre comerciantes y banqueros, si no son de naturaleza esencialmente civil, como las operaciones reguladas por la LGTOC y cualesquiera otros actos análogos a los previstos en las fraccs. I a XXIV del art. 75 del mismo CCo; por otro lado, la LGTOC establece normas para la hipoteca con ocasión de operaciones de crédito y emisión de obligaciones por sociedades anónimas, y la LNCM se refiere a la hipoteca marítima. Ambos ordenamientos son mercantiles y pregonan la aplicación supletoria del CCo.

De lo anterior puede sostenerse que la hipoteca, contrato accesorio y de garantía, puede ser civil o mercantil.⁴² Tendrá carácter mercantil cuando la obligación garantizada sea comercial o cuando el objeto de la hipoteca sea una empresa. El carácter mercantil de la hipoteca no se desvirtúa por el hecho de que una institución de crédito como acreedor hipotecario haga valer su derecho en la vía civil sumaria, en virtud de que la misma LIC faculta a las instituciones de crédito para ejercitar cualquier acción tendente a hacer efectivo su crédito y que el CCo no solo no excluye la posibilidad de que las controversias se ventilen conforme a ordenamientos distintos de este, sino que expresamente el art. 72 de la LIC señala que cuando el crédito tenga garantía real, el acreedor podrá ejercer sus acciones en juicio ejecutivo mercantil, ordinario, o el que en su caso corresponda, por lo que si la acción se funda en un contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria, la acción puede ser deducida por las instituciones de crédito en la vía hipotecaria civil, no obstante que el art. 1050 del CCom prescriba que,

conforme a las disposiciones mercantiles, si para una de las partes que intervienen en un acto este tenga naturaleza comercial y para la otra tenga naturaleza civil, la controversia que de ello se derive se regirá según las leyes mercantiles, puesto que esta regla general y supletoria no puede prevalecer sobre la norma especial y de carácter principal contenida en el art. 72 citado, ya que en materia mercantil no existe la vía civil sumaria hipotecaria y el ejercicio de esta acción no desnaturaliza el carácter mercantil de la hipoteca, el cual adquiere como acto accesorio y por conexión al principal.⁴³

Características

El contrato de hipoteca es un contrato accesorio, ya que su existencia depende del contrato principal; es un contrato de garantía, puesto que garantiza el cumplimiento de una obligación principal del deudor; constituye un derecho real que, sin implicar traslado de la posesión a persona distinta del dueño, asegura a su titular el cobro de cierta cantidad, con autorización para que pueda promover la venta de la cosa sobre la que recae y para que la parte necesaria del precio obtenido se destine al pago de su crédito.⁴⁴ Solo puede hipotecar bienes el que puede enajenarlos, ya sea su propietario o la persona con facultades de dominio o autorización judicial para hacerlo, en virtud de que se trata de un acto de disposición y no de administración;⁴⁵ únicamente pueden ser hipotecados los bienes que pueden ser enajenados; la hipoteca subsiste aunque se reduzca la obligación garantizada; los bienes objeto de hipoteca deben ser especialmente determinados; pueden hipotecarse dos o más bienes inmuebles, pero es forzoso establecer por qué porción del crédito responde cada una de ellas (art. 2912, CCF). La hipoteca comprende, aunque no se diga, las acciones naturales, mejoras y muebles incorporados en forma permanente, así como los nuevos edificios construidos.

Conforme al CCF, se requiere pacto expreso de las partes para que la hipoteca comprenda frutos industriales hasta antes de exigir el pago, lo que no se exige en caso de hipoteca de empresa; rentas vencidas y no pagadas a la exigibilidad del crédito; terreno ajeno en el que se edifica construcción hipotecada; para arrendar los bienes dados en hipoteca y para responder por intereses por más de tres años (art. 2915, CCF).

No se pueden hipotecar por sí solos los frutos y las rentas pendientes, los muebles unidos permanentemente a inmuebles, las servidumbres y los frutos de usufructo de ascendientes que ejercen patria potestad. No pueden ser objeto de hipoteca los derechos de uso y habitación, los bienes litigiosos ni el predio común, salvo consentimiento de los propietarios; en cambio, pueden ser hipotecados la nuda propiedad y los bienes que ya hubieren sido hipotecados (es nulo privar del derecho de volver a hipotecar, salvo para el caso de hipotecas marítimas), así como la porción indivisa. La hipoteca confiere al acreedor hipotecario la preferencia para ser pagado su crédito con el valor de los bienes; en caso de prórroga del contrato por primera vez, el acreedor hipotecario conserva la preferencia original; en las demás, la que corresponda, según las hipotecas existentes.

La hipoteca se extingue por extinción de la cosa hipotecada; extinción de la obligación garantizada; extinción del derecho del acreedor hipotecario; expropiación de la cosa hipotecada, remate judicial, remisión expresa del acreedor y por declaración de prescripción de la acción hipotecaria. La hipoteca extinguida por dación en pago renace si el pago queda sin efecto, ya sea porque la cosa dada en pago se pierde por culpa del deudor estando en su poder o porque el acreedor la pierde en virtud de evicción (art. 2942, CCF); por supuesto que la prelación que tuviera el acreedor hipotecario no podrá subsistir, pero tendrá derecho en su caso al pago de los daños y perjuicios que se le ocasionen con ello (art. 2943, CCF).

Hipoteca de empresa

La hipoteca de empresa o industrial es la que se constituye sobre la unidad completa de una empresa industrial, agrícola, ganadera, silvícola, minera, etc., comercial o de servicios en favor de una institución de crédito; dicha garantía incluye y comprende la concesión o autorización respectiva en su caso, así como todos los materiales muebles e inmuebles afectos a su explotación, considerados en su unidad. La LIC señala que esta garantía puede comprender incluso el dinero en caja de la explotación corriente y los créditos en favor de la empresa, originados por sus operaciones, sin perjuicio de la posibilidad de disponer de ellos y de sustituirlos en el movimiento normal de las operaciones, incluso sin consentimiento del acreedor, salvo pacto en contrario (art. 67).

La hipoteca sobre la empresa se constituye de ordinario cuando se otorgan créditos refaccionarios, aquellos por los cuales el acreditado queda obligado a invertir el importe del crédito precisamente en la adquisición de aperos, instrumentos, útiles de labranza, abonos, ganados o animales de cría, en la realización de plantaciones o cultivos cíclicos o permanentes; en la apertura de tierras para el cultivo, en la compra o instalación de maquinarias o en la construcción o realización de obras materiales necesarias para el fomento de la empresa del acreditado, así como en su caso para el pago de créditos fiscales o adeudos por gastos de explotación o por la compra de bienes muebles o inmuebles, o de la ejecución de las obras mencionadas, contraídos dentro del año anterior a la celebración del contrato. Estos créditos quedan garantizados simultánea o separadamente con las fincas, construcciones, edificios, maquinarias, aperos, instrumentos, muebles y útiles, y con los frutos o productos futuros, pendientes o ya obtenidos, de la empresa a cuyo fomento haya sido destinado el crédito (arts. 323 y 324, LGTOC).

La hipoteca de empresa debe constar por escrito en el contrato refaccionario, en donde deben fijarse con precisión los bienes que se afecten en garantía; dicho contrato debe ser otorgado por escrito privado firmado por triplicado, ante dos testigos, ratificado ante el Registro Público de la Propiedad e inscrito en el Registro Público de la Propiedad del lugar de ubicación de los bienes; la hipoteca surte efectos contra terceros desde la fecha y hora de su inscripción (art. 326, LGTOC). Cuando el crédito refaccionario es otorgado por una institución de crédito, el art. 66 de la LIC faculta a las partes a celebrar el contrato en póliza de corredor público, escritura pública o contrato privado, en este último caso firmado por triplicado y ratificado ante notario público, corredor público titulado, juez de primera instancia o ante el encargado del Registro Público correspondiente.

Conforme a lo dispuesto por el art. 332 de la LGTOC, la garantía constituida sobre fincas, construcciones, edificios y muebles inmovilizados comprende el terreno constitutivo del predio; los edificios y cualesquiera otras construcciones existentes al tiempo de hacerse el crédito, o edificadas con posterioridad a él; las accesiones y mejoras permanentes; los muebles inmovilizados y los animales fijados en el documento en que se consigne el crédito, como pie de cría en los predios rústicos destinados total o parcialmente al ramo de ganadería, y la indemnización eventual que se obtenga por seguro en caso de destrucción de los bienes señalados. En virtud de la garantía, el acreedor tiene derecho de

preferencia para el pago de su crédito con el producto de los bienes gravados sobre todos los demás acreedores del deudor, con excepción de los llamados *de dominio* y de los acreedores por créditos hipotecarios inscritos con anterioridad. El acreedor conserva dicha preferencia aunque los bienes dados en garantía pasen a poder de tercero.

Las instituciones de crédito acreedoras de las hipotecas deben permitir la explotación de los bienes afectos a la hipoteca conforme al destino que les corresponda, así como las modificaciones que sean necesarias a las concesiones que en su caso tenga el garante hipotecario; pero el acreedor puede oponerse a la venta o enajenación de los bienes y a la fusión, en caso de que se origine con ello un peligro para la seguridad de los créditos hipotecarios. También existe la hipoteca mercantil o, mejor dicho, marítima, de la que nos ocupamos brevemente a continuación.

Hipoteca marítima

La hipoteca marítima es un contrato por el cual el propietario de una embarcación marítima o de un artefacto naval construido o en proceso de construcción, constituye un derecho real a favor de su acreedor para ser pagado con el producto de la venta de dichos bienes, con preferencia a cualquier otro acreedor, salvo los privilegios marítimos.

Son objeto de esta hipoteca las embarcaciones, es decir, todas las construcciones destinadas a navegar, cualquiera que sea su clase y dimensión, y los artefactos navales, esto es, las construcciones flotantes o fijas que no estando destinadas a navegar cumplen funciones de complemento o apoyo en el agua a las actividades marítimas, fluviales o lacustres, o de exploración y explotación de recursos naturales, incluidas las plataformas fijas, excepto las instalaciones portuarias. Puede extenderse la hipoteca al flete, si así se pacta expresamente. Los bienes hipotecados solo pueden ser gravados con el consentimiento expreso del acreedor hipotecario. Entre las características de la hipoteca marítima se encuentran las siguientes:

- a) Esta hipoteca debe constar en documento otorgado ante notario público, corredor público o cualquier otro fedatario público en el país o en el extranjero, conforme a la LNCM.

- b) La hipoteca se extiende a la última anualidad de intereses, salvo pacto en contrario.
- c) En caso de pérdida o deterioro grave de la embarcación o artefacto naval, el acreedor hipotecario puede ejercitar sus derechos sobre los derrelictos; esto es, sobre las embarcaciones o artefactos navales que se encuentran en estado de no navegabilidad, sus provisiones y carga, máquinas, anclas, cadenas de pesca abandonadas y los restos de embarcaciones y aeronaves, así como las mercancías tiradas o caídas al mar y, en términos generales, todos los objetos, incluidos los de origen antiguo, sobre los cuales el propietario haya perdido la posesión, que sean encontrados flotando o en el fondo del mar, en las aguas territoriales o en cualesquier aguas en que México ejerza soberanía o jurisdicción. Asimismo, puede ejercitar sus derechos sobre las indemnizaciones debidas por daños materiales ocasionados a la embarcación o artefacto naval; los importes debidos a la embarcación por avería común; indemnizaciones por daños ocasionados a la embarcación o artefacto naval, con motivo de servicios prestados, y las indemnizaciones de seguros.
- d) La hipoteca debe anotarse en la matrícula de la embarcación.
- e) Debe inscribirse en el Registro Público Marítimo Nacional, al igual que su prelación respecto de otros privilegios para que surta efectos contra terceros.
- f) En caso de que estén garantizados los privilegios marítimos, puede hacerse constar en el registro y anotar en primer lugar la hipoteca.
- g) El grado de prelación del acreedor hipotecario marítimo, a diferencia del civil, es en sexto lugar. Le anteceden en prelación los siguientes créditos, considerados privilegios marítimos: sueldos y otras cantidades debidas a la tripulación de la embarcación, en virtud de su enrolamiento a bordo, incluidos gastos de repatriación y las aportaciones de seguridad social pagaderas en su nombre; créditos por indemnizaciones por causa de muerte o lesiones corporales sobrevenidas en tierra o agua en relación directa con la explotación de la embarcación; créditos por la recompensa por el salvamento de la embarcación; créditos a cargo de la embarcación, derivados del uso de infraestructura portuaria, señalamiento marítimo, vías navegables y pilotaje, y los créditos derivados de las indemnizaciones por

culpa extracontractual, por razón de la pérdida o del daño material causado por la explotación, distintos de los ocasionados al cargamento, los contenedores y los efectos de los pasajeros transportados a bordo de la embarcación.

h) La acción del acreedor para hacer efectiva la hipoteca prescribe a los tres años de vencido el crédito.

Garantías internacionales

Están reguladas principalmente por las Reglas Uniformes para las Fianzas Contractuales (URCB), 1978; las Reglas Uniformes sobre la Garantía a Primera Demanda (URDG), de la CCI, 1991; la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Stand-by, 1995, y las Prácticas Internacionales Stand-by (ISP 98), 1999.

Dentro de dichas garantías se citan:

- a) Garantías condicionadas a la prueba del incumplimiento del deudor de la relación jurídica base (fianzas accesorias).
- b) Garantías cuyo pago se vincula a la presunción, apoyada por documentos, de que la prestación no ha sido cumplida: declaración del beneficiario de no cumplimiento, y
- c) Garantías a primera demanda, cuyo pago se vincula a la simple declaración de voluntad del beneficiario, sin comprobación.

Cartas de crédito contingente

Se emiten como garantía del pago de una obligación, vencida o incumplida, nacida de un anticipo o préstamo de dinero, o como garantía del pago debido a raíz de que se produzca o no se produzca algún otro hecho contingente.

Constituyen una obligación irrevocable, independiente, documentaria y vinculante para todas las partes, que emite un banco (emisor) a solicitud y por cuenta de su cliente para garantizar a un tercero (beneficiario) el cumplimiento de una obligación de hacer o de no hacer. En caso de incumplimiento, el

beneficiario tiene el derecho de hacer efectiva la Carta de Crédito Stand-by contra la presentación de una carta de incumplimiento que él mismo emite.

Autoevaluación

1. Explique la función económica y jurídica de las garantías.
2. Señale las diferencias entre las garantías personales y las reales.
3. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la obligación del fiador?
4. ¿En qué consiste la fianza de empresa?
5. ¿En qué casos el fiador llamado a juicio se constituye en parte en el juicio?
6. ¿En qué consiste la garantía de recuperación del fiador?
7. ¿Cuáles son las diferencias entre coafianzamiento y reafianzamiento?
8. ¿Qué derechos tiene el deudor prendario en la prenda sin transmisión de posesión?
9. ¿Cuáles son las consecuencias de que el acreedor prendario que ha ejecutado la prenda sin transmisión de posesión no entregue el remanente al deudor?
10. ¿Cómo se justifica el carácter mercantil de la hipoteca de empresa?

¹ Cfr. Giuseppe Branca, *Instituciones de derecho privado*, Porrúa, México, 1978, p. 312.

² Giuseppe Branca, *op. cit.*, p. 320.

³ Arthur Curti, *Manual de derecho inglés*, Tecnos, Madrid, 1931, p. 140.

⁴ Domenico Barbero, *Sistema del derecho privado*, t. IV, “Contratos”, trad. Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967, p. 521.

- 5 Cfr. la tesis “AVAL EN LOS TÍTULOS DE CRÉDITO Y CONTRATOS DE FIANZA. DIFERENCIAS. Es cierto que existen algunas semejanzas entre el aval en los títulos de crédito y los contratos de fianza, esencialmente porque su finalidad es garantizar el cumplimiento de una diversa obligación, según se desprende de los artículos 109 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y 2794 del Código Civil para el Distrito Federal, que es el aplicable de manera supletoria al primero de estos ordenamientos, y no el Código Civil local. Sin embargo, conforme a los artículos 2797 y 2814 de ese Código, la fianza se rige por el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, por lo que la obligación del fiador depende de la validez de la que garantiza al acreedor, y salvo pacto en contrario, en observancia a los beneficios de orden y excusión de que disfruta el fiador, primero es exigible el cumplimiento al deudor principal, luego a aquél. Estas disposiciones no se adecuan a la naturaleza de los títulos de crédito, en los cuales, dado el principio de incorporación, que se consigna en los artículos 1o., 5o. y 111 de la ley de la materia, la garantía debe constar en el propio documento, y en consonancia con el principio de autonomía, que en el caso se plasmó en el numeral 114, la obligación contraída por el avalista es válida por sí sola, aun cuando no lo sea la que pretendió garantizarse y su cumplimiento puede exigirse en primer lugar al garante o avalista, sin que el tenedor tenga que reclamar en primer lugar el pago al obligado principal o suscriptor como quedó asentado con antelación. Éstas son algunas de las diferencias primordiales entre ambas formas de garantía, que determinan la inaplicabilidad al aval de las reglas relativas a la fianza, y si bien es cierto que de acuerdo con el artículo 116 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la acción contra el avalista corre la suerte de la intentada contra el avalado, la recta interpretación de esta disposición conduce a estimar que es aplicable sólo cuando han sido demandados en el mismo procedimiento, ya que de otra manera se haría nugatorio el derecho del tenedor del documento, consignado en el artículo 154 de la misma ley, que le faculta a ejercitar la acción contra cualquiera de los obligados, en la inteligencia de que en caso de no obtener el pago, conserva expedita su acción contra los restantes.” Segundo Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito, Séptima Época, *Semanario Judicial de la Federación*, Volumen 199-204, Página 43. Amparo directo 553/84, 16 de agosto de 1985.
- 6 Cfr. Arturo Díaz Bravo, *op. cit.*, p. 247; véanse también Joaquín Garrigues, *Curso de derecho mercantil*, Porrúa, México, 1987, p. 154; Emilio Langle y Rubio, *Manual de derecho español*, t. II, Bosch, Barcelona, 1959, p. 366.
- 7 Amparo directo 3170/61/2a, 23 de marzo de 1962, p. 5. Precedente: Amparo directo 9403/64, 11 de marzo de 1966, Volumen LX, Cuarta Parte, Página 241.
- 8 Arturo Díaz Bravo, *op. cit.*, p. 194.
- 9 Domenico Barbero, *op. cit.*, p. 523. No obstante lo cual Barbero sostiene que en el momento en que el deudor no paga la deuda exigible, surge la responsabilidad, la obligación solidaria del fiador.
- 10 Luis Ruiz Rueda, *El contrato de fianza de empresa en el Proyecto de Código de Comercio*, s.e., México, 1960.
- 11 Luis Ruiz Rueda, *El contrato de fianza a favor de tercero*, s.e., México, 1956, p. 257.
- 12 Arturo Díaz Bravo, *op. cit.*, p. 190.
- 13 Marcel Planiol, Georges Ripert y Jean Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1947, p. 91.

- 14 Se trata de unidades de cuenta denominadas *unidades de inversión*, cuyo valor en pesos para cada día es determinado y publicado por el Banco de México. Cfr. “Decreto por el que se establecen las obligaciones que podrán denominarse en Unidades de Inversión y reforma y adiciona diversas disposiciones del Código Fiscal de la Federación y de la Ley del Impuesto sobre la Renta”, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF) el 1 de abril de 1995.
- 15 Salvo que se trate de obligaciones fiscales, ya que la mora del pago de estas está regulada por el *Código Fiscal de la Federación*.
- 16 A los terceros que se apersonan de manera voluntaria en el proceso que tenía como contenido la controversia entre otros sujetos iniciales se les suele denominar *terceristas*, lo que ha provocado que diversos autores consideren que son una nueva parte en el proceso y que tienen un interés jurídico por separado, dando lugar a que su comparecencia y sus actos sean regidos mediante un procedimiento autónomo por muchos motivos, y que el derecho procesal denomina *tercería*. Se trata de una intervención voluntaria de los sujetos.
- 17 José Ovalle Favela, *Teoría general del proceso*, 5a. ed., Oxford University Press, México, 2001.
- 18 Cfr. Cipriano Gómez Lara, *Teoría general de proceso*, UNAM, México, 1979, pp. 233 y 234.
- 19 Francesco Carnelutti, *Sistema de derecho procesal*, UTEHA, Buenos Aires, 1944, p. 695.
- 20 James Goldschmidt, *Derecho procesal civil*, trad. de Leonardo Prieto Castro, Labor, Madrid, 1956, p. 450.
- 21 Giuseppe Chiovenda, *Principios de derecho procesal civil*, t. II, trad. de José Casáis y Santaló, Reus, Madrid, 1922, p. 33.
- 22 *Ibidem*, p. 35.
- 23 Cfr. Carlos Cortés Figueroa, *Introducción a la teoría general del proceso*, Cárdenas, México, 1974, p. 217.
- 24 Leo Rosenberg, *Tratado de derecho procesal civil*, trad. de Ángela Romera Vera, t. I, EJE, Buenos Aires, 1955, pp. 282 y 283.
- 25 Piero Calamandrei, *Derecho procesal civil*, Pedagógica Iberoamericana, México, 1996, p. 188.
- 26 *Idem*.
- 27 En el caso de fianzas de crédito, el derecho para reclamar las fianzas caduca en el plazo que de común acuerdo convengan la institución de fianzas y el beneficiario, sin que dicho plazo pueda exceder de 180 días naturales, contados a partir del día siguiente a aquel en que el fiado debió haber cumplido la obligación o del vencimiento de la vigencia de la póliza, caso en que se cancelará automáticamente (Regla Décimo Cuarta).
- 28 Luis Ruiz Rueda, *op. cit.*, señala que suele denominarse también *fianza de regreso* o *contrafianza*, aunque este concepto es ambiguo en nuestro derecho, sobre todo en materia procesal y de amparo, que se refiere a la fianza de la otra parte.

- ²⁹ Cfr. “Reglas de Carácter General para el otorgamiento de fianzas que garantizan operaciones de crédito”, *Diario Oficial de la Federación* del 25 de mayo de 2000.
- ³⁰ César Vivante, *Derecho mercantil*, trad. de Francisco Blanco Constans, La España Moderna, Madrid, 1932, p. 370.
- ³¹ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de agosto de 1932.
- ³² Joaquín Rodríguez Rodríguez, *Curso de derecho mercantil*, Porrúa, México, 1947, reimpr. 1982, p. 262.
- ³³ Arturo Díaz Bravo, *op. cit.*, p. 209.
- ³⁴ Mario Bauche Garciadiego, *La empresa*, Porrúa, México, 1977, p. 404; Óscar Vásquez del Mercado, *Contratos mercantiles*, Porrúa, México, 1996, p. 504; César Vivante, *op. cit.*, pp. 371 y 372.
- ³⁵ Joaquín Rodríguez Rodríguez, *op. cit.*, p. 321.
- ³⁶ Mario Bauche Garciadiego, *op. cit.*, p. 408.
- ³⁷ “PRENDA. EL ARTÍCULO 341 DE LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO, QUE PREVÉ LA VENTA DE LOS BIENES DADOS EN GARANTÍA, NO ES VIOLATORIO DEL ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL. Actualmente este alto tribunal ha concluido que para resolver el problema relativo a la constitucionalidad del artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, debe atenderse a dos aspectos fundamentales; el primero, relativo a la libre voluntad de las partes que impera en los contratos y, el segundo, el concerniente a la posibilidad de defensa de los gobernados. Por lo que toca al primero, se estima que al celebrar el contrato de prenda, tanto el acreedor como el deudor prendario emiten su voluntad en forma libre y espontánea; el acreedor, en el sentido de aceptar como garantía del préstamo el bien dado en prenda y el deudor de pagar, y de no hacerlo, de responder con el producto que se obtenga de la venta del bien que él decidió dar en prenda; en este contexto, el artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se circunscribe a reconocer la existencia de ese acuerdo de voluntades y permite ejecutar lo ya pactado entre ellos. Así las cosas, no puede sostenerse que el deudor pierda injustamente la prenda, si se tiene en cuenta que: 1o. El deudor quiso solicitar un crédito para lo cual el acreedor requirió la constitución de una garantía prendaria para asegurar el pago. 2o. El deudor aceptó otorgar dicha garantía. 3o. El deudor seleccionó voluntariamente el objeto o cosa sobre la cual se constituyó la prenda. 4o. Que tanto el deudor como el acreedor se sujetaron al procedimiento del artículo 341 mencionado. Luego entonces, si la venta de la prenda se ajusta a la voluntad de las partes manifestada en el contrato, en el que, dada su naturaleza mercantil, impera siempre el principio de autonomía de la voluntad, resulta claro que esta figura jurídica no acarrea renuncia personal a derechos subjetivos públicos, sino simplemente constituye la norma reguladora de un acuerdo de voluntades. Por ende, la autorización y resolución del Juez en que ordena la venta de la cosa materia del contrato, es una resolución de carácter declarativo y no constitutivo. Por lo que corresponde al segundo aspecto, se advierte que, en el caso, el órgano jurisdiccional debe analizar oficiosamente la procedencia de la acción, aun cuando el deudor no oponga excepciones, lo que implica para este tipo de procedimientos, que el Juez constate los siguientes supuestos: a) La existencia de una obligación principal de plazo cumplido; b) La existencia de la prenda; c) La legitimación en la causa del promovente y, en su caso, la personalidad de quien lo hace en representación del acreedor prendario. Solamente cuando se han satisfecho estos requisitos, el Juez puede dar trámite a la solicitud de venta de la prenda. Además, no es exacto que el precepto mencionado impida al gobernado hacer valer u oponer defensas y excepciones dentro del procedimiento en él establecido, ya que el deudor prendario puede comparecer a oponerse a la

venta de la prenda mediante la exhibición del importe del adeudo, así como oponer hechos y defensas tendientes a demostrar la inexistencia de la obligación principal, su falta de vencimiento, la inexistencia del contrato de prenda o la falta de legitimación en la causa o de personalidad del promovente. Esta interpretación, no restrictiva, deriva de la circunstancia de que, por un lado, el citado artículo 341 no prohíbe expresamente que se opongan ese tipo de excepciones y defensas y, por otro lado, es principio procesal aplicable a cualquier procedimiento, que el Juez debe examinar la procedencia de la acción y sus elementos; en tal virtud, resulta clara la posibilidad de defensa del gobernado y, por ende, el estricto cumplimiento, en ambos aspectos, de la garantía de audiencia tutelada por el artículo 14, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.” Pleno. Novena Época. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo vi, Octubre de 1997, Página 189. Tesis P. CXLII/97. Clave: Const, civ. Amparo en revisión 180/95. 18 de marzo de 1997. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el 13 de octubre de 1997, aprobó, con el número CXLII/1997, la tesis aislada que antecede, y determinó que la votación no era idónea para integrar tesis jurisprudencial.

- 38 Ramón Sánchez Medal, *De los contratos civiles*, 3a. ed., Porrúa, México, 1978, p. 421.
- 39 Felipe Clemente de Diego, *Instituciones de derecho civil*, t. II, Imprenta de Juan Pueyo, Madrid, 1930, p. 29.
- 40 Rafael Rojina Villegas, *Derecho civil. Contratos*, t. II, Porrúa, México, 1945, p. 10.
- 41 Joaquín Rodríguez Rodríguez, *op. cit.*, p. 270.
- 42 Luis Muñoz, *Derecho mercantil*, t. II, Herrero, México, 1952, p. 426, también sostiene el carácter civil de la hipoteca y reconoce que en la realidad legislativa existen normas especiales en relación con las hipotecas constituidas como accesorias de actos de comercio.
- 43 “JUICIO HIPOTECARIO. LAS INSTITUCIONES DE CRÉDITO NO ESTÁN IMPEDIDAS PARA PROMOVERLO. El artículo 640 del Código de Comercio dispone que las instituciones de crédito se regirán por una ley especial, por tanto, éstas no están limitadas por el artículo 1050 del Código de Comercio para ejercer sus acciones conforme a lo que estatuye dicho ordenamiento legal, sino que, en términos del numeral 72 de la Ley de Instituciones de Crédito que las regula, pueden ejercer sus acciones tanto en el juicio ejecutivo mercantil, como en el ordinario, o bien, en el que en su caso corresponda; por lo que es procedente la acción hipotecaria civil, derivada del incumplimiento de un contrato de apertura de crédito con garantía de hipoteca, hecha valer por dichas instituciones; considerar lo contrario haría nugatorias las acciones y derechos de ejecución deducidos de cualquier operación mercantil en la que se constituyera la hipoteca como garantía del cumplimiento de las obligaciones.” Primera Sala, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo VII, febrero de 1998, Página 77. Tesis 1a./J. 5/98, contradicción de tesis 58/96, entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Séptimo Circuito. Tesis de jurisprudencia 5/98, aprobada por la Primera Sala en sesión de 21 de enero de 1998.
- 44 Luis Muñoz, *op. cit.*, p. 427.
- 45 Rafael de Pina Vara, *Elementos de derecho civil mexicano*, Porrúa, México, 1978, p. 279.

Contratos internacionales

Propósitos

Al concluir este capítulo, el lector identificará el contrato internacional, sus características, régimen jurídico e importancia, así como los principales organismos internacionales que buscan unificar o cuando menos armonizar las normas sobre contratos internacionales.

Concepto

La existencia de contratos internacionales es muy frecuente no solo por la globalización, el acceso a los mercados, la celebración de contratos entre partes que tienen establecimientos, domicilios o nacionalidades diferentes, sino también por la celebración de contratos entre partes que aun teniendo los mismos domicilios, nacionalidades y establecimientos, deciden señalar como lugar de entrega de la cosa, del pago del precio o ejecución, un Estado diferente al de las partes; todo lo anterior ha generado desde siempre diversos problemas tanto para determinar el lugar de formación del contrato como para su cumplimiento y ejecución, pues cada Estado tiene sus propias leyes, que aplican a los contratos celebrados o ejecutados en dichos Estados o cuyos bienes o personas están relacionados con los mismos, así como normas para resolver conflictos de leyes de derecho internacional privado que en principio pretenden aplicar, generando distintos conflictos.

No hay un tratado internacional que resuelva cuál es la ley aplicable en todos los casos. Únicamente existen leyes nacionales, tratados internacionales y regionales que pretenden solucionar dicho conflicto, sin violentar las normas nacionales, así como un cúmulo de reglas, principios y usos que pretenden uniformar o al menos armonizar el aspecto sustantivo de los contratos.

La existencia de contratos que traspasan las fronteras nacionales o regionales, ya sea por convenio de las partes o por una norma de derecho internacional privado, en razón de la nacionalidad o domicilio diferentes de las partes involucradas, por la cosa objeto del contrato, por el lugar de ejecución o por la voluntad de las partes o la decisión arbitral o judicial, permite calificar a un contrato de *internacional* y, por tanto, surge la necesidad de determinar cuál es el derecho aplicable ante el concurso de leyes. Incluso cuando se trata de un contrato nacional, y con más razón cuando es internacional, se presenta un conflicto de leyes que debe resolverse para determinar el régimen jurídico aplicable al contrato, en el cual desempeña un papel fundamental también la autonomía de la voluntad, conforme a la cual un contrato puede quedar sujeto a diversas leyes aplicables.

En esta tesitura, un contrato es internacional cuando presenta vínculos o contactos con dos o más Estados en razón de la nacionalidad de las partes, de su domicilio, del lugar de celebración, del lugar de ejecución o de la ubicación de la cosa, o bien por la voluntad de las partes, cuya ley aplicable se determina en función de una de derecho internacional privado o un tratado internacional.

La *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías* (Convención de Viena) implícitamente reconoce que es internacional una compraventa cuando las partes tienen sus establecimientos en Estados diferentes.

Dépeçage

Con base en la autonomía de la voluntad, y en tanto cada Estado lo permita, las partes de un contrato pueden convenir en someter el contrato a la ley de algún Estado, o bien a la ley de varios Estados, lo que da lugar al *dépeçage*, institución de derecho internacional privado que consiste en admitir la posibilidad de que un contrato quede sometido a diversas leyes nacionales. La Convención de Roma de 1980 reconoció el *dépeçage* (art. 3.1) al facultar a las partes para designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato. La Convención de México reconoce en su art. 9, párrafo tercero, el derecho al *dépeçage*, al señalar que si una parte del contrato es separable del resto del contrato y tuviese conexión más estrecha con otro Estado, puede aplicarse a título excepcional la ley de ese otro Estado a esa parte del contrato. En este punto se cuestiona el

dépeçage de manera fundamental por la inseguridad que provoca la aplicación de diversas normas y, al mismo tiempo, por la limitación a la autonomía de la voluntad que puede significar el impedir a las partes someter un contrato a varias legislaciones nacionales.

En México, el art. 12 del CCF previene que las leyes mexicanas rigen a todas las personas que se encuentren en la República, así como los actos y hechos ocurridos en su territorio o jurisdicción y aquellos que se sometan a dichas leyes, salvo cuando estas prevean la aplicación de un derecho extranjero y salvo, además, lo previsto en los tratados y convenciones de los que México sea parte.

A su vez, el art. 13 del CCF señala que: a) las situaciones jurídicas válidamente creadas en las entidades federativas o en un Estado extranjero conforme a su derecho, deberán ser reconocidas; b) el estado y la capacidad de las personas físicas se rige por el derecho del lugar de su domicilio; c) la constitución, el régimen y la extinción de derechos reales sobre inmuebles, así como los contratos de arrendamiento y uso temporal de tales bienes, y los bienes muebles, se regirán por el derecho del lugar de su ubicación, aunque sus titulares sean extranjeros; d) la forma se rige por el derecho del lugar en que se celebren; y e) salvo lo anterior, los efectos jurídicos de los actos y contratos se regirán por el derecho del lugar en donde deban ejecutarse, a menos que las partes hubieran designado válidamente la aplicabilidad de otro derecho o de manera artificiosa se hayan evadido principios fundamentales del derecho mexicano, debiendo el juez determinar la intención fraudulenta de tal evasión, o cuando las disposiciones del derecho extranjero o el resultado de su aplicación sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del orden público mexicano (art. 15, CCF).

Ley aplicable

La Convención de Viena establece su aplicación en la formación del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones de las partes cuando estas tienen su domicilio en Estados diferentes, siendo estos contratantes de la Convención, o cuando una norma de derecho internacional privado establece como ley aplicable la de un Estado contratante, salvo las reservas de los Estados.

Conforme a la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de*

Compraventa Internacional de Mercaderías, la ley aplicable al contrato internacional es: a) la que las partes hayan elegido por cláusula expresa o se infiera con claridad de las disposiciones del contrato; b) a falta de lo anterior, la ley del país donde tiene su domicilio o está establecido el vendedor, si ahí se recibió la orden de entregar las mercancías, o la ley del lugar donde está establecido el comprador, si fue en ese lugar donde el vendedor recibió la orden de entregar las mercancías. Este es, básicamente, el criterio del lugar de perfeccionamiento del contrato.

La *Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*, suscrita en México el 17 de marzo de 1994 en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V), señala en el art. 7:

El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo [sic].

La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable.

El Tratado de Roma de 1980 reconocía también la autonomía conflictual y el contrato quedaba sometido a la ley que las partes hubieran elegido expresamente, o que resultara elegida por inferencia de las disposiciones contractuales o de las circunstancias; a falta de elección, el contrato se regía por la ley del país con el que tuviera un vínculo más estrecho, y se presumía que el contrato tenía un vínculo más estrecho con el país donde estaba establecida, al momento del perfeccionamiento del contrato, la residencia habitual o la administración central (tratándose de una sociedad, asociación o persona jurídica) de la parte obligada a la prestación característica del contrato (por ejemplo, aquella diferente al pago de un precio); si el contrato tenía por objeto derechos reales sobre inmuebles, se presumía que el vínculo más estrecho era con el país donde están ubicados los inmuebles. Respecto del contrato de transporte de mercancías, se presume que el vínculo más estrecho es el país donde el transportista tiene su establecimiento principal, si dicho país es también el lugar de carga o descarga de las mercancías, o el lugar donde el cargador tiene su sede principal, en los demás casos.¹

Como lo anterior generó incertidumbre respecto de cuál es la prestación más característica y cómo se determinan los vínculos más estrechos, el Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio del 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (en adelante, Reglamento Roma I), también reconoce esa autonomía de la voluntad, pero exige que dicha elección esté expresamente manifiesta o resulte de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso, además de que las partes pueden designar la ley aplicable a la totalidad o solo a una parte del contrato.

Prestación más característica

El Reglamento Roma I proporciona solución a algunos supuestos en el art. 4:

Ley aplicable a falta de elección

1. A FALTA DE ELECCIÓN REALIZADA... SE DETERMINARÁ DE ESTE MODO:

- a) el contrato de compraventa de mercaderías se regirá por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual;
- b) el contrato de prestación de servicios se regirá por la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual;
- c) el contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble se regirá por la ley del país donde esté sito el bien inmueble;
- d) no obstante lo dispuesto en la letra c), el arrendamiento de un bien inmueble celebrado con fines de uso personal temporal para un período máximo de seis meses consecutivos se regirá por la ley del país donde el propietario tenga su residencia habitual, siempre que el arrendatario sea una persona física y tenga su residencia habitual en ese mismo país;
- e) el contrato de franquicia se regirá por la ley del país donde el franquiciado tenga su residencia habitual;
- f) el contrato de distribución se regirá por la ley del país donde el distribuidor tenga su residencia habitual;
- g) el contrato de venta de bienes mediante subasta se regirá por la ley del país donde tenga lugar la subasta, si dicho lugar puede determinarse;

h) el contrato celebrado en un sistema multilateral que reúna o permita reunir, según normas no discrecionales y regidas por una única ley, los diversos intereses de compra y de venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros, tal como estipula el artículo 4, apartado 1, punto 17, de la Directiva 2004/39/CE, se registrará por dicha ley.

La obligación característica no es el pago del precio, que aparece en los contratos onerosos, sino la prestación por la cual resulta el pago. En las últimas décadas se ha acentuado la necesidad de crear reglas jurídicas uniformes, aplicables a todos los sistemas sociales, políticos y económicos, con las que se dote de seguridad y agilidad a las operaciones comerciales internacionales, así como reglas armonizadas con las diversas legislaciones que permitan superar las barreras y dificultades que impone la existencia de diferentes leyes nacionales en el tráfico comercial internacional.

Las formas o sistemas utilizados en la actualidad para uniformar el derecho privado, en cuanto a obligaciones y contratos se refiere, son: la adopción de una legislación común, uniforme, por medio de un tratado o convención internacional, como la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*; mediante la adopción de Directivas, como las de la Unión Europea, que buscan la "aproximación de las legislaciones nacionales en la medida necesaria para el funcionamiento del mercado común";² la adopción de leyes modelo, como la *Ley Modelo sobre Comercio Electrónico* de 1996, de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Uncitral); la adopción por parte de los países de códigos extranjeros; guías jurídicas; de Principios, como los *Principios de Unidroit para los contratos comerciales internacionales*; de usos y costumbres, como los Incoterms de la CCI.

Lex mercatoria

Desde el siglo pasado, diversos organismos internacionales, intergubernamentales y privados, han trabajado de manera intensa por crear instrumentos vinculantes, obligatorios entre como los tratados y convenciones, y no vinculantes como las guías modelo, los Principios de Unidroit, los Incoterms, usos, reglas y costumbres acuñados por los comerciantes de “todo el mundo”, al grado de que hoy se ha llegado a reconfigurar la *lex mercatoria*, o *ley del*

comerciante, expresión de la Edad Media para diferenciar la ley del derecho civil, como un conjunto de reglas, prácticas, usos, costumbres e instituciones relativas al comercio internacional, comúnmente aplicadas por los comerciantes de todo el mundo, en el entendido de que ellos las observarán sin ser aprobadas por los Estados ni, por tanto, obligatorias, ya que no derivan propiamente de una legislación internacional, sino que se fundan en la autonomía de la voluntad, principio aceptado por todas las naciones; los usos y costumbres comerciales internacionales, que se expresan en textos y catálogos elaborados por organismos internacionales, como los Incoterms, las Reglas y Usos Uniformes sobre Créditos Documentarios y las Reglas Uniformes para Reembolsos Interbancarios Relacionados con Créditos Documentarios por la CCI, así como los Principios de Unidroit, que son capaces de regular las actividades propias del comercio internacional e incluso nacional y que forman la *lex mercatoria*.

Según algunos internacionalistas, se encuentra también reconocida en ciertas convenciones internacionales, como la *Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*, los Principios de Unidroit y la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*; en la jurisprudencia arbitral y la doctrina. En cambio, para otros juristas, como Rodolfo Sacco, dicha *lex mercatoria* solo existe en la fantasía de algunas personas y en algunas manifestaciones, como la actuación de los árbitros internacionales, quienes aplican un derecho en el que se echa en saco roto el ámbito de validez territorial; sin embargo, hoy es una realidad, porque el comercio, que no puede esperar el proceso tardado y a veces truco de los tratados internacionales, exige reglas que confieran seguridad jurídica a las operaciones propias de dicho comercio.

La *lex mercatoria* es definida como un conjunto no sistemático de reglas de diversa índole, no obligatorias, que pueden ser utilizadas por las partes en sus contratos, tal y como son publicadas o con modificaciones o derogaciones.

Organismos internacionales

En este tenor, al lado de los problemas de derecho internacional privado derivados de los contratos internacionales, desde hace décadas diversos organismos internacionales se han preocupado por buscar uniformidad, o cuando menos armonización, entre las normas de los diferentes países para dar seguridad

jurídica a las operaciones internacionales. Para mencionar solo algunos en materia mercantil, se señalan los siguientes:

Uncitral (o CNUDMI). Establecida por la Asamblea General de la ONU en 1966, hasta el 7 de julio de 2014 estaba integrada por 60 miembros,³ cuya composición es representativa de las diversas regiones geográficas y de los principales sistemas económicos y jurídicos del mundo; tiene como objetivo fomentar la unificación y la armonización progresivas del derecho mercantil internacional por medio de convenciones internacionales, leyes modelo y leyes uniformes, así como por el fomento de la codificación y una aceptación más amplia de las condiciones, disposiciones, costumbres y prácticas comerciales internacionales, en colaboración con otras organizaciones; el fomento de métodos y procedimientos para asegurar la interpretación y aplicación uniformes de las convenciones internacionales y de las leyes uniformes en el campo del derecho mercantil internacional. Dentro de la labor de armonización y unificación de la Uncitral, destacan los siguientes instrumentos de los últimos 50 años:

- a) Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías (Nueva York, 14 de junio de 1974; enmendada por el Protocolo del 11 de abril de 1980).
- b) Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías (Hamburgo, 1978: “Reglas de Hamburgo”); 28 Estados son parte de dicho convenio.
- c) Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980).
- d) Convención de las Naciones Unidas sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales (Nueva York, 1988).
- e) Convenio de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional (Viena, 1991).
- f) Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente (Nueva York, 1995); cinco Estados parte.
- g) Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958). Adhesiones recientes de

Albania, Honduras, San Vicente y las Granadinas y Yugoslavia: 126 Estados parte; aunque la Convención fue preparada por la ONU antes de que se estableciera la Uncitral, la promoción de la Convención forma parte del programa de trabajo de ella.

- h) Ley Modelo de la Uncitral sobre Arbitraje Comercial Internacional (Nueva York, 1985); nueva legislación promulgada en Belarús, Grecia, Madagascar y la República de Corea tomando como base la Ley Modelo.
- i) Ley Modelo de la Uncitral sobre Transferencias Internacionales de Crédito (Nueva York, 1992).
- j) Ley Modelo de la Uncitral sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (Nueva York, 1994).
- k) Ley Modelo de la Uncitral sobre Comercio Electrónico (Nueva York, 1996); nueva legislación promulgada sobre la base de la Ley Modelo en Eslovenia, Filipinas, Irlanda y los Estados de Jersey (dependencia de la Corona del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte).
- l) Ley Modelo de la Uncitral sobre Firmas Electrónicas (Nueva York, 2001).
- m) Ley Modelo de la Uncitral sobre la Insolvencia Transfronteriza (Nueva York, 1997).
- n) Guía Jurídica de la Uncitral para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales (Nueva York, 1987).
- o) Guía Jurídica de la Uncitral sobre Transferencia Electrónica de Fondos (Nueva York, 1987).
- p) Guía Jurídica de la Uncitral sobre Operaciones de Comercio Compensatorio Internacional (Nueva York, 1992).

La Uncitral mantiene vínculos con organizaciones internacionales y regionales, que participan activamente en el programa de trabajo de la Uncitral en cuestiones de derecho mercantil internacional, entre ellas: el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit), la Cámara de Comercio Internacional (CCI), la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), el Banco Mundial, el Comité Marítimo Internacional (CMI), la

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, la Organización de los Estados Americanos (OEA), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), la Organización Mundial del Comercio (OMC), la Commercial Finance Association (CFA), e incluso recomienda la utilización o adopción de instrumentos relacionados con el derecho mercantil internacional elaborados por otras organizaciones, como la ratificación de la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional (Ginebra, 1961), los Incoterms, las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios (UCP 400 y UCP 500), las Reglas sobre Prácticas Internacionales en materia de Cartas de Crédito Contingente (ISP 98) y las Reglas Uniformes para los Documentos de Caución de un Contrato (RUCB). Por último, la Uncitral ha elaborado una compilación de resúmenes de sentencias judiciales y laudos arbitrales sobre sus convenciones y leyes modelo (CLOUT), que se pueden consultar en el sitio web de la Comisión.⁴

Unidroit. Fundado en 1926, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado fue concebido en sus inicios como una entidad privada italiana (creada bajo el auspicio de la Liga de las Naciones) que pretendía sentar las bases para la edificación unitaria de un nuevo derecho privado, mediante la unificación de las disciplinas jurídicas civil y comercial; es una organización intergubernamental independiente, cuya misión consiste en estudiar la manera de armonizar y coordinar el derecho privado de los Estados o grupos de Estados y preparar de manera gradual la adopción, por parte de los distintos Estados, de una legislación de derecho privado uniforme.

Con el transcurso del tiempo, este organismo expandió sus alcances y en la actualidad agrupa a 63 Estados, incluidos todos los Estados miembros de la Unión Europea. El Unidroit elabora principalmente leyes modelo y, en algunas ocasiones, convenios; ha preparado textos comerciales de gran importancia, algunos de los cuales han sido aprobados después en conferencias internacionales como la Convención Internacional sobre los Contratos de Viaje (1970), la Convención de Ottawa para el Financiamiento Internacional de *Leasing* (1988), la Convención de Ottawa sobre *Factoring* Internacional (1988), la Convención de Ginebra sobre la Representación en Materia de Compraventa Internacional de Mercaderías (1983), así como los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales (1994), en los que el Unidroit había venido

trabajando desde 1971.⁵

Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado. Es una organización internacional con sede en la ciudad de [La Haya](#), cuyo objeto es buscar la homologación de las normas de [derecho internacional privado](#) en el ámbito mundial; es decir, busca promover la unificación progresiva de las normas de derecho internacional privado. Tiene 78 miembros: 77 Estados y una Organización Regional de Integración Económica, incluidos todos los Estados miembros de la Unión Europea. El principal instrumento de que se sirve la Conferencia para alcanzar este objetivo son las negociaciones y la elaboración de tratados multilaterales (convenios) en los distintos ámbitos del derecho internacional privado, entre ellos la cooperación judicial y administrativa internacional, conflictos de leyes en materia de contratos, delitos, obligaciones alimentarias, estatuto y protección de los niños, relaciones entre cónyuges, testamentos y sucesiones. Ha elaborado diversas convenciones internacionales, gran parte de las cuales corresponde exclusivamente a conflictos de legislación (leyes aplicables a las obligaciones alimentarias, a los accidentes de tránsito en carreteras, a la responsabilidad de hechos y resultados, a los [regímenes matrimoniales](#) o sobre las [sucesiones](#) y en materia de compraventas internacionales de mercaderías).

Cámara de Comercio Internacional (CCI). Con sede en París y oficinas en la mayoría de los países, se fundó en 1919 con la finalidad de servir al comercio mundial mediante la promoción del comercio y la inversión, la apertura de mercados para bienes y servicios, y el libre flujo de capitales. Sus miembros son miles de compañías y asociaciones, de las más importantes del mundo, y representan cada sector industrial y de servicios. La CCI tiene desde 1946 un estatus consultivo con la ONU por medio del Consejo Económico y Social (Ecosoc), y participa en la Uncitral y la UNCTAD (United Nations Conference on Trade and Development), así como en la Conferencia de La Haya y el Unidroit. Ha elaborado el Reglamento de Conciliación y Arbitraje, los Términos de Comercio Internacional (Incoterms), las Reglas Internacionales para la Interpretación de los Términos Comerciales y las Reglas de Viena sobre el Crédito Documentario (Viena, 1933), así como las Reglas y Usos Uniformes para Reembolsos Interbancarios Relacionados con Créditos Documentarios.

Organización Mundial del Comercio (OMC). Fue establecida en 1995. Es la única organización internacional que se ocupa de las normas que rigen el

comercio entre los países; ayuda a los productores de bienes y servicios, exportadores e importadores, a llevar a buen fin sus actividades. Ha elaborado los Acuerdos de la OMC que han sido negociados y firmados por la mayoría de los países que participan en el comercio mundial y ratificados por sus respectivos parlamentos o senados; dichos acuerdos abarcan las mercancías, los servicios y la propiedad intelectual, y obligan a los gobiernos a garantizar la transparencia de sus políticas comerciales notificando a la OMC las leyes en vigor y las medidas adoptadas.

La OMC administra los acuerdos comerciales negociados por sus miembros, como el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, en inglés), el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS, en inglés) y el Acuerdo sobre Comercio de Propiedad Intelectual (TRIPS, en inglés). Asimismo, administra los procedimientos de solución de diferencias comerciales (disputas entre países); supervisa las políticas comerciales y coopera con el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional en relación con la política económica y comercial a escala mundial.

Autoevaluación

1. ¿Qué es un contrato internacional?
2. Defina la *lex mercatoria*.
3. ¿Qué es el *dépeçage*?
4. Mencione dos organismos internacionales.
5. ¿Cuál es la actividad de la OMC?
6. ¿Qué organismo internacional busca la homologación del derecho internacional privado?
7. ¿Cuándo se fundó el Unidroit?
8. ¿Pueden las partes de un contrato en México aplicar a estas leyes de

Argentina?

9. ¿Cuál es la situación del *dépeçage* en la Convención de México?
10. ¿Qué o cuál es la obligación característica de un contrato internacional?

- ¹ Cfr. Jorge Oviedo Albán, “La ley aplicable a los contratos internacionales”, *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 21, Bogotá, julio-diciembre de 2012, pp. 117-157.
- ² Artículo 3, inciso H, del Tratado de Maastricht de 1992.
- ³ Dichos miembros son: Alemania (2007), Argentina (2004; alterna anualmente con Uruguay desde 1998); Austria (2004), Benin (2007), Brasil (2007), Burkina Faso (2004), Camerún (2007), Canadá (2007), China (2007), Colombia (2004), España (2004), Estados Unidos de América (2004), Federación de Rusia (2007), Fiji (2004), Francia (2007), Honduras (2004), Hungría (2004), India (2004), Irán (República Islámica del) (2004), Italia (2004), Japón (2007), Kenya (2004), Lituania (2004), Macedonia (2007), Marruecos (2007), México (2007), Paraguay (2004), Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (2007), Rumania (2004), Rwanda (2007), Sierra Leona (2007), Singapur (2007), Sudán (2004), Suecia (2007), Tailandia (2004), Uganda (2004) y Uruguay (2004; alterna anualmente con Argentina, desde 1999).
- ⁴ <http://www.uncitral.org/clout/showSearchDocument.do>
- ⁵ Unidroit, *Principios sobre los contratos comerciales internacionales*, trad. A. M. Garro, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, Roma, 1995.

Compraventa internacional de mercaderías

Propósitos

Al concluir este capítulo, el lector conocerá la compraventa internacional de mercaderías, su importancia, la formación del contrato, los derechos y obligaciones de las partes, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, los Incoterms y su trascendencia en México.

La compraventa internacional de mercaderías

Uno de los contratos más utilizados en los ámbitos nacional e internacional ha sido la compraventa, por medio de la cual se hace posible la adquisición y venta de la gran mayoría de las materias primas, productos, maquinaria, equipo y mercancías en general, por lo que los comerciantes, organismos públicos y privados, juristas y Estados, han tratado de buscar la unificación o al menos la armonización de las normas aplicables a la compraventa internacional de mercaderías, asumiendo que los diferentes sistemas sociales, económicos y jurídicos han obstaculizado el comercio internacional.¹ Producto de esos esfuerzos es el cúmulo de convenios, leyes modelo, guías jurídicas, reglas, principios y usos uniformes, como los proyectos de Unidroit de 1930 y 1939 sobre el contrato de compraventa internacional y sobre la formación de los contratos de compraventa internacional, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional (o Convención de Viena) de 1980, que en lo sucesivo se mencionará como la “Convención”, los Incoterms de la CCI y los Principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales.

Así, la Conferencia Permanente de La Haya realizó un incesante estudio de los

proyectos de 1930-1939 relativos a la compraventa y fueron aprobados como tratados en 1964: la *Ley Uniforme sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías* (LUCI), que entró en vigor el 19 de agosto de 1972, y la *Ley Uniforme sobre la Formación de Contratos para la Venta Internacional de Mercaderías* (LUFC), en vigor desde el 23 de agosto de 1972, a pesar de que no tenían el impacto esperado por las críticas recibidas en el sentido de favorecer sobre todo las tradiciones jurídicas y las realidades económicas de Europa continental occidental, que había participado mayormente en su preparación (Alemania, España, Francia e Italia), por lo que la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o Uncitral), a quien se le había encargado revisar ambos tratados, optó por presentar un nuevo proyecto de convención sobre la compraventa internacional, en el cual reconcilia dichas tradiciones, y fue aprobado en la Asamblea General de Naciones Unidas el 11 de abril de 1980 como Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*), identificada como Convención de Viena (o por sus acrónimos CISG, en inglés, y CNUCCIM, en español), por 21 países, con la asistencia de 62 países y ocho organismos. Esta Convención fue ratificada inicialmente por Argentina, Egipto, Estados Unidos de América, Francia, Italia, Hungría, Lesotho, República Popular China, Siria, Yugoslavia y Zambia, con lo que entró en vigor el 1 de enero de 1988.

A diferencia de lo que ocurrió con las leyes uniformes mencionadas, la Convención tuvo gran acogida en los Estados, al punto de que ha sido ratificada por más de 80 países, entre ellos México, en donde entró en vigor el 1 de enero de 1989,² China (a la que pertenece hoy Hong Kong), Brasil y Guyana, que la ratificaron el 4 de marzo de 2013 y el 25 de septiembre de 2014, respectivamente.

La Convención de Viena consta de cuatro partes: i. Ámbito de aplicación y disposiciones generales; ii. Formación del contrato; iii. Compraventa de mercaderías, y iv. Disposiciones finales. Dicha Convención regula exclusivamente la formación del contrato de compraventa, los derechos y las obligaciones de las partes, así como las acciones que pueden interponerse en los casos de incumplimiento de alguna de las partes, todo de manera muy amplia, con el propósito de preservar el contrato y darle uniformidad, otorgando remedios e incluso con la obligación de las partes para conceder plazos suplementarios en ciertos casos; aunque no regula la validez del contrato ni de

sus cláusulas o usos, como tampoco los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercancías vendidas (art. 4), la responsabilidad del vendedor por la muerte o las lesiones corporales causadas a una persona por las mercaderías, ni toma en cuenta la nacionalidad ni el carácter comercial o civil de las partes (arts. 1, 3), ni proporciona reglas relativas al conflicto de leyes.

Aplicación de la Convención de Viena

La Convención de Viena señala en su art. 1º que la misma será aplicada a los contratos de compraventa de mercancías entre partes que tengan sus establecimientos³ en Estados diferentes, si ello resulta del contrato, de los tratos entre ellas o de información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración: *a)* cuando esos Estados sean Estados contratantes de la Convención de Viena (aplicación directa), o *b)* cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado contratante, en cuyo caso hay una aplicación indirecta de la Convención, en tanto que esta es ley de ese Estado, salvo reserva que hubiere realizado, como ocurre con Estados Unidos de América, que declaró que no quedaría obligado por el inciso *b)* del párrafo 1) del art. 1 de dicha Convención, es decir, que solo acepta la aplicación de esta cuando las partes del contrato tengan su establecimiento en Estados que forman parte de la Convención de Viena.

Al efecto, Alemania declaró que no aplicaría el inciso *b)* del párrafo 1) del art. 1 con respecto a cualquier Estado que hubiese hecho una declaración por la que ese Estado no aplicaría el referido inciso. A su vez Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia declararon que la Convención de Viena no se aplicaría a los contratos de compraventa cuando las partes tuvieran sus establecimientos en dichos Estados.

Por tanto, una norma de derecho internacional privado puede generar la aplicación de la Convención de Viena cuando tenga que aplicarse al contrato la ley del Estado en donde deba cumplirse la obligación más característica, o haya vínculos más estrechos; con las salvedades ya mencionadas, el recurso a dicha convención prevalece sobre el recurso al derecho interno del foro, por tratarse de una convención de derecho sustantivo, de manera que esta es aplicable únicamente a las operaciones internacionales y su vigencia impide que los

contratos se rijan por reglas de derecho internacional privado; contiene normas más específicas y conduce directamente a una solución sustantiva, en tanto que el derecho internacional privado requiere un enfoque en dos etapas (identificación de la ley aplicable y aplicación de la misma).

También puede aplicarse indirectamente la Convención de Viena cuando en un contrato de compraventa entre partes que no tengan establecimiento en Estados que la han ratificado (Estados contratantes), las partes establecen (cláusula de ley aplicable) como ley aplicable la de un Estado contratante (de manera expresa o evidente), salvo que esa elección sea ineficaz. Conforme a la Convención de México, si las partes no eligen ley aplicable o la elección de ley aplicable resulta ineficaz, puede aplicarse: *a)* el derecho del Estado con vínculos más estrechos (art. 9), según los elementos subjetivos –obligación más característica, que es la teoría de la prestación característica adoptada por el Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales (o Convenio de Roma, 1980, art. 4.1)– y los elementos objetivos –residencia, nacionalidad, lugar, etc.–; *b)* los principios de derecho comercial internacional, o *c)* las disposiciones imperativas.

Además de la aplicación directa e indirecta de la Convención de Viena, también puede aplicarse lo siguiente por decisión de los árbitros, al resolver un conflicto sobre compraventa internacional de mercaderías, o mediante la incorporación por referencia, cuando se aluda a la aplicación de la *lex mercatoria*:

- a) Interpretación de la Convención de Viena.* Sus disposiciones deben interpretarse tomando en consideración su carácter internacional, la uniformidad en su aplicación y la buena fe de las partes en el comercio internacional; a falta de normas, debe acudirse a los principios generales en los que se basa dicha convención o, a falta de tales principios, a la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado. Al efecto, se ha planteado la posibilidad de aplicar los principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales. Para algunos se trata de una aplicación supletoria; para otros no pueden aplicarse, por tratarse de un texto posterior (1994) a la Convención de Viena (1980); una tercera posición sostiene que pueden aplicarse como norma integradora de dicha convención, en tanto *principios generales*. Lo cierto es que actualmente en más de 50 resoluciones, judiciales y arbitrales, se han aplicado estos principios para interpretar la Convención de Viena.

b) *Interpretación del contrato.* Para los efectos de la Convención de Viena, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención, cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención; pero si tales reglas no fueren aplicables, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse según el sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte. Asimismo, para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, entre ellas las negociaciones, cualesquier prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes. Con ese fin, es interesante conocer el sistema establecido para recopilar y difundir información sobre decisiones judiciales y laudos arbitrales relativos a las convenciones y leyes modelo elaboradas por la Comisión (CLOUT), con el que se busca promover, en el ámbito internacional, el interés por los textos jurídicos elaborados por la Comisión y facilitar la interpretación y aplicación uniformes de esos textos.⁴

c) *Usos.* La Convención de Viena previene que las partes quedarán obligadas por cualquier uso convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas y que, salvo pacto, se considera que las partes han hecho tácitamente aplicable un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento, y que en el comercio internacional sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate, como es el caso de los Incoterms, que incluso son recomendados por la Uncitral. Así, la Corte de apelación de Génova resolvió el 24 de marzo de 1995 sobre una cláusula FOB (puerto de embarque convenido) en un contrato internacional que un uso internacional es vinculante entre las partes bajo el art. 9.1 de la CNUCIM (“*Osservato che secondo lo schema accettato della vendita internazionale FOB –Franco a bordo– porto d’imbarco convenuto (vincolante inter partes quale uso internazionale ex art. 9 CISG)...*”).⁵

Concepto de compraventa internacional

La Convención de Viena, más que definir qué es una compraventa internacional,

determina su aplicación a las compraventas en las que las partes tienen sus establecimientos en Estados diferentes de la Convención de Viena, o aquellas sujetas a la ley de un Estado contratante conforme a las normas aplicables de derecho internacional privado, sin tomar en cuenta la nacionalidad o el carácter civil o comercial de las partes.

Establecimiento. Por establecimiento se entiende el lugar permanente y habitual donde el contratante desarrolla sus negocios; esto es, se exige cierta duración y estabilidad, así como un determinado grado de autonomía, y en caso de que no tenga establecimiento, la residencia temporal durante el tiempo en el cual se verifique la negociación. La Convención de Viena prevé que si una de las partes tiene más de un establecimiento, se tendrá como tal el que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento (art. 10, a), y si una de las partes no tiene establecimiento, se tendrá en cuenta su residencia habitual (art. 10, b). No obstante, para un tribunal, es “el lugar desde el cual la actividad comercial se lleva a cabo de facto...; exige una cierta duración y una cierta estabilidad, así como un cierto grado de autonomía”; para otro tribunal, la oficina de enlace no podría considerarse un “establecimiento” en el marco de la Convención.

La determinación del carácter internacional de la compraventa señalada en el art. 1º de la Convención de Viena no coincide con lo previsto en la Convención sobre la Prescripción en Materia de Compraventa Internacional de Mercaderías,⁶ ya que esta lo limita en su art. 3.1 a que en el momento de la celebración del contrato los establecimientos de las partes del contrato de compraventa internacional de mercaderías están situados en Estados contratantes. Según la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (Convención de México), el contrato es internacional (art. 1) cuando las partes tienen su residencia habitual o establecimiento en Estados diferentes, o cuando el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado.

Para la Convención de Viena constituyen compraventas, sujetas a la misma, los contratos internacionales de: *a)* compraventa propiamente dicha (art. 3.1); *b)* contratos mixtos en los que exista una relación de compra y de venta y una de trabajo o de prestación de servicios, siempre que esta última no constituya la parte preponderante de las obligaciones del vendedor (art. 3.1), compraventa y prestación de servicios o mano de obra accesoria; por ejemplo, la venta de un hangar de segunda mano que incluía el servicio de entrega y desmontaje, que se resolvió quedaba regulada por el art. 3.2 de la Convención de Viena, ya que la

prestación de servicio no era decisiva (500 000 francos franceses era el precio total de venta: 381 200, el precio del hangar, y 118 800, el precio del desmontaje y la entrega);⁷ c) suministros de mercancías que deban ser manufacturadas o producidas, siempre que la parte que las encargue no asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción. La Convención también señala que no será aplicada a los contratos en los que la parte principal de las obligaciones de la parte que proporcione las mercaderías consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios (art. 3.2); tal es el caso, por ejemplo, del suministro e instalación de materiales destinados a la construcción de un hotel entre un yugoslavo y un austriaco, en el que se estableció que el precio que se habría de pagar por el montaje del material era poco importante en relación con la adquisición del material (laudo ICC 7153/1992, Austria); d) contratos de venta que incluyan transporte de las mercancías (arts. 31, inc. a, 32, 38, numeral 2, 58, numeral 2, y 57, Convención); e) compraventas de contado (art. 64); y f) compraventas a plazos (art. 64).

También se ha aplicado a compraventas de zapatos con arreglo a las especificaciones proporcionadas por el comprador alemán sobre la base del concepto interno alemán del *Werklieferungsvertrag*⁸ y a contratos de producción, entrega e instalación de maquinaria, incluidos en el art. 3.1 de la Convención de Viena.⁹

Compraventas excluidas de la Convención de Viena. El art. 2º excluye su aplicación a ciertas compraventas regidas por leyes y normas especiales de derechos internos, de carácter irrenunciable o de orden público: a) de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, antes o en el momento de la celebración del contrato, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso; b) en subastas; c) judiciales; d) de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero; e) de buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves; y f) de electricidad.

Se trata de compraventas en las que a pesar de su carácter internacional, la Convención de Viena no se aplica por razones de orden público, de seguridad o de protección a intereses difusos. Por tanto, dicha convención excluye su aplicación a ciertas compraventas: a) por la finalidad de la compraventa: mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico (al consumidor);

b) por la naturaleza de la compraventa: en subastas ni judiciales, con ausencia de la voluntad de una de las partes; y c) por la naturaleza de las mercancías: de valores, títulos o efectos de comercio y dinero; de buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves; de electricidad. Asimismo, al parecer la jurisprudencia ha sostenido que la Convención de Viena no es aplicable a los contratos de distribución internacional, pero sí al contrato de compraventa concluido sobre la base del acuerdo de distribución, y por tanto, solo la parte relativa a la compraventa se rige por la Convención de Viena.¹⁰

Elementos del contrato

Consentimiento

La formación del contrato de compraventa internacional¹¹ se inicia de ordinario con una oferta que hace una persona a otra u otras cuyos establecimientos se encuentran en plazas distintas de la del oferente. Se trata, por lo general, de contratos celebrados entre personas no presentes cuya formación requiere una oferta y su aceptación, como mencionamos enseguida:

Oferta. Conforme al art. 14, párrafos 1 y 2, de la Convención de Viena, la oferta es la propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas, suficientemente precisa y con la indicación de la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación; a los efectos de la Convención, no constituye oferta, sino simplemente una invitación a hacer ofertas, la propuesta dirigida al público en general, aquella no dirigida a una o varias personas determinadas, a menos que la propuesta indique lo contrario. Para ser suficientemente precisa, una propuesta tiene que indicar de qué mercaderías se trata, la cantidad y el precio o el medio para determinarlo (por ejemplo, 5 000 unidades a un euro por unidad, o “precio comprendido entre 35 y 65 euros para pieles de calidad media y superior, ajustable al precio de mercado”). No hay requisito expreso de que la propuesta deba indicar la calidad de las mercaderías.

Un tribunal estimó que una propuesta de adquirir “pieles de chinchilla de calidad media o superior” era suficientemente precisa porque una persona razonable, en las mismas circunstancias que el destinatario de la propuesta, podía considerar

que la descripción era suficientemente precisa. Otro tribunal estimó que una oferta de adquirir monofosfato de amonio con la especificación “P 205 52% +/- 1%, min 51%” era precisa. También se ha sostenido que la mercadería y su cantidad quedan determinadas cuando se ofrecen “de 700 a 800 toneladas de gas natural”, “un número mayor de pieles de chinchilla”, “tres camiones cargados de huevo” o “20 camiones cargados de concentrado de tomate enlatado”.

Existe, por tanto, una posible contradicción entre lo dispuesto por el art. 14 y el 55, ya que mientras aquel exige que se señale en la oferta (para que sea tal) el precio o el medio para determinarlo, en el art. 55 se permite la celebración del contrato sin que se haya señalado precio o medio para determinarlo (contratos con precio abierto): “Cuando el contrato haya sido válidamente celebrado pero en él ni expresa ni tácitamente se haya señalado el precio o estipulado un medio para determinarlo, se considerará, salvo indicación en contrario, que las partes han hecho referencia implícitamente al precio generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato por tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes, en el tráfico mercantil de que se trate.”

La oferta surte sus efectos cuando llega al destinatario, de manera que hasta antes o al mismo tiempo que llegue puede ser retirada por el oferente. Después de que la oferta ha llegado a su destinatario, solo puede ser revocada siempre que dicha revocación se haga antes de que se perfeccione el contrato, si la revocación llega al destinatario antes de que este haya enviado la aceptación (arts. 15 y 16). Sin embargo, la oferta no puede revocarse si indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación o de otro modo, que la oferta es irrevocable; tampoco puede revocarse cuando el destinatario podía considerar de manera razonable que la oferta era irrevocable y ha actuado basándose en esa oferta. Así, “garantizo mi oferta durante 15 días”, “mantendré esta oferta abierta durante un periodo de 30 días”, “prometo no revocar esta oferta hasta...”, “oferta vinculante durante el periodo indicado”, o por último mediante una frase del oferente en la que declare simplemente que su propuesta es irrevocable.

La oferta queda extinguida en el momento en que su rechazo llegue al oferente, aun cuando sea irrevocable (art. 17). Tampoco se aplicó la Convención de Viena en Francia por la Corte de Apelación de Chambéry (*chambre civile*), en su sentencia del 25 de mayo de 1993, sobre el contrato para fabricar y entregar conectores a una compañía italiana que previamente le había proporcionado esquemas y normas para su elaboración, porque consideró que se había

proporcionado una parte sustancial de los materiales necesarios para la producción.¹²

Aceptación. La aceptación es toda declaración o acto del destinatario que indique asentimiento a la oferta. No basta el silencio o la inacción por sí solos: se precisa la realización de actos, de manera que la aceptación puede ser: i) expresa (por carta, telegrama, télex, fax, correo electrónico, etc.) u oral (estando las partes presentes o por teléfono, radio, etc.), cuando se manifiesta expresamente el asentimiento, o ii) tácita, cuando se realizan actos tendentes a aceptar la venta objeto de la oferta (art. 18), por ejemplo, mediante el envío de las mercancías y el pago del precio; es decir, sin necesidad de enviar comunicación al oferente de aceptación, pero es necesario que la oferta lo autorice (por ejemplo, “comience la fabricación, envíe inmediatamente, compre en mi nombre sin demora”, o indicando una cuenta corriente para hacer efectivo el precio) o que así se permita por virtud de las prácticas establecidas con anterioridad por los contratantes o por los usos (art. 18.3, CNUCCIM).

Dicha aceptación surte efectos en el momento en que llega al oferente, dentro del plazo que este haya fijado o dentro de un plazo razonable, o desde el momento en que el destinatario de la oferta ejecute el acto relativo a la aceptación, como la expedición o recepción de mercancías o el pago o recepción del precio. También surte efectos la aceptación tardía si el oferente sin demora informa verbalmente de ello al destinatario o le envía una comunicación en tal sentido (arts. 21 y 22).

Puede suceder que el destinatario de la oferta pretenda aceptar la propuesta con algunas adiciones, limitaciones o modificaciones a la inicialmente realizada por el oferente; en tal caso, la Convención de Viena previene que se tratará de una contraoferta, a menos que no se alteren sustancialmente los elementos de la oferta tales como precio, pago, calidad y cantidad de mercancías, lugar y fecha de entrega, grado de responsabilidad de las partes o solución de controversias, y que el oferente se abstenga de objetar sin demora la discrepancia y envíe una comunicación en tal sentido. El silencio por parte del oferente, cuando no se alteren sustancialmente los elementos de su oferta, provocará que se tenga por hecha la oferta en los términos de la aceptación (art. 19). Al igual que la oferta, la aceptación se considerará retirada si su retiro llega al oferente antes de que la aceptación haya surtido efecto o en ese momento (art. 22). En una sentencia dictada en México sobre el art. 8º de la Convención de Viena, referente a la intención de las partes en las negociaciones, se resolvió que no se violó el

principio de buena fe porque no existió una aceptación lisa y llana a la oferta de compra que la actora hizo a la demandada, puesto que quedó sujeto a confirmación final lo referente a la terminal de tanque en cierta ciudad para cargar en un periodo, sin que se advirtiera de los documentos que obraban en el expediente del caso dicha confirmación.¹³

Contraoferta. Se entiende como tal toda adición, imitación u otra modificación, pero si no altera sustancialmente la oferta constituye aceptación a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete de manera verbal la discrepancia o envíe una comunicación en tal sentido. Alteran sustancialmente los elementos de la oferta: el precio, el pago, la calidad y cantidad de las mercaderías, el lugar y la fecha de la entrega, el grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra o la solución de las controversias (arts. 20, numeral 3, y 25, Convención).

Perfeccionamiento. El contrato queda perfeccionado en el momento en que la aceptación de la oferta llega al oferente (art. 23), esto es, cuando se le comunica de manera verbal o se le entrega por cualquier medio personalmente, o en su establecimiento o dirección postal o, si no tiene establecimiento ni dirección postal, en su residencia habitual (art. 24). Ya mencionamos que el art. 55 de la Convención de Viena reconoce que un contrato se puede celebrar válidamente aunque no se fije o disponga de modo expreso o implícito la forma de fijar el precio, a diferencia de nuestros códigos civiles, que exigen que el precio se fije o se establezca una forma para su determinación.

Objeto. Mercaderías

La Convención de Viena regula solo las compraventas internacionales de mercaderías entre sujetos de derecho privado, con excepción de las ventas a consumidores, las ventas de servicios y las ventas de tipos concretos de mercancías, sin que dicha convención proporcione concepto alguno de *mercaderías*, por lo que se debe indagar qué se entiende por mercancías y si dentro de este término quedan o no incluidos todos los bienes tangibles e intangibles. En México, el CCF, en su art. 2248, cuando define la compraventa se refiere expresamente a las cosas y a los derechos, de manera que pueden ser objeto del contrato tanto bienes muebles como inmuebles, por su naturaleza o por disposición de la ley (arts. 14 y 747 a 789, CCF), incluidos los derechos, y en general los intangibles.

Entre las clasificaciones de los bienes se distingue la que los considera: a) corporales, aquellos bienes que tienen una existencia material, que se pueden tocar, y b) incorporeales, los intangibles, como los derechos (salvo el derecho de propiedad, según la tradición romanista),¹⁴ aquellos bienes que no tienen una existencia material, que son simples concepciones de la inteligencia, que no caen bajo la acción de nuestros sentidos y que por ello no se pueden ver ni tocar, pero que pueden ser objeto de contrato. Esta clasificación distingue los bienes corporales de los incorporeales, tomando en cuenta si el bien ocupa o no un lugar en el espacio, si puede o no ser apreciado por los sentidos; los bienes incorpóreos son los intangibles, creación que tiene una estructura estrictamente jurídica, no física, entre los cuales ubica los derechos, tanto reales como de crédito.

La Convención de Viena, en cambio, no incluye en la compraventa todos los bienes en general, como los inmuebles y los intangibles susceptibles de apropiación, sino únicamente la venta de mercaderías, que de acuerdo con decisiones internacionales son todos los bienes que, en el momento de la entrega, sean “muebles y materiales”, sin tener en cuenta si son sólidas o no, o si son usadas o nuevas, o están vivas o no lo están, pero excluye los inmuebles y los inmateriales, es decir, la propiedad industrial, de donde resulta que se trata solo de bienes muebles tangibles. En efecto, ya Jorge Barrera Graf¹⁵ advertía que aunque la Convención de Viena nada dice al respecto, así debía considerarse, y que era conveniente que se determinara que solo se aplica a las compraventas de bienes muebles tangibles, ya que el sentir de la Uncitral fue considerar la aplicación de dicha convención únicamente a bienes corporales. Tanto es así que cuando se discutió qué ventas debían ser excluidas de la Convención, se propuso exceptuar la venta de electricidad por considerar que no se trataba de un bien mueble corporal, como se observa en el texto final aprobado.

Aunque en el título de la *Ley Uniforme sobre Compraventas Internacionales de Mercaderías* (LUCI) no se aludió expresamente a bienes tangibles o corporales, dicha mención se contenía en el texto discutido en La Haya, y a pesar de que fue suprimido durante las discusiones por moción del Comité de Redacción, y como consecuencia en sus dos versiones oficiales en inglés y francés no se hizo indicación alguna al respecto, en su versión francesa se añadieron las palabras *objets mobiliers corporels* y en su versión inglesa se titula *Law International Sale of Goods*, de donde resulta factible estimar que las ventas de mercaderías

objeto de la Convención de Viena son precisamente bienes tangibles.

Forma

La Convención de Viena reconoce la consensualidad del contrato, por lo que no es necesario ningún acuerdo escrito para la celebración del contrato; el art. 11 señala que el contrato no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito (incluidos el telegrama y el télex, conforme al art. 13, y también cualquier mensaje de datos) ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma. Podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos; sin embargo, Argentina, Bielorrusia, Chile, Estonia, Hungría, Lituania, Ucrania y Rusia hicieron reserva de dicho artículo; además, según el art. 29 de la Convención, si el contrato consta por escrito y contiene una estipulación que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo se haga por escrito, el contrato no podrá modificarse ni extinguirse de otra forma, pero una parte puede verse impedida a alegar, por sus propios actos, esa estipulación en la medida en que la otra parte se haya basado en ellos (*stoppel*).

Derechos y obligaciones de las partes

Del vendedor

El vendedor debe entregar las mercancías, transmitir la propiedad y entregar cualesquier documentos relacionados con ellas en las condiciones pactadas y previstas en la Convención de Viena.

1. **Entrega de las mercancías.** El vendedor deberá entregar las mercancías en el plazo o la fecha fijados en el contrato o dentro de un plazo razonable (art. 33); si el vendedor las entrega antes de la fecha fijada, el comprador tiene derecho a aceptar o rehusar su recepción (art. 52).

Lugar de entrega. La entrega de las mercancías debe hacerse precisamente en el lugar pactado en el contrato o, en su defecto (art. 31), el vendedor cumplirá con la entrega: a) cuando se trate de venta con expedición, esto es, cuando el contrato implique el transporte de mercancías, ponerlas en poder

del primer porteador para que las traslade al comprador (compraventa con transporte, art. 31). En el caso de que las mercancías no estuvieren claramente identificadas a los efectos del contrato mediante señales, documentos de expedición o de otro modo, el vendedor debe enviar al comprador un aviso de expedición (art. 32). Cuando el transporte sea pactado por cuenta del vendedor, deberá celebrar el contrato respectivo para trasladar las mercancías; *b)* cuando el contrato verse sobre mercancías ciertas o sobre muestras no identificadas que deban extraerse de una masa determinada o que deban ser manufacturadas o producidas, o cuando las partes tengan conocimiento de que las mismas se encuentran o deban ser manufacturadas o producidas en un lugar determinado, el vendedor cumple con su obligación de entrega al poner las mercancías a disposición del comprador en el mismo lugar de extracción, manufactura o producción; y *c)* en los demás casos, al poner las mercancías a disposición del comprador en el lugar donde el vendedor tenga su establecimiento en el momento de la celebración del contrato.

Ventas con transporte. En el caso de compraventas que impliquen transporte, el vendedor deberá: *a)* enviar aviso de expedición (art. 32) de las mercaderías no identificadas claramente, para notificar que las mismas están en poder de un porteador especificándolas (señales, documentos de expedición); *b)* contratar transporte (no principal) adecuado a las circunstancias y en las condiciones usuales hasta llevarlo al lugar del transportista; y *c)* contratar seguro de transporte; si no está obligado a contratarlo debe proporcionar al comprador, a petición de este, la información disponible necesaria para ello.

Plazo de entrega. El vendedor deberá entregar las mercancías: *a)* en la fecha pactada o determinada; *b)* dentro del plazo pactado o determinado, y en su defecto, *c)* dentro de un plazo razonable. En cualquier otro caso, a partir de la celebración del contrato.

Entrega conforme. La obligación de entrega por parte del vendedor implica que este entregue mercancías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato y que estén envasadas o embaladas en la forma fijada por el contrato; esto es, que guarden conformidad con lo pactado. En el caso de que el vendedor entregue una cantidad mayor de la

pactada, el comprador tiene derecho a aceptar o rehusar la recepción de la cantidad excedente; en caso de aceptación, deberá pagar el precio según lo pactado en el contrato (art. 52).

La Convención de Viena previene que salvo lo pactado por las partes, se considerará que las mercancías guardan conformidad con lo pactado siempre que (art. 35): *a)* sean aptas para los usos a los que ordinariamente se destinan mercancías del mismo tipo, salvo que el comprador hubiera conocido o no hubiera podido ignorar la falta de conformidad al celebrar el contrato; *b)* sean aptas para cualquier uso especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor en el momento de la celebración del contrato, a menos que de las circunstancias resulte que el comprador no confió o no era razonable que confiara en la competencia y el juicio del vendedor; *c)* posean las cualidades de la muestra o modelo presentado al comprador; y *d)* estén envasadas o embaladas en la forma habitual para tales mercaderías, o en su defecto, de una forma adecuada para conservarlas y protegerlas, salvo que el comprador hubiera conocido o no hubiera podido ignorar la falta de conformidad al celebrar el contrato.

En consecuencia, el vendedor responde de toda falta de conformidad que exista en el momento de la transmisión del riesgo al comprador, aun cuando la misma se manifieste después, así como de la falta de conformidad ocurrida después de ese momento y que sea imputable al incumplimiento en cualquiera de sus obligaciones. No obstante, tratándose de entrega anticipada, el vendedor tiene derecho, hasta la fecha fijada para la entrega, de optar por entregar parte o la cantidad que falte de las mercancías, sustituir las entregadas que no sean conformes, y en general subsanar cualquier falta de conformidad si ello no ocasiona inconvenientes ni gastos excesivos al comprador y sin perjuicio del derecho de este para exigir la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados (art. 37).

Para la Convención de Viena, salvo pacto en contrario, no basta que las mercancías guarden conformidad con lo pactado o usual para que el vendedor cumpla con su obligación, sino que las mismas se encuentren libres de cualesquier pretensiones o derechos de tercero; esto es, que el vendedor se encuentre legitimado para transferir la propiedad de los bienes, que no exista evicción (art. 41).

Libres de pretensiones y derechos. Asimismo, la Convención de Viena previene que el vendedor deberá entregar las mercancías libres de cualesquier derechos o pretensiones de un tercero basados en la propiedad industrial, que conociera o no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración del contrato, en virtud de la ley del Estado en que hayan de revenderse o utilizarse los bienes, cuando las partes hubieran previsto su reventa o utilización en ese Estado, y en cualquier otro caso, en virtud de la ley del Estado en que el comprador tenga su establecimiento; a menos que en el momento de la celebración del contrato el comprador conociera o no hubiera podido ignorar la existencia de ese derecho o pretensión, o que el derecho o pretensión resulten de haberse ajustado el vendedor a fórmulas, diseños y dibujos técnicos o a otras especificaciones análogas proporcionadas por el vendedor (art. 42).

En caso de que existan derechos o pretensiones de terceros, el comprador, para no perder su derecho, debe comunicar al vendedor su existencia, especificando su naturaleza, dentro de un plazo razonable a partir del momento en que haya tenido conocimiento o debiera tener conocimiento de ella, pero el vendedor no puede invocar la preclusión del derecho del comprador si conocía el derecho o la pretensión del tercero y su naturaleza, y en todo caso el comprador tiene derecho a rebajar el precio o exigir el pago de los daños y perjuicios (salvo lucro cesante) si acredita una excusa razonable por haber omitido la comunicación requerida.

2. **Transmitir la propiedad de las mercancías.** En países como México, la transmisión de propiedad es un efecto del contrato y opera desde que las partes se ponen de acuerdo en precio y cosa, aunque conforme al CCo, el riesgo lo asume el comprador a partir del momento en que se le entrega esta real, jurídica o virtualmente.
3. **Entrega de documentos.** El vendedor debe entregar los documentos relacionados con las mercancías. Los pactados o usuales en el momento, lugar y forma pactados, como la factura, el conocimiento de embarque, certificado de origen y póliza de seguro; en caso de entrega anticipada de los documentos, el vendedor podrá, hasta el momento fijado para la entrega, subsanar cualquier falta de conformidad de dichos documentos si ello no implica inconvenientes ni gastos para el comprador (art. 34).

El comprador

1. **Pago del precio.** Conforme al art. 54 de la Convención de Viena, la obligación de pagar el precio por parte del comprador incluye también la de adoptar las medidas y cumplir los requisitos fijados por el contrato o por las leyes o reglamentos correspondientes para que sea posible el pago. Así, cuando las partes convinieron en que el pago del precio se haga mediante crédito documentario confirmado o transferencia electrónica de fondos, el comprador está obligado a hacer las gestiones, trámites y actos jurídicos necesarios a efecto de que sea posible dicho pago. Deberá contratar los servicios de una institución de crédito y, en su caso, proveerla de fondos suficientes y de manera oportuna para que el vendedor reciba el precio en el plazo y en los términos pactados.

El CCF establece en su art. 2248 que el precio en la venta debe ser cierto y en dinero, y en sus arts. 2251 y 2253 permite a las partes convenir en que el precio sea el que corre en día o lugar determinado o el que fije un tercero, pero si el tercero no quiere o no puede señalar el precio, el contrato quedará sin efecto, salvo convenio en contrario. Como quiera que sea, el CCF impone a las partes la obligación de referirse al precio de la cosa objeto del contrato, pues por definición existe compraventa cuando uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho, y el otro, a su vez, se obliga a pagar por ellos un precio cierto y en dinero.

Según la Convención de Viena, es posible que las partes acuerden la celebración de un contrato de compraventa y lo celebren sin que expresa ni implícitamente se haya señalado el precio o estipulado el medio para determinarlo, en cuyo caso se entiende que las partes han hecho referencia implícita al precio cobrado por lo general en el momento de la celebración del contrato por tales mercancías, vendidas en circunstancias semejantes, en el tráfico mercantil de que se trate (art. 55). El comprador debe pagar el precio de las mercancías en el lugar pactado en el contrato; a falta de pacto, deberá pagarlo en el establecimiento del vendedor, y si el pago debe hacerse contra la entrega de las mercancías o de los documentos, en el lugar en que se efectúe la entrega. Así, si el vendedor debe entregar los documentos representativos de las mercancías y pactados en el domicilio de una institución de crédito, en virtud del crédito documentario convenido entre

las partes, el pago debe hacerse en ese domicilio.

El CCF, en cambio, previene que salvo pacto, el comprador debe pagar el precio en el lugar en donde se le entregue la cosa, y el CCo, en su art. 86, establece que a falta de pacto, el obligado deberá cumplir con su obligación en el lugar que según la naturaleza del negocio o la intención de las partes deba considerarse adecuado al efecto, ya sea por acuerdo de las partes o decisión judicial. Tanto la Convención de Viena (art. 58) como el CCo (art. 380) previenen que, salvo pacto en contrario, el comprador deberá pagar el precio de contado; a menos que las partes hayan acordado otro momento, el comprador deberá pagar el precio cuando el vendedor ponga a su disposición las mercancías o los documentos representativos de estas, conforme al contrato o a dicha convención. Asimismo, se faculta al vendedor para condicionar la entrega de las mercancías al pago del precio, y al comprador para no pagar el precio mientras no haya examinado las mercancías, a menos que las modalidades de la entrega o de pago pactadas sean incompatibles con esa posibilidad.

2. **Examen de las mercancías.** El comprador debe examinar o hacer examinar las mercancías en el plazo más breve, atendidas las circunstancias; si el contrato incluye el transporte, el examen puede aplazarse hasta que hayan llegado a su destino; en el caso de que el comprador cambie el tránsito de destino de las mercancías o las reexpida, sin tener la oportunidad razonable para examinarlas, y si el vendedor tenía o debía tener conocimiento de ese cambio de destino o reexpedición, el examen podrá hacerse cuando las mercancías lleguen a su nuevo destino (art. 38).
3. **Recepción de mercancías.** El comprador está obligado a recibir las mercancías, obligación que comprende la realización de todos los actos que razonablemente quepa esperar de él para que el vendedor efectúe la entrega, así como hacerse cargo de las mercancías (art. 60).

En el caso de que el comprador se demore en la recepción, o cuando el pago del precio y la entrega de las mercancías deban hacerse de manera simultánea y el comprador no pague el precio, el vendedor deberá, si está en posesión de las mercancías, adoptar todas las medidas que sean razonables para su conservación, de acuerdo con las circunstancias, entre ellas su depósito en los almacenes de un tercero a expensas de la otra parte (art. 87),

y tiene derecho a retener dichas mercancías en tanto el comprador no le reembolse los gastos razonables que haya realizado (art. 85). Esos mismos derechos y obligación tiene el comprador que recibe las mercancías y tiene la intención de ejercer cualquier derecho a rechazarlas conforme al contrato o la Convención de Viena.

En el caso de que las mercancías sean puestas a disposición del vendedor en el lugar de destino y el comprador ejerza el derecho de rechazarlas, debe tomar posesión de las mismas por cuenta del vendedor si esto no implica obligación de pagar su precio o erogación de gastos excesivos, y siempre que el vendedor no cuente con una persona que pueda hacerse cargo de ellas.

La Convención de Viena faculta a la parte obligada a conservar las mercancías, a proceder a su venta, previo aviso a la otra parte con antelación razonable de su intención de venta, cuando la otra parte haya demorado de manera excesiva en tomar posesión de ellas, en aceptar la devolución o en pagar el precio o los gastos de su conservación; igualmente, podrá adoptar las medidas razonables para su venta cuando se trate de mercancías expuestas a fácil deterioro (art. 88).

Incumplimiento del vendedor

A diferencia de lo que ocurre en el CCo y el propio CCF, la Convención de Viena establece diversas acciones y remedios para el caso de que el vendedor incumpla en cualquiera de sus obligaciones. Los códigos mexicanos, de manera genérica, conceden a la parte que cumple el derecho para exigir del que no cumple el cumplimiento forzoso del contrato o la resolución del contrato, y en ambos casos el pago de daños y perjuicios (arts. 1949, CCF, y 376, CCo). La Convención, en cambio, no autoriza al comprador a exigir la resolución del contrato ante cualquier incumplimiento, sino solo cuando este es esencial; en efecto, conforme al art. 45, ante el incumplimiento del vendedor, el comprador tiene las acciones siguientes:

- a) Cumplimiento forzoso del contrato, a menos que haya exigido otro derecho o acción incompatibles, como conceder un plazo suplementario, disminuir el precio de compra, etcétera.

- b) Sustitución de mercaderías, en caso de inconformidad, salvo que esta constituya un incumplimiento esencial y se haya invocado la misma al vendedor dentro del plazo razonable. El comprador pierde el derecho a la sustitución cuando por un hecho u omisión imputables a este, incluidos la venta, el consumo o la transformación, le sea imposible restituir las recibidas en un estado idéntico al que las recibió (art. 82).
- c) Reparación para subsanar la inconformidad de las mercancías, salvo que no sea razonable.
- d) Otorgamiento de plazo suplementario de duración razonable para que el vendedor cumpla con las obligaciones que le incumben.
- e) Exigir la indemnización de daños y perjuicios, la cual no podrá exceder de la pérdida que el vendedor haya previsto o debería haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en cuenta los hechos de los que tuvo o debió tener conocimiento (art. 74). En todo caso, quien exige daños y perjuicios deberá adoptar todas las medidas razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida y el perjuicio resultante del incumplimiento. El pago de daños y perjuicios es compatible con cualquier otra acción (art. 45).
- f) Exigir la diferencia entre el precio del contrato y el precio de la operación de reemplazo en caso de que hubiere procedido a hacer una compra de reemplazo, o bien a exigir la diferencia entre el precio señalado en el contrato y el precio corriente en el momento de la resolución del contrato, con independencia de los daños y perjuicios (arts. 75 y 76).
- g) Declarar resuelto el contrato cuando el incumplimiento constituya un incumplimiento esencial del contrato (art. 49); perderá ese derecho si no puede, por un hecho u omisión imputables a este, incluidas la venta, consumo o transformación, restituir las mercancías que hubiere recibido en un estado idéntico al que las recibió (art. 82).
- h) Declarar resuelto el contrato si el vendedor no entrega las mercancías dentro del plazo suplementario concedido por el comprador, o si declara que no efectuará la entrega dentro de este plazo, o si la entrega parcial de mercancías o su entrega total constituyen un incumplimiento esencial del contrato (art. 51). No procede dicha declaración cuando el vendedor

procede a hacer la entrega tardía de las mercancías y el comprador no declara la resolución dentro de un plazo razonable de dicha entrega; o dentro de un plazo razonable en caso de incumplimiento distinto de la entrega tardía o del vencimiento del plazo suplementario (art. 49).

- i) Rebajar el precio en forma proporcional a la diferencia entre el valor que las mercancías efectivamente entregadas tengan en el momento de la entrega y el valor que habrían tenido en ese momento mercancías conforme al contrato, salvo que el vendedor subsane la inconformidad dentro de los plazos previstos en la Convención de Viena (art. 50).

Incumplimiento del comprador

La Convención de Viena establece diversas acciones y remedios al vendedor para el caso de que el comprador incumpla en cualquiera de sus obligaciones (art. 61): *a*) cumplimiento forzoso del contrato, a menos que el vendedor haya exigido otro derecho o acción incompatibles, como conceder un plazo suplementario (art. 62); *b*) otorgamiento de un plazo suplementario de duración razonable para que el comprador cumpla con sus obligaciones (art. 63); *c*) exigir la indemnización de daños y perjuicios, la cual no podrá exceder de la pérdida que el vendedor haya previsto o debería haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en cuenta los hechos de los que tuvo o debió tener conocimiento (art. 74). En todo caso, quien exige daños y perjuicios deberá adoptar todas las medidas razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida y el perjuicio resultante del incumplimiento. El pago de daños y perjuicios es compatible con cualquier otra acción (art. 61); *d*) declarar resuelto el contrato cuando el incumplimiento constituya un incumplimiento esencial del contrato (art. 64); y *e*) declarar resuelto el contrato por falta de pago del precio o por no recibir las mercancías dentro del plazo suplementario fijado por el vendedor, o si declara que no lo hará dentro de ese plazo. No procede tal declaración cuando el comprador realiza el pago tardío de las mercancías y no se declaró la resolución antes de que el vendedor tenga conocimiento de que se hizo el pago, o dentro de un plazo razonable en caso de incumplimiento distinto del pago o del vencimiento del plazo suplementario (art. 64).

Plazo razonable

El examen de las mercancías por parte del comprador constituye una carga que debe cumplir a efecto de estar en posibilidad de invocar la falta de conformidad de las mercancías dentro del plazo pactado, dentro del plazo razonable o dentro de un plazo máximo de dos años contado a partir de que las mercancías fueron puestas en su poder efectivamente, salvo lo previsto en la garantía pactada por las partes. El comprador debe comunicar al vendedor la falta de conformidad, y la naturaleza de esta, en todo caso dentro de un plazo razonable a partir del momento en que la haya o debería haberla descubierto.

El plazo razonable es aquel dentro del cual debe cumplirse o realizarse alguna prestación, tan pronto las circunstancias lo permitan, de ahí que dicho plazo no sea siempre de dos años, pues depende de la naturaleza de la cosa y las circunstancias de cada caso; así, se ha estimado que no se han realizado las reclamaciones o notificaciones dentro de un plazo razonable en los siguientes casos: una notificación cursada seis meses después de haber tomado posesión de una vajilla de porcelana; una notificación sobre la falta de conformidad de productos textiles realizada ocho días después de la entrega; una notificación hecha 16 días después de la recepción para denunciar defectos en un par de zapatos adquiridos; siete días después de la entrega de pepinos frescos; la reclamación realizada tres días después de recibir unos jamones; dos meses para flores, o un mes por falta de conformidad con un queso.

Plazo suplementario

La Convención de Viena (arts. 47 y 63) autoriza a cada una de las partes para otorgar, a la parte que no cumple con cualquiera de sus obligaciones, un plazo adicional, extraordinario y unilateral, para el cumplimiento de la prestación debida. Dicho plazo se denomina *suplementario*, es decir, complementario al pactado por las partes, y ha de ser razonable, suficiente y necesario para que la parte que no cumplió dentro del plazo original pueda hacerlo en este adicional. La concesión del nuevo plazo no pretende fomentar la cultura de la mora en el deudor, sino preservar el contrato y evitar su frustración, además de fortalecer la acción de resolución que conforme a la Convención solo es posible en dos supuestos: cuando el incumplimiento es esencial y cuando no se cumple con las prescripciones del plazo suplementario, así que la concesión de este lo erige como una carga procesal del acreedor para tener expedita la acción resolutoria, pues como sostiene Pilar Perales, la parte que con posterioridad desee ejercitar la

acción por resolución del contrato se habrá asegurado de que el incumplimiento inicial (sea o no esencial) se haya transformado en esencial, en el sentido que posibilita el ejercicio de la acción de resolución del contrato,¹⁶ pues según dicha Convención, la resolución del contrato no se causa por cualquier incumplimiento, sino solo por incumplimiento esencial o por incumplimiento del plazo suplementario.

En el caso de que una de las partes haya concedido el plazo suplementario, a menos que haya recibido comunicación de la otra en el sentido de que no cumplirá lo que le incumbe en el plazo suplementario, durante ese lapso no podrá ejercitar acción alguna por incumplimiento del contrato, sin perjuicio de que conserva el derecho de exigir la indemnización de los daños y perjuicios por demora en el cumplimiento. El otorgamiento del plazo suplementario no premia al moroso, sino que le da una nueva oportunidad para cumplir con la obligación de resarcir a la otra parte por los daños y perjuicios ocasionados por su demora en el cumplimiento.

Además de la facultad para otorgar el plazo suplementario, la Convención de Viena impone de manera obligatoria dicho plazo al acreedor cuando, sin una demora excesiva y sin causar a la otra parte inconvenientes excesivos o incertidumbre en cuanto al reembolso de los gastos anticipados, después de la fecha señalada para la entrega, el deudor le hace saber que puede subsanar a su propia costa todo incumplimiento de sus obligaciones y le solicita que le haga saber si acepta el cumplimiento tardío, pero el acreedor no atiende dicha solicitud; en ese supuesto, el deudor podrá cumplir sus obligaciones en el plazo indicado en su petición y el acreedor no podrá, antes del vencimiento de ese lapso, ejercitar ningún derecho o acción incompatible con el cumplimiento por el vendedor de las obligaciones que le incumban. En este caso el acreedor tampoco pierde el derecho a la indemnización por los daños y perjuicios por mora. Cuando el deudor comunica que cumplirá sus obligaciones en un plazo determinado, en la Convención se presume que pide al acreedor que le haga saber su decisión.

La Convención de Viena previene que en los casos en que el deudor haya cumplido con su obligación (por ejemplo, entregar las mercaderías, pagar el precio, recibir las mercancías, etc.), el acreedor (comprador o vendedor, según el caso) perderá el derecho a declarar resuelto el contrato si no lo hace dentro de un plazo razonable: a) en caso de entrega tardía, después de que haya tenido

conocimiento de que se ha efectuado la entrega, o *b*) en caso de incumplimiento distinto de la entrega tardía: *i*) después de que haya tenido o debiera haber tenido conocimiento del incumplimiento; *ii*) después del vencimiento del plazo suplementario fijado por el comprador, o después de que el vendedor haya declarado que no cumplirá sus obligaciones dentro de ese plazo suplementario; o *iii*) después del vencimiento del plazo suplementario indicado por el vendedor, o después de que el comprador haya declarado que no aceptará el cumplimiento.

Como advierte María del Pilar Perales Viscasillas,¹⁷ las normas que previenen el plazo suplementario no van dirigidas a los tribunales, quienes tienen vedada la posibilidad de conceder un plazo de gracia, sino al comprador y al vendedor cuando se ejercite una acción por incumplimiento del contrato (arts. 45.3 y 61.3, CNUCCIM). Al respecto, hay que comentar que el art. 84 de nuestro CCo prohíbe categóricamente el otorgamiento de plazo suplementario, pues postula que “En los contratos mercantiles no se reconocerán términos de gracia ó cortesía, y en todos los cómputos de días, meses y años, se entenderán: el día de veinticuatro horas; los meses, según están designados en el calendario gregoriano; y el año, de trescientos sesenta y cinco días”. La expresión “no se reconocerán” implica que las partes pueden concederse dicho plazo y hasta pactar que el juez lo conceda, pero la ley obliga al tribunal a desconocer el plazo de cortesía que concede una parte o a conceder un plazo de oficio (plazo de gracia), lo que parece justificarse en los dos siglos pasados por la celeridad del tráfico comercial y para terminar, como sostenía el art. 445 del CCo español de 1829, con “todas las costumbres locales sobre términos de gracia, ó de cortesía”, pero no ahora que, pese a las invocaciones tecnológicas y medios de transporte, subsisten causas fuera del control de las partes que impiden dar cumplimiento al contrato, y antes de optar por alguno de los otros remedios de la Convención de Viena, se puede optar por conceder un plazo suplementario que además dejará clara la procedencia de la acción resolutoria en caso de incumplimiento, máxime que la concesión del plazo suplementario (antesala de la acción de resolución) está abierta para cualquier incumplimiento. “Por ello compradores y vendedores deben estar atentos al posible uso de esta acción (y la forma correcta de hacerlo) ante las desastrosas consecuencias que su falta puede conllevar.”¹⁸

Transmisión de riesgos

Conforme al CCF, el riesgo de la cosa, su deterioro, pérdida o perecimiento por caso fortuito o fuerza mayor son a cargo del dueño: desde el momento en que se celebra una compraventa civil el comprador, como propietario, asume el riesgo de la cosa, aunque no le haya sido entregada; *res perit domino* (art. 2017, en relación con el 2014, CCF). En cambio, según el CCo, en la compraventa mercantil los riesgos de la cosa se transfieren solo a partir del momento en que el vendedor hace entrega real, jurídica o virtual de la cosa (art. 377, CCo); mientras no se entregue esta, aun cuando haya surtido efectos la transmisión de la propiedad en favor del comprador por mero efecto del contrato, o una vez individualizada del género, los riesgos de la cosa los sufre el vendedor¹⁹ y no se transfieren al comprador sino a partir del momento en que se le entregan los bienes objeto del contrato, ya sea real, jurídica o virtualmente (art. 377, CCo).

Así ocurre también en las compraventas reguladas por la Convención de Viena, que previene que la pérdida o el deterioro de las mercaderías sobrevenidos después de la transmisión del riesgo al comprador no liberarán a este de su obligación de pagar el precio, a menos que se deban a un acto u omisión del vendedor. Conforme a los arts. 67, 68 y 69 de la Convención y los Incoterms, el riesgo se transfiere al comprador en diversos momentos, según la obligación de entrega: a) en el momento en que las mercancías se pongan a disposición del primer porteador para que las traslade al comprador según el contrato de compraventa, cuando este implique el transporte de las mercancías y el vendedor no esté obligado a entregarlas en un lugar determinado, siempre que las mercancías estén claramente identificadas a los efectos del contrato mediante señales en ellas, documentos de expedición, comunicación enviada al comprador o de otro modo; b) cuando las mercancías se pongan en poder del porteador especificado en el contrato y en el lugar determinado; cuando el vendedor esté obligado a poner las mercancías en poder de un porteador en un lugar determinado, y siempre que las mercancías estén claramente identificadas a los efectos del contrato, mediante señales en ellas, documentos de expedición, comunicación enviada al comprador o de otro modo; c) desde la celebración del contrato, tratándose de venta de mercancías en tránsito, a menos que de las circunstancias resulte que el riesgo sea asumido por el comprador desde el momento en que las mercancías se hayan puesto en poder del primer porteador que haya expedido los documentos del transporte. Sin embargo, si en el momento de la celebración del contrato el vendedor tiene o debía tener conocimiento de que las mercancías sufrieron pérdida o deterioro y no lo revela

al comprador, dichos riesgos los sufre el vendedor; *d)* desde que el comprador se hace cargo de las mercancías de acuerdo con lo previsto en el contrato, en los casos no comprendidos en los incisos anteriores; *e)* desde que las mercancías se pongan a disposición del comprador en el establecimiento del vendedor, cuando no se hace cargo de las mismas en el plazo o fecha pactados e incurra en incumplimiento del contrato al rehusar su recepción, siempre que las mercancías estén claramente identificadas a los efectos del contrato; y *f)* desde que el comprador tenga conocimiento de que las mercancías están a su disposición en un lugar determinado, cuando el comprador deba hacerse cargo de las mercancías en un lugar distinto del establecimiento del vendedor, siempre que las mercancías estén claramente identificadas a los efectos del contrato.

Exoneración de daños y perjuicios. Se prevé en la Convención de Viena la exención de responsabilidad de las partes: *a)* por impedimento ajeno a su voluntad, que no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta en el momento de la celebración del contrato ni que lo evitase o superase, o *b)* por falta de cumplimiento de un tercero al que haya encargado la ejecución total o parcial del contrato. No obstante, está sometida a cualquier otro recurso, incluso a la reducción del precio, si las mercaderías fuesen de algún modo defectuosas.

Acciones por incumplimiento. La Convención de Viena establece varios remedios y acciones para lograr el cumplimiento del contrato: *a)* cumplimiento forzoso (arts. 46 y ss.); *b)* reemplazo de mercancías por disconformidad esencial; *c)* reparación para subsanar falta de conformidad; *d)* plazo suplementario; *e)* rebaja (art. 50) proporcional al valor; *f)* resolución (arts. 25 y 49) por incumplimiento esencial o falta de entrega.

Pérdida del derecho a resolver el contrato del comprador. Cuando la parte afectada no reclama dentro de plazo razonable, a partir de: *a)* que tenga conocimiento de la entrega tardía, o *b)* del incumplimiento distinto de entrega tardía: *i)* después de que haya tenido conocimiento, *ii)* después del plazo suplementario fijado por el comprador o declaración de vendedor de no cumplir, o *iii)* después del plazo suplementario fijado por el vendedor o de que el comprador declara no aceptar el cumplimiento. En similares supuestos el vendedor pierde su derecho a resolver el contrato.

Extinción del contrato

El contrato de compraventa puede extinguirse por acuerdo de las partes (art. 29) o por resolución por incumplimiento esencial, esto es, cuando el incumplimiento causa a la otra parte un perjuicio que la prive de manera sustancial de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación (art. 25). La declaración de resolución surtirá efecto solo si se comunica a la otra parte (art. 26).

Los efectos de la resolución del contrato de compraventa internacional de mercaderías son los siguientes: libera a las partes de sus obligaciones, salvo la indemnización de daños y perjuicios que pueda ser debida; no afecta las estipulaciones del contrato relativas a la solución de controversias o los derechos y obligaciones de las partes en caso de resolución; la parte que haya cumplido total o parcialmente el contrato tiene derecho a exigir a la otra parte la restitución de lo que haya suministrado o pagado conforme al contrato; si ambas partes deben restituir, la restitución debe ser simultánea (art. 81, numeral 2).

Cuando el vendedor deba restituir el precio, ha de abonar también los intereses correspondientes a partir de la fecha en que se haya efectuado el pago (art. 84), y el comprador deberá abonar al vendedor el importe de todos los beneficios que haya obtenido de las mercancías, cuando deba devolver estas o parte de ellas.

Autoevaluación

1. ¿Qué es una compraventa internacional?
2. Explique la aplicación directa de la Convención de Viena.
3. ¿Qué se entiende por oferta para efectos de la Convención de Viena?
4. ¿En qué momento se perfecciona el contrato de compraventa?
5. ¿Qué es el incumplimiento esencial en la compraventa internacional?
6. ¿Qué es el plazo suplementario?

7. Explique la entrega de mercancías libre de pretensiones y derechos.
8. Mencione qué es el plazo razonable.
9. Explique la conformidad en las mercancías.
10. Explique el lugar de entrega de las mercancías.

- 1 Cfr. Antonio Martínez Cerezo, *La compraventa en el comercio internacional, principios legales y prácticos*, Ediciones Maya, Salamanca, 1973, pp. 24 y siguientes.
- 2 Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 17 de marzo de 1988.
- 3 Conforme al art. 10 de la Convención, *a)* si una de las partes tiene más de un establecimiento, su establecimiento será el que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración; y *b)* si una de las partes no tiene establecimiento, se tendrá en cuenta su residencia habitual.
- 4 El sistema se explica en el documento [A/CN.9/SER.C/GUIDE/1/Rev.1](#).
- 5 El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial de Argentina, núm. 7, 20 de mayo de 1991, consideró los Incoterms, versión 1990, como usos de comercio dentro del art. 9.2 de la Convención.
- 6 Aprobada por la Conferencia Diplomática de las Naciones Unidas en 1974. Cfr. su texto en Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Anuario*, vol. 1974, pp. 209 y siguientes.
- 7 Cfr. Cour d'Appel de Grenoble, Chambre Commerciale, 26 de abril de 1995, Marques Roque Joaquim c. Sarl Holding Manin Riviére, Francia, <http://www.unilex.info/case.cfm?id=127>. Consulta hecha el 25 de febrero de 2015.
- 8 OLG Frankfurt A.M., 17 de septiembre de 1991, Alemania.
- 9 Laudo de la ICC 7660/JK, 23 de agosto de 1994, Austria.
- 10 Cfr. Cour d'Appel de Grenoble, Chambre Commerciale, 26 de abril de 1995, Francia; *op. cit.*
- 11 Cfr. Jorge Adame Goddard, *El contrato de compraventa internacional*, UNAM-McGraw-Hill, México, 1994, pp. 91 y siguientes.
- 12 Un caso similar se presentó en *OLG Köln*, 26 de agosto de 1994 (Alemania), <http://www.unilex.info/case.cfm?id=66>, consulta hecha el 25 de febrero de 2015, y en *Oberster Gerichtshof*, 27 de octubre de 1994 (Austria), que no se aplicó a un contrato para fabricación de cepillos y escobas, en donde el ordenante suministraba parte sustancial de las mercancías necesarias para la producción, lo que quedaba excluido a la luz del art. 3.1 de la Convención.

- ¹³ Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, 10 de marzo de 2005, A.D. 127/205, <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1118>. Consulta hecha el 25 de febrero de 2005.
- ¹⁴ Así, *Enciclopedia jurídica Omeba*, tomo II, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1956, p. 190.
- ¹⁵ Cfr. Jorge Barrera Graf, *Temas de derecho mercantil*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1983, p. 138.
- ¹⁶ María del Pilar Perales Viscasillas, “El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980)”, 201, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1-47.html>. Consulta hecha el 27 de febrero de 2015.
- ¹⁷ *Idem*.
- ¹⁸ *Idem*.
- ¹⁹ Al igual en aportaciones a las sociedades mercantiles, conforme al art. 12 de la LGSM.

Principios Unidroit

Propósitos

Al concluir este capítulo, el lector identificará los elementos esenciales y de validez de los contratos mercantiles, distinguirá los contratos consensuales, formales y reales en materia mercantil, los celebrados en mensajes de datos y los contratos de adhesión.

Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales

Desde hace más de cinco décadas el Unidroit¹ ha trabajado en la elaboración de estos Principios, que constituyen una muestra del esfuerzo unificador en el derecho mercantil internacional; en 1971 su consejo de dirección decidió introducir los Principios en su programa de trabajo, para lo cual instauró un comité piloto integrado por juristas representantes de los tres sistemas jurídicos del mundo: René David, de la tradición romanista; Clive M. Schmitthoff, del *Common Law*, y Tudor Popescu, del sistema socialista. Derivado de ello, en 1980 se constituyó un grupo de trabajo especial para redactar diversos proyectos de capítulos de los Principios, en el que participaron expertos en materia de contratos y de comercio internacional, abogados, jueces, profesionales y funcionarios de Estado. Concluyeron exitosamente con la primera versión en 1994, y en 1995 con la primera edición en español y otros idiomas de los *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales*.

En 2004 se elabora la segunda edición y en 2010 la tercera, cuyo propósito es ofrecer a la comunidad internacional un instrumento de reglas generales que las partes acuerden en forma voluntaria en sus contratos, o sean susceptibles de aplicarse. A continuación se exponen algunas cuestiones sobre los Principios, ya

que por su extensión no es posible incluirlos totalmente, pero los mismos incluyen temas como la nulidad del contrato, la cesión de crédito, transferencia de obligaciones, cesión de contratos, resolución, resarcimiento, prueba del daño, etcétera.

Concepto

Los Principios no son una ley modelo ni un código tipo, a pesar de estar redactados en artículos a manera de ley; tampoco son un tratado internacional. Son un conjunto de reglas generales y de principios para los contratos comerciales internacionales que han sido compilados, perfeccionados, mejorados, ampliados y ampliamente expuestos por el Unidroit para que las partes en un contrato puedan acceder a ellos voluntaria u obligadamente; para que los gobiernos y los Estados los hagan propios como modelo de ley, los adapten o adopten en sus leyes internas; para que los jueces los utilicen en la interpretación de los contratos y la solución de controversias; y los abogados y juristas los entiendan, apliquen y difundan. Son expuestos ante la comunidad internacional a fin de que las partes los adopten voluntariamente en sus contratos y sirvan para interpretar incluso las normas nacionales y orientar las decisiones judiciales o arbitrales.

La ventaja fundamental de los Principios no es solo que contienen los principios de los contratos, sino que los regulan y exponen de manera tan amplia como no lo hacen por lo menos las leyes mexicanas. Dichos Principios contienen diversos conceptos e instituciones que se encuentran en los sistemas jurídicos; las instituciones que comprende son universales y el Unidroit las ofrece como un sistema de reglas especialmente concebidas en función de las exigencias del tráfico comercial.²

Naturaleza jurídica

Se trata de un conjunto equilibrado de reglas para ser utilizadas en todas las operaciones comerciales internacionales, con independencia de la tradición jurídica y las condiciones económicas o políticas de los Estados en donde las partes tienen su domicilio; por ello, aunque no son un tratado internacional, resultan de gran utilidad no solo en los contratos mercantiles internacionales,

sino también en los domésticos como cláusulas accidentales perfectamente incorporables a los contratos, ya que regulan en forma amplia instituciones que las leyes internas solo mencionan.

Los Principios no restringen la aplicación de las reglas imperativas –sean de origen nacional, internacional o supranacional– que resulten aplicables; así, en México son aplicables y útiles, quizá con las únicas salvedades en materia de moneda de pago, tipo de cambio y pena judicial, que pueden ser diferentes en cada país y que en el nuestro están regidas por leyes de orden público, la *Ley Monetaria* y el CCF, que contiene disposiciones limitantes en cuanto a la pena convencional. Los particulares pueden utilizarlos, pero en principio, por no ser un tratado internacional, no obligan a nadie. Su propósito es que se utilicen por su valor intrínseco y que las partes los elijan por su propia conveniencia. En caso de elección, el Unidroit sugiere la inclusión de un cuerpo de arbitraje y que el conflicto se ajuste a los Principios como ley aplicable (art. 1.4). Para Friedrich Jünger, se trata de una “codificación supranacional de derecho convenido”; Allan Farnsworth sostiene que son “extractos de sentencias”, y para Michael Bonell, el “*Restatement* internacional de legislación contractual que ha recogido la esencia de las normas jurídicas de los contratos”.

Contratos mercantiles internacionales

Los Principios elaborados por el Unidroit están destinados fundamentalmente para ser aplicados en los contratos mercantiles internacionales, aquellos que, conforme a las soluciones adoptadas por las legislaciones y los tratados, se celebran entre partes que tienen su residencia en Estados diferentes, o que guardan vínculos más estrechos con un tercer Estado, así como aquellos contratos en los que las partes eligen como ley la de un tercer Estado. Si bien los Principios no adoptan ninguno de estos criterios, son amplios, de manera que no quede excluida ninguna posibilidad. La mercantilidad del acto es más amplia que en derecho nacional porque incluye operaciones económicas como las de inversión, concesiones, prestación de servicios profesionales, etc., de manera que solo se excluyen las operaciones de consumo.

Aplicación

Los Principios no son de aplicación obligatoria como la ley o los tratados, sino que deben aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos, o cuando se sometan a los principios generales del derecho o a la *lex mercatoria*, cuando no han escogido el derecho aplicable al contrato; también pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme o servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales.

Por tanto, su aplicación resulta obligatoria o facultativa. La primera surge cuando las partes convienen expresamente en someterse a dichos Principios, por ejemplo: “El presente contrato se rige por los Principios Unidroit (2010) [excepto en lo que respecta a los Artículos...]”. Si las partes desearan pactar también la aplicación de un derecho nacional en particular pueden recurrir a la fórmula siguiente: “El presente contrato se rige por los Principios Unidroit (2010) [excepto en lo que respecta a los Artículos...], integrados cuando sea necesario por el derecho [del Estado X]”; incluso pueden hacerlo de manera total y absoluta, o bien pueden excluir su aplicación y derogar o modificar el efecto de cualquiera de sus disposiciones que puedan ser excluidas. Los Principios no restringen la aplicación de normas de carácter imperativo, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado.

La aplicación facultativa surge: *a)* cuando las partes hayan acordado que el contrato se rija por los “principios generales del derecho”, la “ley mercatoria” o expresiones semejantes; *b)* para proporcionar una solución a un punto controvertido cuando no sea posible determinar cuál es la regla (*rule*) de derecho aplicable a dicho contrato; *c)* para interpretar o suplementar textos internacionales de derecho uniforme; *d)* para servir de modelo para la legislación en los ámbitos nacional o internacional. Para su debida interpretación, los Principios señalan que se debe tomar en cuenta su carácter internacional y sus propósitos, incluida la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y, en lo posible, de acuerdo con sus principios generales subyacentes.

Autonomía de la voluntad o libertad de contratación (artículo 1.1)

Se reconoce la autonomía de la voluntad de las partes para celebrar un contrato y

determinar su contenido; sin embargo, como es lógico, dicha libertad de contratación tiene sus límites, tanto los impuestos por los Principios en relación con las disposiciones que no pueden derogar las partes y que son las señaladas en los propios Principios –como la buena fe, lealtad negocial, nulidad del contrato, determinación del precio, pago por incumplimiento o error– como por las leyes nacionales o internacionales imperativas o prohibitivas, el orden público y las buenas costumbres.

Libertad de forma. Los Principios no exigen que un contrato, declaración o acto alguno deba ser celebrado o probado conforme a una forma en particular. El contrato puede ser probado por cualquier medio, incluidos los testigos.

Pacta sunt servanda

El carácter vinculante de los contratos es reconocido por los Principios (art. 1.3), según los cuales las obligaciones asumidas válidamente por las partes deben cumplirse en sus términos. El contrato solo puede ser modificado o extinguirse de conformidad con lo que en él se disponga, por acuerdo de las partes; sin embargo, dicho principio es atemperado por *a)* estipulaciones sorpresivas, *b)* excesiva desproporción, *c)* interpretación contra *proferentem*, *d)* excesiva onerosidad y *e)* fuerza mayor.

Buena fe y lealtad negocial (artículo 1.7)

Entre los principios fundamentales e inderogables previstos en este conjunto de reglas se encuentran el de la buena fe y la lealtad negocial. Más de 20 artículos de los Principios se refieren a ellos. Se trata de principios éticos, de la honestidad de hecho en la conducta contractual, por lo que las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial, sin que se pueda excluir o restringir ese deber (art. 1.7). Nuestro CCF los reconoce en el art. 1796 y su violación en los contratos es sancionada; incluso la actuación de mala fe en contra de quien actúa por ignorancia, notoria necesidad o extrema miseria,³ al igual el Código Civil italiano en sus arts. 1175 y 1337 (el art. 1175 establece que acreedor y deudor deben comportarse según las reglas de *correttezza*).

En virtud de dichos principios, una parte no puede actuar en contra de sus

propios actos (*Stoppel*), es decir, en contradicción con un entendimiento que ella ha suscitado en su contraparte y conforme al cual esta última ha actuado razonablemente en consecuencia y en su desventaja (art. 1.8).

Cualquier parte es libre de entablar negociaciones y no incurre en responsabilidad si no culminan en acuerdo; sin embargo, la parte que ha negociado o interrumpido con mala fe una negociación es responsable de los daños causados. Así, en los comentarios a los Principios se menciona como mala fe el entrar en negociaciones o continuarlas con la intención de no llegar a un acuerdo, con lo cual se violenta el principio de buena fe y el responsable debe pagar los daños causados a la otra parte, por ejemplo, en la aceptación tardía debido a causas imputables al oferente (no hay un fax disponible ni grabadora u otro aparato similar). Desde luego, el concepto y los alcances de la buena fe varían en los sistemas jurídicos; por ello, su aplicación ha de ser a la luz de las circunstancias especiales del comercio internacional y no conforme a la legislación local.

De acuerdo con el art. 2.1.15 de los Principios, hay mala fe cuando se entra en negociaciones o se continúa con ellas con la intención de no llegar a un acuerdo (por ejemplo, cuando A entra en negociaciones con B para comprar su restaurante, pero solo lo hace para entorpecer negociaciones con C, que es su competidor, y A se retira de las negociaciones cuando C compra otro restaurante).⁴ La buena fe de las partes debe prevalecer no solo desde la celebración, sino antes: desde las negociaciones previas, que pueden revestir la forma de cartas de intención, promesas de contrato, memorando de entendimiento (*letter of intent, commitment letters, binder agreements in principle, memoranda of understanding*), etc., hasta la conclusión y ejecución del contrato, e incluso después.

En la práctica, las partes entran en negociaciones verbalmente o por medios electrónicos, ópticos o similares y sin límite de tiempo (algunas veces ni siquiera definen con exactitud los elementos esenciales del contrato); sin embargo, se hacen promesas, se intercambian información y acuden a los usos frecuentes entre ellas o en el giro de que se trata; e incluso, sin esperar a la redacción definitiva del contrato, comienzan a cumplir según sus negociaciones. Por eso los Principios se refieren a la buena fe (género) y lealtad negocial (especie): *Good faith and fair dealing*, y por ello establecen reglas para determinar la existencia del contrato, pese a que no haya acuerdo sobre todos los puntos

negociados, así como para los casos en que en el contrato no se fijan el precio y la forma para establecerlo. En ese caso, señalan que el precio se entiende como el que generalmente se cobra por tales prestaciones en el momento de celebrarse en circunstancias similares; de no poder establecerse el precio de esa manera, se entiende un precio razonable.

El concepto de buena fe es fundamental en los Principios y debe prevalecer en todos los contratos; implica honestidad, lealtad y cooperación, en el sentido de que el contrato no es solo de intereses opuestos, sino que su significado es unir, estrechar, conjuntar “un proyecto en común”. Por ello los Principios se refieren a las obligaciones implícitas e incorporan la obligación de cooperación entre las partes (art. 5.1.2), aunque no se haya pactado, pero que debe circunscribirse a ciertos límites, sin llegar al grado de intercambiar obligaciones de las partes para el cumplimiento del contrato. Este Principio otorga seguridad y tranquilidad a las partes, por ejemplo, de que la otra parte no divulgará los secretos comerciales que le han sido transmitidos en virtud de las negociaciones, o que se cumplirá lo pactado.

Diligencia contractual u obligación de resultado y obligación de emplear los mejores esfuerzos (artículo 5.1.4)

La buena fe y la lealtad contractual implican actuar con diligencia contractual, honestidad y lealtad; esto es, que cada parte actúe como persona prudente, perito y diligente; la diligencia contractual comprende el cuidado, la atención, el conocimiento, la vigilancia, perseverancia y trabajo que es lícito esperar de una persona razonable y responsable. La buena fe y la lealtad negocial exigen de las partes el deber de cuidado, de diligencia y de emplear los mejores esfuerzos (*best effort*).

Usos y prácticas comerciales (artículo 1.9)

Las partes están obligadas por cualquier uso en cuya aplicación hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas, así como por cualquier uso que suela ser conocido y observado regularmente en el tráfico mercantil de que se trate por sujetos participantes en dicho tráfico,⁵ a menos que

la aplicación de ese uso no sea razonable. Son usos ampliamente conocidos y observados de manera regular los relativos a los créditos documentarios a que se ha hecho mención, y que serán referidos con mayor amplitud en el capítulo correspondiente, así como los Incoterms.

Interpretación del contrato

Conforme a los Principios, el contrato debe interpretarse de acuerdo con la intención común de las partes; si esta no puede establecerse, el contrato se interpretará según el sentido que le habrían dado personas sensatas de la misma condición que las partes, colocadas en las mismas circunstancias (art. 4.1). Tomando en cuenta las negociaciones previas, las declaraciones, las cláusulas y la integración del contrato, en donde, cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo acerca de una disposición importante para determinar sus derechos y obligaciones, se considerará integrada al contrato la disposición que resulte más apropiada a las circunstancias, tomando en cuenta la intención de las partes, la naturaleza y la finalidad del contrato, la buena fe y la lealtad negocial, así como el sentido común.

Formación del contrato (artículo 1.1)

En cuanto a la formación del contrato, los Principios recogen las normas previstas en la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*. El contrato se perfecciona mediante la aceptación de una oferta (propuesta suficientemente precisa para celebrar un contrato; indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación) o por la conducta de las partes que sea suficiente para manifestar un acuerdo. La oferta surte efectos cuando llega al destinatario. Cualquier oferta, aun cuando sea irrevocable, puede ser retirada si la notificación de su retiro llega al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta; y si ya llegó al destinatario, puede ser revocada hasta que se perfeccione el contrato, si la revocación llega al destinatario antes de que este haya enviado la aceptación. Sin embargo, la oferta no podrá revocarse: *a)* si en ella se indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación o de otro modo, que es irrevocable, o *b)* si el destinatario pudo considerar razonablemente que la oferta era irrevocable y haya actuado en consonancia con ella. La oferta se extingue cuando la notificación de su rechazo

llega al oferente.

Oferta

Constituye aceptación de la oferta toda declaración o cualquier otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta. El silencio o la inacción, por sí solos, no constituyen aceptación. La aceptación de la oferta surte efectos cuando la indicación de asentimiento llega al oferente o cuando se ejecute el acto indicativo de dicho asentimiento. Pero la oferta debe ser aceptada dentro del plazo fijado por el oferente o, si no se hubiere fijado plazo, dentro del que sea razonable, teniendo en cuenta las circunstancias, incluso la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente. Una oferta verbal debe aceptarse inmediatamente, a menos que de las circunstancias resulte otra cosa. Los Principios reconocen que la aceptación tardía surtirá efectos como aceptación si el oferente, sin demora injustificada, informa de ello al destinatario o lo notifica en tal sentido. Al igual que la oferta, la aceptación puede ser rechazada o retirada.

Vicios del consentimiento

En los Principios Unidroit, al igual que en nuestro derecho civil y mercantil, el error grave (concepción equivocada sobre los hechos o sobre el derecho, que debió existir al tiempo de la celebración del contrato), el dolo (cuando una parte es inducida a celebrarlo mediante maniobras dolosas de la otra parte, incluidas palabras o prácticas, o cuando dicha parte omitió revelar información que debería haber sido revelada conforme a criterios comerciales razonables de lealtad negocial), las amenazas (cuando una parte ha sido inducida a celebrarlo mediante una amenaza injustificada de la otra parte, la cual, tomando en consideración las circunstancias del caso, fue tan inminente y grave que no le dejó otra opción razonable), y en general la fuerza, la intimidación y la lesión, son causa de nulidad de los contratos.

Error. Es causa de nulidad si en el momento de la celebración del contrato el error fue de tal magnitud que una persona razonable y en la misma situación no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes, en caso de haber conocido la realidad de las cosas y si además la otra parte incurrió

en el mismo error, o lo causó, o lo conoció, o lo debió haber conocido, y cuando dejar a la otra parte en el error hubiese sido contrario a los criterios comerciales razonables de lealtad negocial; o, en el momento de darse por anulado el contrato, la otra parte no había actuado aún de conformidad con el contrato. En consecuencia, no procede la nulidad del contrato cuando el que lo invoca ha incurrido en culpa grave al cometer el error; cuando este versa sobre una materia en la cual la parte equivocada ha asumido el riesgo; cuando, tomando en consideración las circunstancias del caso, dicha parte debe soportar ese riesgo. Asimismo, y en función de la conservación del contrato, la parte equivocada no puede dar por anulado el contrato invocando error si los hechos en que basa su pretensión le otorgan o le podrían haber otorgado derechos y acciones por incumplimiento del contrato.

Excesiva desproporción

Los Principios reconocen la lesión (excesiva desproporción, art. 3.2.7) como causa de nulidad de los contratos; así ocurre en el CCF (art. 17) y el CCo (art. 81), si una de las partes se ha aprovechado injustificadamente de la dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de la impugnante, o de su falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación. El contrato puede ser anulado o bien ajustado en estos casos: *a)* a petición de la parte legitimada para dar por anulado el contrato, el tribunal podrá adaptar el contrato o la cláusula de que se trate, a fin de ajustarlo a criterios comerciales razonables de lealtad negocial, y *b)* a petición de la parte que recibió una comunicación de darlo por anulado, siempre que dicha parte le haga saber su decisión a la otra inmediatamente y, en todo caso, antes de que esta obre conforme a su voluntad de dar por anulado el contrato.

La parte perjudicada por la lesión puede anular el contrato, en cuyo caso debe comunicarlo a la otra parte. La comunicación de dar por anulado el contrato debe realizarse dentro de un plazo razonable, después de que la parte impugnante conoció o no podría ignorar los hechos o pudo obrar liberadamente. El plazo para comunicar la anulación de una cláusula empezará a correr en el momento en que dicha cláusula sea invocada por la otra parte.

La anulación del contrato por lesión tiene efectos retroactivos; habilita a cada parte para pedir la restitución de lo entregado conforme al contrato o a las

cláusulas que sean anuladas, siempre que proceda al mismo tiempo a restituir lo recibido según el contrato o dichas cláusulas. Si una de las partes no puede restituir en especie lo recibido, deberá compensar de forma adecuada a la otra. Dicha anulación obliga a la otra parte al pago de daños y perjuicios, independientemente de que el contrato sea o no dado por anulado. La parte que conoció o tenía que haber conocido la causa de anulación habrá de resarcir a la otra, colocándola en la misma situación en que se encontraría de no haber celebrado el contrato.

Excesiva onerosidad o *hardship*

Esta figura es de gran trascendencia porque si bien prevalece el principio *pacta sunt servanda*, conforme al cual el contrato debe cumplirse siempre que sea posible e independientemente de la carga que ello implique para la parte obligada –puesto que los contratos adquieren fuerza obligatoria entre las partes desde que los celebran–, no siempre es posible ni justo cumplir en los términos acordados entre las partes cuando ocurren circunstancias que cambian de manera sustancial las prestaciones de las partes o cuando se produce una situación excepcional reconocida por los Principios como *excesiva onerosidad* o *hardship*, también denominada *frustración de la finalidad del contrato*, *imprevisión*, o *excesiva onerosidad sobrevenida*.⁶

Es cierto que la buena fe constituye un principio general del derecho y que con base en él el obligado debe conducirse como persona consciente de su responsabilidad en el cumplimiento cabal de sus obligaciones, cualquiera que resulte la magnitud de su contenido; pero cuando sobrevienen acontecimientos que no se previeron o no pudieron preverse y que modifican sustancialmente sus obligaciones, no es justo ni legal mantener estas.

Por ello, desde hace más de medio siglo se reconoció que las partes estaban obligadas a cumplir en sus términos todas y cada una de las obligaciones asumidas, en tanto las circunstancias no cambiaran (*rebus sic stantibus*); que el reconocimiento de la excesiva onerosidad constituye un remedio excepcional para mitigar graves situaciones que modifican las prestaciones, sucesos que alteran fundamentalmente el equilibrio del contrato y que provocan un incremento del costo de la prestación o una disminución de su valor. En este tenor, los Principios reconocen que ciertos sucesos pueden alterar

fundamentalmente el equilibrio del contrato y, por tanto, el perjudicado tiene derecho a una renegociación del mismo cuando dichos sucesos (art. 6.2.2) son conocidos después de celebrado el contrato, no pudieron ser razonablemente previstos, y escapan al control de esa parte, quien no asumió el riesgo.

En tales casos, la parte en desventaja puede solicitar a la otra parte la renegociación del contrato, sin que por ello se le autorice a suspender el cumplimiento. Si en un periodo razonable no hay acuerdo sobre la renegociación, el perjudicado tiene expedita la acción correspondiente ante el tribunal competente, en cuyo caso este puede determinar dar por concluido el contrato o ajustar el mismo, facultad que puede ser cuestionada, pero que en aras del equilibrio contractual está justificada.

Representación

Esta figura no aparece en la primera versión de los Principios pero era necesaria, pues muchas operaciones internacionales se hacen por medio de representante. Para efectos de los Principios, el representante es la persona que está facultada para afectar las relaciones jurídicas de otra persona (“el representado”) por o con respecto a un contrato con un tercero, ya sea que el representante actúe en su nombre o en el del representado. Señalan que el representante tiene facultad para realizar todos los actos necesarios, según las circunstancias, a fin de lograr los objetivos por los que el apoderamiento fue conferido, así como facultad implícita para designar un subrepresentante con el propósito de realizar actos que no cabe razonablemente esperar que el representante realice en persona. Las disposiciones de esta sección se aplican a la subrepresentación.

Se excluye la representación legal y judicial, pero se admite la representación directa (en nombre y por cuenta del tercero), la indirecta (en nombre propio pero por cuenta de tercero), la expresa o la tácita (que resulta de la ejecución de los actos).

Los principios también se refieren a los actos de los representantes en exceso de facultades y los *ultra vires*, sin representación, sin competencia, que de acuerdo con Jorge Barrera Graf estuvieron en boga⁷ en el derecho inglés (*Common Law*) desde 1875, con el célebre caso *Ashbury RailWay Carriage and Iron Co. vs. Riche*; en ambos casos, los Principios niegan validez a los actos, a menos que el

representado genere en el tercero la convicción razonable de que el representante tiene facultad para actuar por cuenta del representado y que el representante esté actuando en el ámbito de ese poder; el representado no puede invocar contra el tercero la falta de poder del representante, pero este no es responsable si el tercero sabía o debiera haber sabido que el representante no tenía poder o estaba excediéndolo.

Representación aparente. Cuando el representante actúa en el ámbito de su representación y el tercero sabía o debiera haber sabido que el representante estaba actuando como tal; los actos del representante afectan directamente las relaciones jurídicas entre el representado y el tercero, sin generar relación jurídica alguna entre el representante y el tercero. Sin embargo, los actos del representante solo afectan las relaciones entre el representante y el tercero, cuando, con el consentimiento del representado, el representante asume la posición de parte contratante. En el caso de conflicto de intereses, se concede la acción de nulidad al representado, salvo que haya consentido que el representante se involucre en el conflicto de intereses, o lo sabía o debiera haberlo sabido; o si el representante ha revelado el conflicto de intereses al representado y este nada ha objetado en un plazo razonable.

Representación oculta. Se da cuando un representante actúa en el ámbito de su representación y el tercero no sabía ni debiera haber sabido que el representante estaba actuando como tal; los actos del representante afectan solo las relaciones entre el representante y el tercero. Cuando tal representante, al contratar con un tercero por cuenta de una *empresa*, se comporta como dueño de ella, el tercero, al descubrir la identidad del verdadero titular de la misma, puede ejercitar también contra este último las acciones a que haya lugar en contra del representante.

Comunicación por cualquier medio apropiado

Establecen los Principios que cuando sea necesaria una comunicación, esta se hará por cualquier medio apropiado según las circunstancias; por ejemplo, la resolución de un contrato de tiempo indefinido, que puede hacer con razonable anticipación. La comunicación surtirá efectos cuando llegue a la persona a quien vaya dirigida. A tal efecto, se considerará que una comunicación “llega” a la persona cuando le es comunicada oralmente o entregada en su establecimiento o

en su dirección postal (art. 1.10).

La palabra *comunicación* incluye toda declaración, demanda, requerimiento o cualquier otro medio empleado para comunicar una intención, y el término *escrito* incluye cualquier modo de comunicación que deje constancia de la información que contiene y sea susceptible de ser reproducida en forma tangible; es decir, se reconocen los mensajes de datos.

Confidencialidad. Los Principios reconocen la trascendencia que tiene la información que las partes se proporcionan en el curso de las negociaciones y durante la vigencia del contrato. Por ello, establecen que si una de las partes ofrece información confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla en forma injusta en provecho propio, independientemente de que luego se celebre el contrato. Cuando fuere el caso, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación proporcional al beneficio recibido por el transgresor (art. 2.1.16).

Cláusulas estándar. Son aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido, y son utilizadas de hecho, sin ser negociadas con la otra parte (arts. 2.1.19 y 2.1.22). En los comentarios al art. 2.1.19⁸ de los Principios se dice que lo fundamental no es su presentación formal, ni quién las ha elaborado, ni su extensión, sino que hayan sido predisuestas para el uso generalizado y repetido de las partes y que sean utilizadas en el caso concreto sin ser negociadas por la otra parte. Este requisito se refiere solo a las cláusulas estándar que la otra parte debe aceptar como un todo, por lo que no incluye los otros elementos del mismo contrato que pueden negociarse. En caso de conflicto entre una cláusula estándar y una que no lo sea, prevalecerá esta última. Una cláusula estándar no tiene eficacia si es de tal carácter que la otra parte no hubiera podido preverla razonablemente, salvo que dicha parte la hubiera aceptado de manera expresa. Para determinar si una cláusula estándar es de tal carácter, se tendrá en cuenta su contenido, lenguaje y presentación.

Cláusulas sorprendentes (artículo 2.1.20). Conforme a los Principios, el contrato se entiende celebrado en los términos de las cláusulas estándar cuando ninguna de las partes las refuta, salvo en los casos siguientes: a) en estipulaciones sorprendentes. Carece de eficacia toda estipulación incorporada en cláusulas

estándar cuyo contenido o redacción, material o formal, no fuese razonablemente previsible por la otra parte, salvo que dicha parte la acepte de manera expresa. Para determinar la existencia de esa cláusula sorpresiva se debe tener en cuenta su contenido, lenguaje y presentación; *b*) en caso de contradicción entre una cláusula estándar y una que no lo sea, prevalecerá esta última; y *c*) en caso de contradicción entre formularios, el contrato se entenderá perfeccionado sobre la base de los términos acordados y de lo dispuesto en aquellas cláusulas estándar que sean sustancialmente comunes.

Batalla de formularios (artículo 2.1.22)

Ocurre cuando las partes negocian un contrato y al redactar cada una el proyecto utilizan cláusulas estándar o de machote o modelo; ambas partes envían, reciben, contestan o modifican el proyecto de contrato y entonces se produce una *batalla de formularios* (*battle of the forms*); si han iniciado el cumplimiento del contrato, la cuestión es saber conforme a qué reglas o proyecto se rige el mismo. Existen dos teorías: la del último disparo y la del *knock out*. Según los Principios, el contrato se entiende celebrado sobre la base de los términos acordados y de lo dispuesto en las cláusulas estándar que sean sustancialmente comunes, eliminando las contradictorias (*knock out*), conforme al que las envió por última vez o hizo referencia por última vez (*last shot*), a menos que una de las partes indique de manera clara con antelación –o que con posterioridad y sin demora injustificada informe a la contraparte– que no desea quedar obligada por dicho contrato. Esto es, prevalece la negociación que disparó al final.

Teoría del último disparo o última palabra (*last shot*). Cuando las dos partes han iniciado el cumplimiento del contrato sin objetar los términos estándar de la otra parte, el contrato se perfecciona aplicando los patrones de las declaraciones de voluntad (oferta y aceptación) conforme el último formulario. Los términos del contrato serán los formulados por este. Quien formuló la última respuesta, incluso cláusulas estándar a la cual adhirió el otro (expresamente o por actos de ejecución contractual), se presenta cuando una contraoferta es aceptada en forma implícita en virtud de la conducta ejecutada por las partes.

Teoría del *knock out*. Consiste en considerar celebrado el contrato con base en lo acordado y lo dispuesto en las cláusulas estándar (cláusulas que por lo regular utiliza cada una de las partes) que sean sustancialmente comunes para las dos

partes, ya que las cláusulas contradictorias de los formularios se anulan (*knock out rule*), principio que acoge la sección 2-207 del UCC y los Principios Unidroit (art. 2.1.22). Ello es aplicable, a menos que una de las partes hubiera indicado en forma clara con antelación, o que luego de formalmente celebrado y sin demora injustificada informe a la contraparte, que no tiene el propósito de quedar obligada por dicho contrato, o que no se entenderá celebrado el contrato sino una vez que se haya logrado un acuerdo sobre cuestiones específicas.

Contrato condicionado (artículo 2.1.13)

Cuando en el curso de las negociaciones una de las partes insista en que el contrato no se entenderá celebrado sino una vez que se haya logrado un acuerdo sobre cuestiones específicas (por ejemplo, quién paga la publicidad), o cuando se advierta la necesidad de formalizar el contrato (por ejemplo, cuándo se firman cartas de intención, memorando de entendimiento, contrato preliminar, y se manifiesta que no tienen intención de quedar obligadas, a menos que se haya firmado el documento formal), el contrato no se considera celebrado mientras no se cumplan tales requisitos.

Contrato en términos abiertos (artículo 2.1.14)

Si intencionalmente las partes han dejado algún punto sujeto a negociaciones ulteriores o a su determinación por un tercero, esto no impedirá la celebración del contrato. La existencia del contrato no se ve afectada por el hecho de que con posterioridad las partes no se pongan de acuerdo acerca de dicho punto o que el tercero no lo determine, siempre que haya algún modo razonable de determinarlo, teniendo en cuenta las circunstancias y la común intención de las partes.

Cláusulas implícitas

Los Principios señalan que las partes asumen obligaciones expresas e implícitas (art. 5.1.1). Las primeras dimanar de la voluntad expresa de las partes, en tanto que las segundas de: *a)* la naturaleza y finalidad del contrato; *b)* las prácticas establecidas entre las partes y los usos; *c)* la buena fe y la lealtad negocial, y *d)*

el sentido común (art. 5.1.2). En todo caso, una de las partes debe cooperar con la otra cuando dicha cooperación puede ser esperada para el cumplimiento de las obligaciones de esta última. En la medida en que la obligación de una de las partes implique el deber de alcanzar un resultado específico, dicha parte estará obligada a obtener dicho resultado, y en la medida en que la obligación de una de las partes implique el deber de desplegar los medios apropiados en la ejecución de una actividad, dicha parte estará obligada a desplegar esos medios, tal como lo haría una persona razonable de la misma condición colocada en las mismas circunstancias (art. 5.1.3).

Para determinar en qué medida la obligación de una de las partes es una obligación de medios o de resultado se tendrán en cuenta, entre otros factores, los siguientes: *a)* la manera en que la obligación se expresa en el contrato; *b)* el precio y demás elementos del contrato; *c)* el nivel de riesgo normalmente involucrado en la obtención del resultado esperado; *d)* el influjo de las habilidades de la otra parte en la ejecución de la obligación. Por último, cuando la calidad de la prestación no ha sido precisada ni puede ser determinada con base en el contrato, la prestación debe ser de una calidad razonable y en ningún caso inferior a la calidad mediana, según las circunstancias (art. 5.1.6).

Cláusula de integración o de totalidad de lo acordado

Los Principios previenen que todo contrato escrito que incluya una cláusula indicativa de que lo allí contenido expresa todo lo acordado, no puede ser contradicho o complementado mediante prueba de declaraciones o de acuerdos anteriores. No obstante, tales declaraciones o acuerdos podrán utilizarse para interpretar lo escrito (art. 2.1.17).

Modificaciones

Todo contrato escrito con una cláusula que exija que toda modificación o extinción sea por escrito, no podrá ser modificado ni extinguido sino por ese medio. No obstante, cualquiera de las partes quedará vinculada por sus propios actos y no podrá valerse de dicha cláusula en la medida en que la otra parte hubiere actuado confiando en dicha conducta (art. 2.1.18).

Imposibilidad de cumplimiento

Los Principios reconocen la fuerza obligatoria de los contratos, en tanto no contengan causa de nulidad, de ahí que cada parte debe cumplir sus obligaciones en el momento estipulado en el contrato o determinable según este; en cualquier momento dentro del término estipulado, a menos que las circunstancias indiquen que a la otra parte le corresponde escoger el momento del cumplimiento, y en los demás casos en un plazo razonable después de celebrado el contrato (art. 6.1.1).

Conforme a los Principios, no afectará la validez del contrato: *a)* el hecho de que en el momento de su celebración no sea posible la ejecución de la obligación contraída; y *b)* si en el momento de su celebración una de las partes no estuviere facultada para disponer de los bienes objeto del contrato.

El precio

Los Principios pretenden colmar diversas lagunas en el contrato para que este surta sus efectos; así, en el caso de que las partes no señalen el precio en el contrato, los Principios indican que se tendrá como tal el precio generalmente cobrado por tales prestaciones en el momento de celebrarse el contrato, en circunstancias semejantes dentro del respectivo ramo comercial o, en su defecto, el precio razonable (art. 5.1.7). Cuando el precio debe ser fijado por una de las partes y resulta un precio no razonable, será sustituido por un precio razonable. Cuando el precio deba ser fijado por un tercero y este no pueda o no quiera fijarlo, el precio será uno razonable; cuando el precio ha de fijarse por referencia a factores que no existan, que han dejado de existir o que no son asequibles, se acudirá como sustituto al factor equivalente más cercano.

Lugar de cumplimiento

Una diferencia en relación con lo que ocurre en nuestro derecho es el lugar de pago de las obligaciones. Los Principios establecen, para el caso de que las partes no hayan fijado lugar del cumplimiento, que dicho pago deberá hacerse en el establecimiento del acreedor cuando se trate de obligaciones de dinero, y en el propio establecimiento del deudor cuando se trate de cualquier otra obligación. El incremento de los gastos relativos al cumplimiento, ocasionado por el cambio

de establecimiento de una de las partes con posterioridad a la celebración del contrato, será a cargo de dicha parte (art. 6.1.6).

Pago con cheque u otro instrumento

Los Principios establecen la presunción de que el acreedor que acepta un cheque u otra orden de pago o promesa de pago lo ha aceptado bajo la condición de que el instrumento o la promesa de pago sea cumplida (art. 6.1.7), esto es, se recibe salvo buen cobro.

El pago también es admisible mediante una transferencia a cualquier institución financiera en la que el acreedor haya hecho saber que mantiene una cuenta, a menos que hubiera indicado una cuenta específica para ello. En tal caso, la obligación se extingue cuando la transferencia a la institución financiera se hace efectiva. Este punto es interesante si se toma en cuenta la diversidad de posibilidades que existen para tener por hecha una transferencia: *a)* cuando se hace el cargo al ordenante; *b)* cuando se acredita en la cuenta del banco del beneficiario; *c)* cuando el banco del beneficiario recibe aviso de que los fondos quedaron acreditados a su cuenta; *d)* cuando el banco del beneficiario acepta la transferencia; *e)* cuando el banco del beneficiario asienta en la cuenta de este; *f)* cuando el asiento del crédito en la cuenta del beneficiario es irrevocable; *g)* cuando el banco del beneficiario le avisa a este que le acreditó los fondos; y *h)* cuando el banco del beneficiario debe pagar en efectivo a este los fondos. La propuesta de la *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito (1992)* al respecto parece ser en el sentido de que la transferencia se completa en el momento en que el banco del beneficiario acepta una orden de pago en beneficio del beneficiario (art. 19).

Moneda de pago

De acuerdo con las reglas previstas en los Principios, el pago puede efectuarse en cualquier forma utilizada en el curso ordinario de los negocios en el lugar del pago. Las partes son libres de fijar la moneda conforme a la cual deben cumplirse las prestaciones de dinero; sin embargo, los Principios previenen que (art. 6.1.9): *a)* cuando la moneda de pago sea diferente de la del lugar del pago, este podrá hacerse en la moneda de dicho lugar, a menos que dicha moneda no

fuere libremente convertible, o que las partes hayan convenido en que el pago sea efectuado solo en la moneda expresada; *b*) si fuere imposible para el deudor efectuar el pago en la moneda expresada en la obligación, el acreedor podrá exigirle el pago en la moneda del lugar del pago; y *c*) el pago debe hacerse conforme a la tasa de cambio prevaleciente en ese lugar en el momento en que debe hacerse dicho pago. Sin embargo, si el deudor no hubiese pagado cuando debió hacerlo, el acreedor puede exigir el pago según el tipo de cambio predominante, a su elección, al vencimiento de la obligación o al momento del pago efectivo. Dicho Principio contraviene lo dispuesto por el art. 8º de nuestra Ley Monetaria.

Cuando la moneda no ha sido especificada, el pago se hará en la moneda del lugar donde debe efectuarse el pago (art. 6.1.10).

Imputación de pagos

Los Principios establecen en forma amplia y justa cómo debe atribuirse el pago para el caso de que existan diversas deudas a favor del mismo acreedor (art. 6.1.12). El deudor tiene derecho a indicar en el momento de pagar a cuál de ellas se aplicará su pago. Sin embargo, el pago ha de imputarse en primer lugar a cualquier gasto, luego a los intereses vencidos y finalmente al pago del capital. Si el deudor no hiciere tal indicación, el acreedor podrá, dentro de un plazo razonable después del pago, indicar al deudor a qué lo imputa, siempre que dicha obligación se encuentre vencida y no haya controversia respecto de ella.

A falta de imputación, el pago se imputará, en su orden, a la obligación que se encuentre en las circunstancias siguientes (art. 6.1.13): *a*) la obligación vencida y, si hubiere varias, la que venció primero; *b*) la obligación que cuente con menos garantías para el acreedor; *c*) la obligación más onerosa para el deudor; *d*) la obligación que surgió primero; y *e*) en caso de no ser aplicable ninguno de los criterios precedentes, el pago se imputará a todas las obligaciones en forma proporcional. En el caso de pago de obligaciones no dinerarias, los Principios previenen que, con las adaptaciones del caso, la imputación del pago se hará conforme a lo previsto en el art. 6.1.13.

Estipulación a favor de tercero

Las partes (el “promitente” y el “estipulante”) pueden otorgar un derecho a un tercero (el “beneficiario”) por acuerdo expreso o tácito. La existencia y el contenido del derecho del beneficiario respecto del promitente se determinan conforme al acuerdo de las partes, y se encuentran sujetos a las condiciones y limitaciones previstas en dicho acuerdo. El beneficiario debe estar identificado en el contrato con suficiente certeza, pero no necesita existir cuando se celebre el contrato.

Contrato por tiempo indefinido

Cualquiera de las partes podrá dar por terminado un contrato de tiempo indefinido, comunicándoselo a la otra con una anticipación razonable (art. 5.1.8).

Validez del contrato

Los Principios reconocen que no atañen a la incapacidad, falta de legitimación, inmoralidad o ilegalidad; tampoco se ocupan de la causa de los contratos (no puede alegarse falta de causa), ya que todos los contratos son consensuales; los hechos imposibles de ejecución, que en México no pueden ser objeto de contratos, sí lo son para los Principios; en fin, que puede ser objeto de un contrato una cosa que perezca en el momento de la celebración del contrato. Cuando la ley de un Estado exija una autorización pública que afecte la validez del contrato o su cumplimiento, sin que la ley o las circunstancias del caso indiquen algo distinto: *a)* si solo una de las partes tiene su establecimiento en tal Estado, ella deberá tomar las medidas necesarias para obtener dicha autorización, y *b)* en los demás casos, será la parte cuyo cumplimiento requiere la autorización la que deberá tomar las medidas necesarias para obtenerla (art. 6.1.14).

La parte obligada a tomar las medidas necesarias para obtener la autorización deberá proceder sin demora injustificada y asumir todos los gastos en que incurra. Dicha parte deberá, cuando ello sea el caso, comunicar a la otra, sin demora injustificada, el otorgamiento o la denegación de la autorización (art. 6.1.15). Cualquiera de las partes puede dar por terminado el contrato si, pese a que la parte obligada a obtener la autorización tomó todas las medidas requeridas al efecto, la autorización no es otorgada ni rechazada dentro del plazo convenido

o, en el caso de no haberse fijado plazo alguno, dentro de un plazo prudencial a partir de la celebración del contrato, salvo que la autorización solamente concierna a alguna de las cláusulas del contrato, siempre que, teniendo en cuenta las circunstancias, sea razonable conservar el resto del contrato aunque sea denegada la autorización.

Los Principios previenen que la denegación de una autorización indispensable para la validez del contrato comporta la nulidad del mismo. Si la denegación únicamente implica la validez de alguna o algunas de las cláusulas del contrato, tan solo estas serán nulas, siempre que, teniendo en cuenta las circunstancias, sea razonable conservar el resto del contrato cuando la denegación de la autorización haga imposible, en todo o en parte, el cumplimiento del contrato.

Cumplimiento de obligaciones (artículo 6.1.1)

Las partes deben cumplir con sus obligaciones en el momento estipulado en el contrato o determinable según este; en cualquier momento dentro del término estipulado en el contrato o determinable según este, a menos que las circunstancias indiquen que a la otra parte le corresponde escoger el momento del cumplimiento; y en los demás casos, en un plazo razonable después de celebrado el contrato. En los casos previstos en el art. 6.1.1 (b) o (c), una parte debe cumplir con sus obligaciones de una sola vez, siempre que la prestación pueda realizarse de una vez y que las circunstancias no indiquen otro modo de cumplimiento (art. 6.1.2).

El acreedor puede rechazar la oferta de un cumplimiento parcial que se le haga cuando deba cumplirse la obligación, independientemente de si el deudor garantiza o no el cumplimiento del resto de la obligación, a menos que el acreedor carezca de interés legítimo para el rechazo (art. 6.1.3). Los gastos adicionales causados al acreedor por el cumplimiento parcial son a cargo del deudor, sin perjuicio de cualquier otra pretensión que pueda corresponderle al acreedor. En la medida de lo posible, las partes cumplirán sus obligaciones en forma simultánea, a menos que las circunstancias indiquen otro modo de cumplimiento (art. 6.1.4.1). En la medida en que el cumplimiento de solo una de las partes requiera cierto periodo, dicha parte deberá cumplir primero (art. 6.1.4.2).

El art. 6.1.5 prevé el cumplimiento anticipado y señala que el acreedor puede rechazar el cumplimiento anticipado de la obligación, a menos que carezca de interés legítimo para hacerlo. La aceptación del acreedor de un cumplimiento anticipado no cambia el plazo de cumplimiento de sus propias obligaciones, si este se fijó de manera independiente del cumplimiento de las obligaciones de la otra parte. Los gastos adicionales causados al acreedor por el cumplimiento anticipado de la otra parte serán a cargo de esta última, sin perjuicio de cualquier otra pretensión que pueda corresponder. Salvo lo dispuesto en relación con la excesiva onerosidad (*hardship*), las partes continuarán obligadas a cumplir sus obligaciones, a pesar de que dicho cumplimiento se haya vuelto más oneroso para una de ellas.

Incumplimiento

Existe incumplimiento cuando hay falta de ejecución por una de las partes de cualquiera de sus obligaciones contractuales; se incluye tanto el cumplimiento defectuoso como el tardío. Una parte no podrá valerse del incumplimiento de la otra, en la medida en que haya sido causado por actos u omisiones de la primera o por cualquier otro evento cuyo riesgo ella asumió (art. 7.1.2). Los Principios prevén diversos supuestos de dicho incumplimiento:

- a) *Suspensión del cumplimiento (art. 7.1.3)*. Cuando las partes han de cumplir simultáneamente, cada una puede suspender el cumplimiento de su prestación hasta que la otra ofrezca su prestación. Cuando el cumplimiento ha de ser sucesivo, la parte que ha de cumplir después puede suspender su cumplimiento hasta que haya cumplido la parte que debe hacerlo primero.
- b) *Subsanación del incumplimiento (art. 7.1.4)*. La parte incumplidora podrá, a su cargo, subsanar cualquier incumplimiento, siempre que: *i)* comunique sin demora injustificada su intención de subsanar su incumplimiento, indicando la forma en que intenta subsanarlo y el plazo para la subsanación; *ii)* la subsanación sea apropiada a las circunstancias; *iii)* la parte perjudicada carezca de interés legítimo para rechazarla, y *iv)* dicha subsanación se lleve a cabo sin demora. La comunicación de que el contrato se considera terminado no impide el derecho a subsanar el incumplimiento. Los derechos de la parte perjudicada que fueren incompatibles con la prestación de la parte incumplidora quedarán suspendidos desde la comunicación de la

intención de subsanar el incumplimiento hasta la expiración del plazo para la subsanación. Mientras se encuentre pendiente la subsanación del incumplimiento, la parte perjudicada podrá aplazar su propia prestación. Independientemente de la subsanación del incumplimiento, la parte perjudicada conserva el derecho a reclamar el resarcimiento por el retraso, al igual que cualquier daño causado o que no pueda ser evitado por la subsanación.

- c) *Plazo adicional para el cumplimiento (art. 7.1.5).* En caso de incumplimiento, la parte perjudicada podrá conceder a la otra un plazo adicional para que cumpla, y así se lo comunicará. Durante el transcurso de ese plazo adicional, la parte perjudicada podrá suspender el cumplimiento de sus propias obligaciones correlativas y reclamar el resarcimiento, pero no podrá ejercitar ninguna otra acción. La parte perjudicada podrá ejercitar cualquiera de las acciones previstas en el capítulo 7 de los Principios si recibe una comunicación de la otra parte en el sentido de que no cumplirá dentro de dicho plazo adicional o si este expirase sin que la prestación debida haya sido realizada.

En caso de que la demora en el cumplimiento no sea esencial, la parte perjudicada que ha comunicado a la otra el otorgamiento de un plazo adicional de duración razonable podrá dar por terminado el contrato al vencimiento de dicho plazo. El plazo adicional que no fuere de una duración razonable podrá ser ampliado en consonancia con dicha duración; en su comunicación, la parte perjudicada podrá prevenir, al comunicar el otorgamiento de un plazo adicional, que si la otra parte no cumple dentro de dicho plazo el contrato quedará terminado de modo automático. Lo anterior no procede cuando la prestación incumplida sea tan solo una mínima parte de la obligación contractual asumida por la parte que no cumple.

- d) *Cláusulas de exoneración (art. 7.1.6).* Una cláusula que limite o excluya la responsabilidad por incumplimiento, o que le permita a una parte ejecutar una prestación sustancialmente distinta de lo que la otra podía esperar en forma razonable, no podrá invocarse si fuere manifiestamente desleal en función de la finalidad del contrato.
- e) *Fuerza mayor.* El incumplimiento de una parte por fuerza mayor es excusable si prueba que se debió a un impedimento ajeno a su control y que

no cabía esperar razonablemente al momento de celebrarse el contrato, o haber evitado o superado tal impedimento o sus consecuencias. Cuando el impedimento solo sea temporal, la excusa tendrá efecto durante un periodo razonable en función del efecto del impedimento en el cumplimiento del contrato.

La parte que no cumple deberá comunicar a la otra el impedimento y su efecto sobre su aptitud para cumplir el contrato. Si la comunicación no fuere recibida en un plazo razonable, contado a partir de que la parte que no cumple supo o debió saber del impedimento, esta parte será responsable del daño que le llegare a causar a la otra la falta de recepción. Nada de lo antes expuesto impedirá a una parte ejercitar el derecho a dar por terminado el contrato, a aplazar su cumplimiento o a reclamar intereses por el dinero que se le debe.

Cumplimiento forzado de obligaciones no dinerarias

Si una parte que está obligada a pagar dinero no lo hace, la otra parte puede exigir el pago (art. 7.2.1). La parte perjudicada que habiendo requerido el cumplimiento de una obligación no dineraria no la obtenga dentro del plazo fijado para ello o, en su defecto, dentro de un plazo razonable, podrá recurrir a cualquier otra pretensión. Si una parte no cumple con una obligación distinta de la de pagar una suma de dinero, la otra parte puede exigir su cumplimiento, a menos que: *a)* tal prestación sea jurídica o físicamente imposible; *b)* el cumplimiento o, en su caso, la ejecución forzosa, sea excesivamente gravosa u onerosa; *c)* la parte legitimada para recibir la prestación pueda razonablemente obtenerla por otra vía; *d)* la prestación tenga carácter exclusivamente personal; y *e)* la parte legitimada para recibir la prestación no la exija dentro de un plazo razonable desde que supo o debió haberse enterado del incumplimiento.

El derecho al cumplimiento incluye, cuando haya lugar a ello, el derecho a reclamar la reparación, el reemplazo u otra subsanación de la prestación defectuosa. Lo dispuesto en los arts. 7.2.1 y 7.2.2 se aplicará según proceda. En caso de no ser factible la ejecución de un mandato judicial que ordene el cumplimiento de una obligación no dineraria, la parte perjudicada podrá recurrir a cualquier otra pretensión.

Pena judicial

Cuando un tribunal ordena a una parte que cumpla, también puede ordenar que pague una pena si no cumple con la orden. La pena será pagada a la parte perjudicada, salvo que normas imperativas del derecho del foro dispongan otra cosa. El pago de la pena a la parte perjudicada no excluye el derecho de esta al resarcimiento.

Resolución del contrato

La resolución del contrato conforme a los Principios solo es factible si la falta de la otra parte en cumplir con una de las obligaciones contractuales constituye un incumplimiento esencial. Esto es, cuando el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra no hubiera previsto ni podido prever en forma razonable ese resultado; cuando el cumplimiento estricto de la obligación insatisfecha era esencial dentro del contrato; cuando el incumplimiento fue intencional o temerario, y cuando el incumplimiento le otorga a la parte perjudicada razones para creer que no puede confiar en el cumplimiento futuro de la otra.

Asimismo, se prevé que en caso de demora la parte perjudicada podrá dar por terminado el contrato si la otra parte no cumple antes de la expiración del plazo adicional previsto en el art. 7.1.5. El derecho de una parte a dar por terminado el contrato se ejercitará mediante una comunicación a la otra parte (art. 7.3.2) conforme a lo siguiente: *a)* si la prestación hubiere sido ofrecida tardíamente o resultado defectuosa, la parte perjudicada perderá el derecho a dar por terminado el contrato, a menos que comunique su decisión en tal sentido a la otra parte en un periodo razonable después de que supo o debió saber de la prestación defectuosa; *b)* si antes de la fecha de cumplimiento de una de las partes queda claro que habrá un incumplimiento esencial de una parte, la otra puede dar por terminado el contrato (art. 7.3.3); y *c)* una parte que crea razonablemente que habrá un incumplimiento esencial de la otra podrá exigir garantía adecuada de cumplimiento y, mientras tanto, podrá suspender su propia prestación. Si esta garantía no se otorga en un plazo razonable, la parte que la exige podrá dar por terminado el contrato (art. 7.3.4).

La terminación del contrato releva a las partes de la obligación de efectuar y aceptar prestaciones futuras. La terminación no excluye el derecho al resarcimiento por el incumplimiento, ni altera las disposiciones contractuales relativas a la resolución de controversias o cualquier otra cláusula del contrato destinada a tener efecto aun después de su terminación. A la terminación del contrato, cada parte puede reclamar a la otra la restitución de lo que haya entregado en razón de dicho contrato, siempre que restituya a la vez lo que recibió. Si no es posible o apropiada la restitución en especie, deberá hacerse una compensación en dinero, siempre que sea razonable (art. 7.3.6). Si el contrato es divisible y su cumplimiento se extendió durante algún tiempo, dicha restitución cabrá solo en relación con lo dado y recibido con posterioridad a la terminación del contrato.

Consecuencias del incumplimiento

Conforme a lo dispuesto por el art. 7.4.1 de los Principios, todo incumplimiento otorga a la parte perjudicada un derecho al resarcimiento, ya sea exclusivo o en concurrencia con otras pretensiones, salvo que el incumplimiento fuere excusable según dichos Principios. La parte perjudicada tiene derecho a la reparación integral del daño derivado del incumplimiento. Este daño comprende tanto cualquier pérdida sufrida (daños) como cualquier ganancia de la que se haya visto privada (perjuicios), teniendo en cuenta cualquier ganancia que la parte perjudicada hubiera obtenido al evitar gastos o daños. Tal daño puede ser no pecuniario e incluye, por ejemplo, el sufrimiento físico y la angustia emocional. Solo es resarcible el daño que pueda determinarse con un grado razonable de certeza, aun cuando sea futuro, de ahí que la pérdida de expectativas podrá resarcirse en la medida de la probabilidad de estas. Cuando no pueda establecerse la cuantía de los daños con suficiente certeza, quedará a discreción del tribunal fijar el monto del resarcimiento.

La parte que no cumple es responsable solo del daño previsto o que razonablemente podría haber previsto en el momento de la celebración del contrato, como consecuencia probable de su incumplimiento. El art. 7.4.5 otorga al perjudicado que dio por terminado el contrato y efectuó una operación de reemplazo, en término y modo razonables, el derecho para recobrar la diferencia entre el precio del contrato y el precio de la operación de reemplazo, así como el resarcimiento de otros daños adicionales. Asimismo, conforme al art. 7.4.6, a la

parte perjudicada que dio por terminado el contrato y no efectuó una operación de reemplazo –aunque la prestación contractual tiene un precio corriente–⁹ la faculta para recuperar la diferencia entre el precio del contrato y el precio corriente al tiempo de la terminación del contrato, así como el resarcimiento de cualquier daño adicional.

En el caso de que el daño se deba en parte a un acto u omisión de la parte perjudicada o a otro evento cuyo riesgo ella asumió, la cuantía del resarcimiento se reducirá en la medida en que tales factores hayan contribuido al daño, tomando en consideración la conducta de cada una de las partes. La parte que no cumple no es responsable del daño sufrido por la parte perjudicada en cuanto esta podía haberlo reducido adoptando medidas razonables que no adoptó. La parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualquier gasto en que incurrió razonablemente tratando de reducir el daño.

Intereses por mora de pago de dinero

De acuerdo con los Principios, si una parte no paga una suma de dinero cuando corresponde, la parte perjudicada tiene derecho a cobrar intereses sobre dicha suma desde el vencimiento de la obligación hasta el momento del pago, sea o no excusable la falta de pago, conforme al tipo de interés promedio bancario en los préstamos bancarios de corto plazo en favor de clientes calificados y que sea el ordinario para la moneda de la obligación en la plaza donde haya de hacerse el pago. En caso de no existir dicho tipo en tal lugar, se aplicará el tipo corriente en el Estado de la moneda de pago. En ausencia de aquel tipo en todos esos lugares, el tipo de interés será el que se considere apropiado conforme al derecho del Estado de la moneda de pago.

A menos que se convenga otra cosa, los intereses sobre la restitución correspondiente al incumplimiento de obligaciones no dinerarias comenzarán a devengarse desde el momento del incumplimiento. Asimismo, la parte perjudicada tiene derecho a una indemnización adicional por los mayores daños que le haya causado la falta de pago. Conforme al art. 7.4.11, la indemnización se pagará en forma global; no obstante, cuando la naturaleza del daño lo justifique, podrá pagarse a plazos, en cuyo caso la indemnización podrá ser indexada. El resarcimiento se fijará, según sea más apropiado, en la moneda en que la obligación dineraria hubiera sido expresada o en aquella en la cual el

perjuicio se sufrió (art. 7.4.12).

Finalmente, los Principios establecen en su art. 7.4.13 que cuando el contrato estipule que la parte que no cumpla pagará una suma determinada a la parte perjudicada por el incumplimiento, la parte perjudicada tiene derecho a cobrar esa suma con independencia del daño efectivamente sufrido. El mismo precepto previene que no obstante cualquier pacto en contrario, la suma estipulada podrá reducirse a un monto razonable cuando fuere notablemente excesiva en relación con el daño ocasionado por el incumplimiento y con las demás circunstancias. Para la fijación equitativa de la pena se debe atender a la naturaleza y demás circunstancias de la obligación, pero sin que su monto exceda al de la obligación principal.

Los Principios son, además de extensos y completos, de gran utilidad, ya que recopilan, sistematizan y adaptan instituciones reconocidas universalmente a las exigencias del comercio internacional y a los sistemas jurídicos, y proporcionan soluciones a los problemas que surgen antes, durante y después de la celebración de contratos, las cuales pueden ser incorporadas como cláusulas en los citados contratos o invocarse como ley aplicable, en el entendido de que dichos Principios en ningún caso pueden derogar normas de orden público o leyes prohibitivas.

Autoevaluación

1. ¿Qué es Unidroit?
2. ¿Qué son los Principios Unidroit?
3. ¿Cuándo se elabora la primera versión de los Principios Unidroit?
4. ¿Cuál es la utilidad práctica de los Principios Unidroit?
5. Explique el principio de autonomía de la voluntad.
6. ¿En qué casos y ante quién debe solicitarse el ajuste del contrato?

7. Explique la representación aparente a la luz de los Principios Unidroit.
8. ¿En qué consiste el Principio Unidroit de lealtad negocial?
9. ¿Cuáles son las condiciones de existencia de la excesiva onerosidad y sus consecuencias conforme a los Principios Unidroit?
10. ¿En qué consiste y cuándo se aplica la teoría del último disparo (*last shot*), conforme a los Principios Unidroit?

- 1 Unidroit, *Principios sobre los contratos comerciales internacionales*, trad. A. M. Garro, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, Roma, 1995; *cfr.* Trans-Lex.org Law Research, *Principles with Commentary*, 2a ed., Universidad de Colonia, Alemania, 2012; Javier Mauricio Rodríguez Olmos (comp.), *Principios Unidroit, Estudios en torno a una nueva figura franca*, Universidad Externado de Colombia, 2011.
- 2 Estos principios responden a la necesidad de uniformar las instituciones del derecho privado internacional, como expresa el consejo de dirección del Unidroit en la introducción a los Principios: “Las tentativas de unificación internacional del derecho han asumido hasta ahora la forma de instrumentos vinculantes, tales como convenciones internacionales, actos legislativos supranacionales o leyes modelos. Dado que estos instrumentos arriesgan a menudo de quedar sin aplicación y tienden a ser fragmentados, se multiplican las voces a favor de medios no legislativos de unificación o armonización del derecho.” *Cfr.* Unidroit, *op. cit.*, p. 3.
- 3 *Ibidem.* En los comentarios a los Principios se señala como ejemplo el caso de una compraventa de equipo de alta tecnología en la que el comprador, radicado en un lugar en donde se usa regularmente ese equipo, avisa de inmediato el defecto, pero lo hace en forma equivocada, ya que el defecto es otro. Pierde su derecho porque su diligencia y cuidado lo obligaban a haber señalado de manera adecuada el defecto. En el mismo caso se encuentra un comprador en un país donde el equipo es prácticamente desconocido. No pierde su derecho porque resulta razonable que carezca de los conocimientos técnicos necesarios.
- 4 Un ejemplo dado por Unidroit es: A le da plazo de 48 horas a B para aceptar su oferta. B quiere aceptar casi al vencer el plazo, pero no puede comunicarse. A ha desconectado su fax y no tiene grabadora. A rechaza la aceptación “tardía”. A no respetó la buena fe, porque no se aseguró de dejar fax u otro medio para recibir oportunamente la aceptación.
- 5 Tal como lo son los Incoterms.
- 6 Unidroit, *op. cit.*, p. 86.
- 7 *Cfr.* Jorge Barrera Graf, *op. cit.*, p. 581.
- 8 *Ibidem*, p. 40.

- 9 Conforme a los Principios, el precio corriente es el generado por mercaderías entregadas o servicios prestados en circunstancias semejantes en el lugar donde el contrato debió haberse cumplido o, si no hubiere precio corriente en dicha plaza, el precio corriente en otro lugar que parezca razonable tomar como punto de referencia.

Crédito documentario (carta de crédito)

Propósitos

Al concluir este capítulo, el lector analizará y comprenderá el concepto, los elementos personales, reales de existencia y de validez, de los créditos documentarios, así como su importancia y reglamentación

El crédito documentario. Antecedentes

Para Hermann Scherer,¹ el comercio de la antigüedad contaba con rutas marítimas como la de Egipto, que pasaba más allá del Nilo y se dirigía a Etiopía y a la costa oriental de África, punto de cita de los navíos fenicios y árabes que tomaban los cargamentos para Arabia, Persia e India, lo que pone de manifiesto no solo la existencia de un incipiente comercio marítimo basado en la compraventa, sino también la necesidad de contar con comisionistas, socios o representantes en la plaza donde se habrían de vender o comprar las mercancías, o la exigencia de trasladarse personalmente para realizar las transacciones comerciales. Algunas figuras como la *commenda* permiten afirmar que en muchos casos las compraventas realizadas entre partes cuyos establecimientos se encontraban en plazas distintas solo eran posibles con la entrega de los bienes a una persona encargada de transportarlas y venderlas, recibiendo a cambio una participación en el precio, un porcentaje determinado, o bien una retribución fija.

Las compraventas que se realizaban en esa época se hacían bajo la condición de la feliz llegada del barco que transportaba las mercancías al puerto de destino,² por lo que los comerciantes idearon la compraventa contra documentos como un instrumento que habría de asegurarles tanto la venta de los bienes como el pago del precio entre partes cuyos establecimientos se encontraban en plazas distintas. Aunque esta figura mitigaba el problema, solo se satisfacía en parte, ya que no se

aseguraba el pago del precio; para ello fue necesaria la creación de la “carta” o “mandato de pago” en los siglos XII y XIII, documento similar a la letra de cambio usada en el Mediterráneo y el cual consistía en una orden de pago (y no una promesa) en la que intervenían el remitente, el librado o pagador y el tenedor, quien obtenía el documento del remitente. Más tarde, en el siglo XVII se utilizó la “carta de crédito”,³ que permitió a los comerciantes enviar a una persona a adquirir mercancías, previa entrega de una carta dirigida a otro comerciante, a quien suplicaban proveer de fondos al portador del documento para la adquisición de esas mercancías, con la indicación de remitirle los fondos o bien de restituirlos.

Las *Ordenanzas de Bilbao* de 1737, en España, admitían la circulación de dichas cartas (*cartas órdenes de crédito*), que solo podían ser liberadas a favor de una persona determinada (tomador) y nunca a la orden, y debían extenderse por una cantidad determinada o por una cifra máxima.

Boris Kozolchyk⁴ indica que a mediados del siglo XIX los comisionistas, agentes de cambio y casas de banca empezaron a utilizar una nueva forma de carta de crédito: el crédito documentario (*commercial letter of credit*), como medio de pago en las compraventas internacionales y como fórmula documentaria de financiación. Con dicho instrumento el comerciante podía librar sus títulos de crédito contra un comisionista, un banco o un agente de cambio de reconocida solvencia, en lugar de hacerlo contra el comprador; aquellos prometían aceptar o pagar el título de crédito del vendedor, adjuntando a su promesa la indicación de los documentos que el librador-vendedor, su representante o su banco debía enviar.

Se trataba de una promesa formal hecha por una persona de reconocida solvencia, como se ha dicho, de aceptar y pagar el título de crédito presentado por un beneficiario, siempre que este cumpliera las condiciones previstas entre el comprador y su representante librado. Para algunos autores, dicha carta comercial de crédito constituye una adaptación de la antigua carta de crédito de viajeros (*travelers letters of credit*) usada en la Edad Media, aunque con una función distinta, ya que esta se empleaba para acreditar a un cliente ante un banco corresponsal a fin de que obtuviera los fondos necesarios para sus gastos, y eventualmente el pago de sus adquisiciones; aquella, en cambio, estaba destinada a la financiación del comercio de importación.⁵

La práctica de pedir a otro que aceptara los títulos de crédito a cambio de alguna comisión o retribución al parecer atrajo a varios comerciantes, quienes abandonaron sus negocios anteriores para dedicarse de manera exclusiva a aceptar y pagar esos documentos, lo que más tarde dio origen a los bancos de aceptación que, como su nombre lo indica, aceptaban letras giradas contra ellos, mediante una carta por la cual autorizaban al vendedor a girar una o más letras a cargo del banco, prometiendo aceptarlas; esta promesa se consideraba una verdadera aceptación sin posibilidad de revocarla, si bien para obligar al banco era necesario que la propia carta se tratara de una promesa firme de aceptación que la hiciera irrevocable.

En 1872, la agencia del Canadian Bank of Commerce se estableció en Nueva York, y dos años más tarde la del Merchants Bank of Canada; ambos procuraban cartas de crédito para la exportación. En 1883, el Banco de Nueva York, mediante la Asociación Nacional de Banqueros, tomó la representación de esas agencias y negocios con los instrumentos aludidos, práctica que fue seguida por otros bancos de Estados Unidos.⁶ Después de la Primera Guerra Mundial, el desarrollo de la industria y del comercio y la consiguiente producción en serie trajeron la necesidad de buscar nuevos mercados y financiamiento por los propios bancos, que empezarían a competir con los de Londres, hasta ese momento únicos financiadores del comercio internacional. El uso de los créditos documentarios para financiar importaciones se hizo en moneda extranjera hasta 1915, cuando se usó el dólar para la exportación. Los comerciantes estadounidenses exigían el pago del precio contra la entrega de las mercancías, de sus documentos representativos, y no en el momento de la recepción de las mismas por el comprador, de ahí que los compradores también tuvieron la necesidad de recurrir a los bancos para financiar sus compras en el exterior, siendo todo ello posible debido a los créditos documentarios, cuyo uso permitió que en la década de 1920 el término *carta de crédito* recuperara vigencia, si bien en un sentido diverso de aquel con el cual se identificaba en los siglos XIII-XVIII y sin otro soporte jurídico que lo pactado por las partes.

Dichos créditos se convirtieron en los instrumentos jurídicos favorecedores de la importación y exportación de mercancías, pues permiten y aseguran la entrega de los bienes y el pago del precio de acuerdo con las condiciones previstas en el contrato; por ejemplo, un comerciante mexicano conviene en la compra de mil litros de aceite de oliva con un vendedor español, quien para asegurar la compraventa y su ejecución pide al comprador mexicano acudir a una institución

de crédito, como puede ser el Banco Nacional de Comercio Exterior, a fin de que solicite y obtenga la apertura de un crédito documentario a favor del exportador español, utilizable contra la presentación de los documentos que comprueben la facturación del aceite a favor del mexicano, su embarque hacia México y el aseguramiento de los mismos; el certificado de origen, de calidad, en fin, datos pactados por las partes en la compraventa. La institución de crédito pedirá a su corresponsal o sucursal en España que efectúe la apertura del crédito y le transmitirá las instrucciones necesarias para que se proceda a dar cumplimiento a la operación. El Banco en España puede proceder de dos maneras: avisa directamente al vendedor, beneficiario del crédito, para que se presente a cobrar el importe del precio o le sean aceptadas sus letras de cambio, previa satisfacción de documentos, o bien solicita a otro banco que avise de ello al vendedor y, en su caso, que le confirme el mismo.

Reglas y usos uniformes

Dada la práctica de los créditos documentarios, para uniformar los criterios de concertación y ejecución de los mismos, los banqueros de Nueva York convocaron a una conferencia para el 16 de diciembre de 1919, en la que participaron las más grandes e importantes instituciones económicas y financieras del país, quienes después de la Primera Guerra Mundial se habían visto favorecidas por la posición financiera de Estados Unidos de América. En dicho evento se trató de ampliar las facultades para el uso de los créditos documentarios y se establecieron distintas voces abreviadas utilizadas de manera frecuente en el comercio exterior, como las que hacían referencia a las compraventas en las que el vendedor tenía, además, la obligación de contratar un transporte, un seguro, o bien entregar las mercancías en determinado lugar (CIF, CF, LAB). Asimismo, se fijaron criterios respecto de los créditos de referencia para la importación y exportación, que más tarde fueron plasmados en las “Reglas sobre los créditos comerciales de exportación adoptados por la conferencia de banqueros”, y luego suscritos por 35 bancos de Nueva York y Boston y distribuidos a más de 30 mil instituciones corresponsables de todo el mundo.⁷ Dos años más tarde, en 1922, el Consejo Americano de Aceptaciones estableció una serie de formularios tipo para ser utilizados por los bancos en los créditos documentarios.

En 1923 se adoptaron los acuerdos correspondientes por los bancos alemanes adheridos a la Asociación de Bancos de Berlín. La Unión Sindical de Banqueros de París y de las Provincias aprobó en 1924 cláusulas y modalidades aplicables a dichos créditos.⁸ En 1925 se adoptó una medida semejante en Italia y se introdujeron reglamentos similares en Checoslovaquia, Suecia y los Países Bajos; en 1926 se presentó en Argentina un Proyecto de Reglas y Usos y Costumbres aplicables a Créditos revocables ante el Comité de Bancos de Buenos Aires. Por fin, y para mitigar la confusión creada por determinados países que promovían sus propias reglas nacionales sobre las prácticas con créditos documentarios, el VII Congreso de la Cámara de Comercio Internacional, celebrado en Viena del 29 de mayo al 3 de junio de 1933, aprobó el proyecto de Reglas y Usos Uniformes Relativos a los Créditos Documentarios (Reglas y Usos), las UCP 32. Dichas reglas fueron revisadas en 1952-1953 en Lisboa (publicación número 151), y a instancia de la propia cámara, adoptadas por muchas asociaciones bancarias de los países más importantes de los continentes europeo y americano (salvo países del Commonwealth británico y de Canadá).⁹

Más tarde, en noviembre de 1962 se reformaron tales reglas en México (UCP 222); el 14 de octubre de 1974 fueron modificadas y aprobado su texto por la Comisión de Técnica y Prácticas Bancarias de la Cámara (UCP 290), y adoptado por el Comité Ejecutivo el 3 de diciembre del mismo año; entró en vigor el 1 de octubre de 1975, seguida de la UCP 400 de 1983; enseguida, la revisión de 1993 (UCP 500), vigente desde el 1 de enero de 1994, hasta la última de que se tiene noticia, que es la UCP 600, vigente desde el 1 de julio de 2007, que introduce artículos con definiciones e interpretaciones que permiten comprender mejor la actividad de los bancos y el significado específico de términos y eventos.

En cuanto a la naturaleza de las Reglas y Usos de referencia, la mayoría de los tratadistas coinciden en no considerarlas una ley sobre créditos documentarios¹⁰ ni un tratado internacional. Desde su origen constituyen una convención entre las asociaciones de bancos nacionales y de bancos que se han adherido a ellas; para Matt Bresch¹¹ se trata de condiciones generales predisuestas a los bancos adherentes para las aperturas de crédito que hacen por cuenta de sus clientes. Gabriel Chapohnick¹² las califica de manifestaciones de la decisión de miembros de las asociaciones profesionales de bancos; como el vocablo sugiere, las Reglas y Usos contienen una serie de obligaciones, derechos y lineamientos

para los bancos emisores de créditos documentarios que han sido recogidos de la práctica bancaria, de suerte que su obligatoriedad no solo deriva del uso reiterado y constante de las mismas, sino también y sobre todo de su adhesión, en cuanto que esta las convierte en cláusulas obligatorias para las partes, en normas jurídicas cuyo valor reside en la voluntad de las partes para acatarlas. En México, expresamente se establece la sujeción del contrato a dichas Reglas y Usos.

El art. 1 de las UCP 600 establece que las mismas se aplican “a cualquier crédito documentario (‘crédito’) (incluyendo en la medida en que les sean aplicables las cartas de crédito contingente) cuando el texto del crédito indique expresamente que está sujeto a estas reglas. Obligan a todas las partes salvo en lo que el crédito modifique o excluya de forma expresa”.

Denominación del contrato

El crédito documentario ha sido denominado de diversas formas: crédito documentado o documentario, *acreditivo*, *pagamento mediante delegazione bancaria*, crédito bancario documentario, carta de crédito, crédito comercial, crédito documentado de reembolso,¹³ etc. Las Reglas y Usos Uniformes (RUU o UCP), tanto en su revisión de 1953 (Reglas de Lisboa) como en la de 1962 (Reglas de México), le denominan *carta de crédito*, con lo que evidentemente se induce a confundir este crédito con el documento que expide un comerciante a favor de una persona y contra otro comerciante o un banco para que estos pongan a disposición del beneficiario la cantidad de dinero indicada, o hasta un máximo de ella y dentro de un plazo señalado de manera expresa; documento que no es transferible y que tampoco obliga al banco o al comerciante destinatarios de la carta a proveer de fondos al beneficiario; documento que se encuentra regulado expresamente en la *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito* (LGTOC) en sus arts. 311 a 316, en un apartado distinto del que regula los créditos documentarios confirmados (arts. 317 a 210, LGTOC).

Al parecer, las Reglas y Usos utilizaron tal expresión en función de la práctica angloamericana, pero con la adopción de las Reglas y Usos Uniformes sobre Créditos Documentarios (Reglas de Viena) se adopta la correcta expresión de *crédito documentario*. Respecto de las partes, se le llama comprador, importador, tomador, ordenante, dador de la orden, a la persona que solicita y

contrata con el banco el crédito documentario; al banco que emite dicho crédito, emisor o acreditante; al que lo notifica, notificador; y al que lo confirma, confirmador; por último, al beneficiario del mismo se le conoce como *vendedor*, *beneficiario* o *exportador*. También se le denomina *crédito comercial*, *carta de crédito comercial* y *pago mediante delegación*.

En México la práctica de estas operaciones ha optado por denominarlo *carta de crédito*; las instituciones de crédito lo llaman *crédito comercial*, mientras que nuestra *Ley de Instituciones de Crédito* (LIC) lo identifica como *cartas de crédito* y lo asimila a las expresiones *crédito comercial* o *crédito documentario* (art. 71); la LGTOC (arts. 317 a 330) alude a una especie de ellos: el *crédito confirmado*, cuyas normas por disposición de la LIC no se aplican al crédito documentario, que queda sujeto a lo señalado en el art. 71 y, de manera supletoria, a los usos y prácticas que expresamente indiquen las partes en cada una de ellas.

Alberto Asquini¹⁴ critica el calificativo de *crédito* al contrato con el argumento de que el banco no abre ningún crédito al vendedor, ni presta ni se obliga a pagar en el caso del llamado *revocable*, y por lo que se refiere al irrevocable, presta, aunque para una obligación de pagar, no de crédito, y por tanto no se debe considerar crédito el mandato dado por el ordenante de pagar al banco.

Si bien es cierto que en el crédito revocable el banco no tiene ninguna obligación respecto del beneficiario del crédito, que es por lo general el vendedor, nuestra figura se adapta a las de crédito, y en nuestro derecho concretamente a la apertura de un crédito mediante la cual el acreditante (en nuestro caso, el banco) se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado (ordenante, comprador), o a contraer por cuenta de este una obligación (por ejemplo, la del pago de una letra), para que él mismo haga uso del crédito concedido en la forma y en los términos y condiciones convenidos (por ejemplo, que pague a su nombre el precio de la compra de la mercancía contra la entrega de los documentos que la representan), a cambio de recibir oportunamente las sumas de que dispuso, o de recibir el importe de la obligación que contrajo, y en ambos casos, el pago de los intereses, prestaciones, gastos y comisiones pactados; de suerte que sí existe un crédito concedido por parte del banco al comprador u ordenante del mismo, y no al beneficiario.

Concepto

Según las UCP 500, el crédito documentario es aquel en virtud del cual un banco (emisor), obrando a petición y de acuerdo con las instrucciones de un cliente (ordenante), se obliga a efectuar un pago a un tercero (beneficiario) o a su orden; o a pagar, aceptar o negociar las letras de cambio (“giros”) que libre el beneficiario; a autorizar que esos pagos sean efectuados o que tales giros sean pagados, aceptados o negociados por otro banco, contra entrega de los documentos exigidos, siempre que los términos y las condiciones del crédito sean cumplidos.¹⁵ Conforme a las UCP 600, se trata de todo acuerdo irrevocable por el cual el banco emisor se obliga, según las instrucciones del acreditado, a: i) pagar a la vista si el crédito es disponible para pago a la vista, ii) contraer un compromiso de pago diferido y pagar al vencimiento si el crédito es disponible para pago diferido, iii) aceptar una letra de cambio (“giro”) librada por el beneficiario y pagar al vencimiento si el crédito es disponible para aceptación (honrar una presentación conforme) contra la entrega de los documentos que le haga el presentador al amparo de un crédito documentario.

Crédito y crédito irrevocable significa, según las UCP 600, todo acuerdo, como quiera que se denomine o describa, que es irrevocable y por el que se constituye un compromiso firme, cierto del banco emisor para honrar una presentación conforme, que cumpla con los términos y condiciones del crédito.

Naturaleza jurídica del crédito documentario

Para Barrera Graf¹⁶ se trata de una apertura de crédito por la cual un banco acepta o paga la letra girada en su contra por el vendedor en virtud de un convenio celebrado directamente con el comprador o con el banco de este. Castello,¹⁷ en cambio, señala que el crédito no es una apertura de crédito, sino que está precedido de esta y consiste en el contrato por virtud del cual el banco se obliga en nombre propio y por cuenta de un comerciante a pagar en otra plaza a un tercero el valor de las mercancías contra la entrega de determinados documentos, y a la llegada de estos o de aquellos el comerciante se obligaba a su vez a pagar su importe más gastos, comisiones o intereses, cuya garantía se constituye con los propios bienes más las exigidas por el banco.

Para Luis Riva,¹⁸ mediante la emisión del crédito documentario el banco asume la obligación de pago que corresponde al comprador; es una asunción de deuda

por delegación imperfecta, ya que dicho comprador mantiene la obligación de pago. La obligación del banco queda sujeta a la exhibición de los documentos pactados, y señala que el crédito documentario, conforme a las UCP 600, es un compromiso documentario independiente del emisor al beneficiario. De acuerdo con las UCP 600, dichos créditos deben celebrarse por escrito, al igual que en México (art. 317, LGTOC), y aunque ninguno de ambos ordenamientos exige la firma del acreditante, ella constituye no solo un medio convencional para identificar la personalidad del banco y de su confirmante, sino también un instrumento para demostrar que efectivamente existió consentimiento para la emisión del crédito.

Nuestra LIC señala que la carta de crédito es el instrumento por virtud del cual una institución de crédito se obliga a pagar, a la vista o a plazo, a nombre propio o por cuenta de su cliente, directamente o por medio de un banco corresponsal, una suma de dinero determinada o determinable en favor del beneficiario, contra la presentación de los documentos respectivos, siempre y cuando se cumplan los términos y condiciones previstos en la propia carta de crédito.

Clasificación

Tomando en cuenta diversos criterios, los créditos documentarios pueden ser clasificados de la siguiente manera:

1. Según la obligación que el emisor de los créditos (banco) asume frente al beneficiario, los créditos documentarios se clasifican en revocables (no los reconocen las UCP 600) e irrevocables:

a) Revocables. Créditos que no engendran vínculo jurídico alguno entre el banco emitente del crédito y el beneficiario,¹⁹ por lo que actualmente las UCP 600 ya exigen que todos sean irrevocables. Conforme a las UCP 500, ante la falta de indicación de la clase de crédito se entendían revocables y, por tanto, susceptibles de ser anulados o cancelados en cualquier momento por el banco emisor, sin necesidad de notificación previa al beneficiario, aunque dicho banco quedara obligado a reembolsar a cualquier sucursal u otro banco al que se haya transmitido y hecho utilizable para pago, aceptación o negociación, por cualquier pago, aceptación o negociación realizado por dicha sucursal u otro banco. La

facilidad de su revocación, a decir de Kozolchyk,²⁰ quedó resuelta en 1921 por un tribunal inglés en el caso *Cape asbestus Co. vs. Lloyds Bank*, en el cual los demandantes reclamaban de este la entrega de la totalidad del crédito concertado a su favor, en vista de que el propio banco se negaba a pagarles la letra que ellos le habían presentado, con el argumento de que el crédito había sido revocado a solicitud del ordenante; a pesar de esta petición, el banco, por negligencia, omitió todo aviso al beneficiario. El juez resolvió que no había razón para la demanda, ya que el banco no estaba obligado legalmente a notificar tal cancelación al beneficiario, pese a que por cortesía solía hacerlo por ser un crédito revocable. Doce años más tarde (1933), las RUU acogieron este criterio y eximieron al banco de la obligación de notificar al beneficiario la modificación o cancelación del crédito, circunstancia que motivó su poca confiabilidad, por lo cual la nueva versión, la UCP 600, elimina dichos créditos y señala que todos son irrevocables, lo que da mayor certeza y confianza al beneficiario del crédito.

b) *Irrevocables*. El crédito irrevocable constituye un compromiso en firme del banco emisor y, por tanto, no se puede revocar sin el consentimiento de los interesados (banco, beneficiario y ordenante), frente al beneficiario (y a los tenedores de buena fe de la letra de cambio), de honrar una presentación conforme; es decir, cumplir las cláusulas de pago, de aceptación o negociación previstas en el crédito, a condición de que los documentos o eventualmente los documentos y las letras presentadas estén en conformidad con los datos y las condiciones del crédito. Por lo anterior, cuando se presenten los documentos estipulados y se respeten los términos y las condiciones del crédito, el banco debe: i) pagar a la vista si el crédito es disponible para pago a la vista, ii) contraer un compromiso de pago diferido y pagar al vencimiento si el crédito es disponible para pago diferido, iii) aceptar una letra de cambio (“giro”) librada por el beneficiario y iv) pagar al vencimiento si el crédito es disponible para aceptación.

Un crédito no debe ser emitido con referencia a letras giradas sobre el ordenante, y si no obstante se dispone tal cosa, los bancos considerarán esas letras como documentos adicionales. Puede ser notificado al beneficiario por medio de otro banco (notificador), sin compromiso para

este, aunque debe tener razonable cuidado en verificar la aparente autenticidad del crédito. Si no asume tal compromiso, debe informarlo al banco emisor sin demora.

Para Barrera Graf²¹ se trata de una forma activa de calificar la renuncia que hace el acreditado de la facultad de cancelar un crédito. Dicho crédito constituye una verdadera garantía en favor del beneficiario, ya que tiene la seguridad de que la obligación de pago será cumplida y que sus condiciones son absolutamente invariables e irrevocables a menos que medie su consentimiento, eliminando la posibilidad de que el ordenante del crédito se niegue a recibir los documentos representativos de las mercancías o los pactados y previstos en el crédito mismo al exigirle al banco su pago o aceptación.

Este crédito puede ser notificado al beneficiario en forma directa por el banco que lo emite, o bien por medio de un segundo banco (avisador notificador), sin compromiso para este, cuando simplemente se le ha encargado la notificación al beneficiario, sin su responsabilidad, si bien dicho avisador se responsabiliza de la autenticidad del documento, ya que deberá comprobar la exactitud de las firmas que lo suscriben y tener los cuidados que el caso merezca.

2. De acuerdo con la forma de comunicar el crédito al beneficiario, los créditos se clasifican en *a) confirmados*, *b) specially advised* y *c) circular credits*.

a) Confirmados. La confirmación de un crédito irrevocable por otro banco (con autorización o requerimiento del banco emisor) constituye para el banco confirmante un compromiso en firme que se suma al del banco emisor, de pagar a la vista o en las fechas establecidas, o de aceptar letras de cambio o negociarlas, siempre que los documentos estipulados sean presentados a dicho banco o al banco designado y se respeten los términos y las condiciones del crédito documentario en condiciones análogas a las de los créditos documentarios revocables.

Si un banco recibe autorización o petición del banco emisor para agregar su confirmación a un crédito, pero no está dispuesto a hacerlo, debe informar sin demora al banco emisor. A menos que este especifique lo

contrario, el banco notificador notificará el crédito al beneficiario sin añadir su confirmación.

El banco confirmador puede extender la confirmación a una modificación y estará irrevocablemente comprometido desde la fecha de la notificación. Sin embargo, el banco confirmante puede notificar una modificación al beneficiario sin extenderle la confirmación, en cuyo caso informará al banco emisor y al beneficiario, sin demora. Los términos del crédito original (o con modificaciones ya aceptadas) se mantendrán en vigencia para el beneficiario hasta que este comunique la aceptación de las enmiendas al banco que las notificó. La aceptación parcial de enmiendas contenidas en el mismo aviso de modificación no se admite y, consecuentemente, no tendrá ningún efecto.

El crédito confirmado es el único documentario regulado por nuestra LGTOC; sin embargo, la LIC previene que en los créditos documentarios no se aplica la LGTOC. Se caracteriza porque en él intervienen por lo menos dos bancos: el primero, que es el emisor del crédito y solicita al segundo que confirme el crédito, y este, que se ocupa de confirmarlo con la consecuencia de que además del compromiso en firme del banco emisor, contrae otro compromiso, el de confirmación del que avisa y confirma el crédito bajo su propia responsabilidad (compromiso en firme adicional a aquel del banco emisor). En este supuesto, cuando el emisor del crédito pide al confirmante su garantía (llamada *confirmación*) al crédito, este no puede ser revocado por ninguno de los bancos sin que exista consentimiento del beneficiario.

Anteriormente, las UCP establecían que si el banco confirmante era un corresponsal del emisor y había sido encargado en forma telegráfica al avisar un crédito documentario de esta naturaleza, el emisor debía enviar el escrito original del crédito mismo (destinado a la circulación); de lo contrario, el emisor era responsable de las consecuencias que de ello pudieran derivarse (art. 5º). Después, en las UCP 500, se estableció que cuando se tratara de confirmación postal, por cable, telegrama o télex que permitiera la utilización del crédito, el cable, telegrama o télex debería indicar tal confirmación postal, supuesto en el cual el banco emisor debería facilitar al beneficiario el instrumento que permitiera la

utilización del crédito (confirmación postal) y cualquier modificación posterior por medio del banco avisador. Las UCP 500 añadieron que el banco emisor sería responsable de todas las consecuencias que se derivaran de la no observancia del procedimiento señalado, y que si no añadía en el cable o télex “siguen detalles”, se estimaba que la confirmación era el instrumento que permitiría utilizar el crédito.

El banco confirmador queda irrevocablemente obligado a honrar o negociar la presentación, desde el momento en que añade su confirmación al crédito, según lo siguiente: i) siempre que los documentos requeridos se presenten al banco confirmador o a cualquier otro banco designado y constituyan una presentación conforme, el banco confirmador debe honrar si el crédito es disponible para pago a la vista, pago diferido o aceptación con el banco confirmador; pago a la vista con otro banco designado y dicho banco designado no paga; pago diferido con otro banco designado y dicho banco designado no contrae un compromiso de pago diferido o, habiendo contraído un compromiso de pago diferido, no paga al vencimiento; aceptación con otro banco designado y este no acepta el giro librado a su cargo o, habiendo aceptado un giro librado a su cargo, no paga al vencimiento; negociación con otro banco designado y este no negocia; y negociar, sin recurso, si el crédito es disponible para su negociación con dicho banco confirmador; y ii) reembolsar a otro banco designado que ha honrado o negociado una presentación conforme y que ha remitido los documentos al banco confirmador, con independencia del compromiso del banco confirmador frente al beneficiario.

b) *Specially advised*. Crédito documentario cuya característica estriba en que el beneficiario es avisado especialmente por el corresponsal del emisor.

c) *Circular credits*. Crédito documentario en el que solo interviene un banco, el emitente del crédito, quien avisa directamente del mismo al beneficiario.

3. Según que el crédito sea o no transferible, los créditos pueden ser: a) transferibles o b) no transferibles.

a) *Transferibles*. Créditos documentarios que indican de forma expresa que son “transferibles”. A petición del beneficiario (“primer beneficiario”), un crédito transferible puede ser puesto total o parcialmente a disposición de otro beneficiario (“segundo beneficiario”); es decir, son créditos que permiten sustituir al beneficiario por otra persona en el cumplimiento de la obligación subyacente. Nuestra LGTOC (art. 318) establece que, salvo prohibición expresa, el beneficiario puede transferirlo, pero queda sujeto a todas las obligaciones que en el escrito de confirmación se hayan estipulado a su cargo. Dicha ley no señala si tal transferencia puede ser indefinida ni si se puede ceder parte del crédito o necesariamente todo. A diferencia de lo que ocurre en las UCP 600, la LGTOC establece como principio general lo que para las Reglas UCP 500 constituyó una excepción, ya que de acuerdo con nuestro ordenamiento, si las partes no establecen la prohibición de transferir el crédito, el beneficiario está facultado para ello, y de acuerdo con las UCP 500, para que fuera transferible se requería autorización expresa del banco emisor, siempre que estuviera destinado de manera expresa como transferible, caso en el cual solo se podría transferir por una sola vez, de suerte que el nuevo beneficiario no estaba autorizado para hacer nuevas transferencias.²² Las UCP 600 prevén que el primer beneficiario tiene derecho a sustituir por la suya la factura del segundo beneficiario, y cualquier efecto, si lo hay, por un importe que no exceda el estipulado en el crédito; y si realiza tal sustitución, el primer beneficiario puede reclamar al amparo del crédito la diferencia, si la hay, entre su factura y la factura del segundo beneficiario.

b) *No transferibles*. Como su nombre lo indica, se trata de créditos que no pueden ser transferidos, es decir, en los cuales el beneficiario no puede ser sustituido por otra persona.

4. De acuerdo con ciertas características, los créditos documentarios pueden ser: a) de prestación única; b) de prestación múltiple (revolvente); c) divisible; d) indivisible; e) de caja (letra a la vista) o a la vista, pagaderos a la presentación del giro correspondiente y los documentos de embarque, siempre que satisfagan los requisitos pactados en el crédito; f) de aceptación o a plazos, o con pago diferido,²³ que se caracterizan porque el beneficiario presenta los documentos y, en lugar de recibir el pago, recibe giros o letras

aceptadas por el banco emisor, su corresponsal, que pueden ser descontados por el beneficiario en su banco; g) *red clause*; h) *green clause*; i) financiados, en donde el banco paga al beneficiario en uso de líneas de crédito concedidas con anterioridad al ordenante del crédito; j) subsidiarios.

A continuación nos referimos únicamente al crédito subsidiario, tanto por razones de espacio como porque a diferencia de los demás créditos, en cuyas denominaciones se advierte su peculiaridad, el crédito subsidiario requiere explicación y es muy utilizado en la práctica.

Créditos subsidiarios

También denominados *secundarios* o *back to back*, los créditos documentarios subsidiarios permiten al beneficiario utilizar el crédito original como garantía para la apertura de un segundo crédito documentario en el que figure un nuevo beneficiario, el cual por lo general es el suministrador de las mercancías o de los insumos para producir las que se ha obligado a exportar el primer beneficiario. No se trata de un crédito transferible propiamente dicho, ya que el segundo beneficiario lo es en virtud de la garantía del primer crédito; tampoco estamos ante un crédito propiamente transferible, pues las UCP limitan el término *transferencia* para considerar de esta naturaleza al crédito, descartando la posibilidad de utilizar otros términos semejantes; sin embargo, en el vocablo *transferible* se podrían englobar los créditos subsidiarios, aunque desde luego ello implicaría la prohibición de solicitar otro crédito con base en el primero (*back to back*) si no se cuenta con la autorización expresa (indicación de que es transferible) del emisor u ordenante.

En la práctica, el crédito subsidiario se combina con la cesión del producto económico (de la cantidad de dinero) de la operación amparada por el crédito documentario, de la relación subyacente (por ejemplo, el precio de la compraventa). Como antecedente aparece el caso presentado por Kozolchyk²⁴ *United States vs. Belanovsky* en la década de 1950, en el que el señor Belanovsky (vendedor), comerciante argentino radicado en Nueva York, tenía a su favor un crédito documentario irrevocable concertado por un organismo oficial de Argentina (comprador). Dicho comerciante cedía a su proveedor la cuantía equivalente al precio de costo de las mercancías, y a partir de ese momento el proveedor podía girar una letra contra el Banco de Nueva York por

el total del valor de su factura, acompañada de una factura comercial a nombre de Belanovsky y de un certificado de inspección de calidad y un recibo de depósito de un almacén o sobre mueble intransferible, expedido a nombre del banco mismo y por cuenta del organismo oficial argentino. Una vez que el proveedor acompañaba tanto la factura comercial a nombre del organismo oficial y un compromiso escrito de realizar la expedición de mercancías dentro de un plazo determinado, como una póliza de seguro, recibía el remanente de su crédito.

A partir de ahí se da entrada a otra forma de concertar un crédito documentario, que a su vez permitirá la expedición de un segundo crédito a favor de otro beneficiario. Son precisamente estos créditos los que la práctica mexicana ha adecuado a sus necesidades para servirse de ellos como medio de financiamiento, de modo fundamental a los exportadores indirectos, como se verá a continuación.

El crédito documentario es un instrumento jurídico que permite disponer del precio y de las mercancías objeto de una compraventa sin necesidad de que estas sean recibidas materialmente por el comprador, cuyo establecimiento se encuentra en una plaza distinta de la del vendedor; este, como exportador, financia sus operaciones mediante descuento o transferencia de sus créditos amparados con títulos de crédito, a la vez que el comprador obtiene financiamiento de un banco, que le evita el desembolso inmediato de dinero y le ofrece la seguridad de que el vendedor en efecto embarcó los bienes a su nombre y al lugar pactado en el contrato de compraventa. A los bancos financiadores del comercio exterior les permite considerar que los créditos concertados con el comprador, ordenador del crédito, están garantizados con las propias mercancías que ellos han pagado, ya que conservan los documentos representativos de ellas.

Dicho crédito puede ser usado no solo en la compraventa, si bien por excelencia es al amparo de esta como se celebra, pero también puede concertarse para el cumplimiento de otras obligaciones de diversa índole, como sería el pago de servicios de abogados con un crédito documentario irrevocable pagadero a la presentación de la sentencia judicial emitida sobre el asunto de cuya defensa fue encargado el abogado; el trabajo de ingenieros, previa presentación de un certificado de inspección que acredite la satisfacción de los requisitos o las características de construcción convenidas; en garantía del cumplimiento de una obligación como la de prestar alimentos, o como en la práctica se estila, para el

cumplimiento de obligaciones derivadas de contratos de explotación petrolera.²⁵

No obstante la gama de posibilidades de uso del crédito documentario, ha sido utilizado de manera más frecuente como medio para cumplir las obligaciones derivadas de una compraventa internacional y para la financiación de esta. En efecto, desde finales de 1960 Estados Unidos experimentó una disminución en sus exportaciones al resto de América debido a las condiciones de crédito ofrecidas por sus exportadoras a los importadores americanos, quienes se veían obligados a buscar mejores opciones. Por ello, en 1961 el gobierno de aquel país se vio forzado a introducir un programa de exportaciones aseguradas en colaboración con una asociación integrada por las principales sociedades de seguros. El Eximbank fue autorizado para garantizar operaciones de exportación de mediano plazo (de seis meses a cinco años) en las que el comprador extranjero anticipara de 10 a 20% del total del precio de la compraventa. El remanente lo pagaría en plazos iguales y en dólares estadounidenses y en un banco de ese país; asimismo, se requirió que el exportador asumiera el riesgo del cobro de por lo menos 15% de la parte financiada y que el banco considerara al comprador como digno de crédito y, por tanto, asumiera el riesgo de parte de esa suma financiada.

En ese proceso de fomento a las exportaciones tuvo mucho que ver el crédito documentario, puesto que, como se ha dicho, facilita la importación tanto de productos manufacturados como de materias primas, de suerte que diversos países se han visto obligados a realizar entre sí políticas sociales o económicas que satisfagan las exigencias del tráfico internacional por convenir así a sus intereses y han creado diversos programas de impulso a la exportación cuyo instrumento jurídico principal ha sido dicho crédito.

En efecto, los diversos gobiernos de los Estados se vieron forzados a desarrollar formas de apoyo financiero, tanto con fondos públicos y privados como con operaciones de redescuento y tasas de interés subsidiarias, para integrar los términos de los créditos y aumentar la competitividad de sus exportadores. Por ello trataron de elaborar sistemas de promoción y apoyo financiero para impulsar las ventas al exterior, sobre todo de productos terminados y semiterminados, ello fundamentalmente por medio de créditos con mejores condiciones que los comerciales y de seguros contra riesgos políticos, comerciales y cambiarios. Dentro de esos sistemas de promoción, los países han estimulado la exportación por medio de créditos, tanto en forma directa a los compradores extranjeros

como a los proveedores nacionales o exportadores, quienes a su vez financian al comprador.²⁶

En las últimas décadas se han hecho esfuerzos por unificar reglas y condiciones en torno a los créditos y seguros a la exportación, entre ellos el de la Unión de Berna, organización fundada en 1934 e integrada por más de 35 instituciones de crédito a la exportación y aseguradores, unión de la que el Fondo para el Fomento de las Exportaciones de Productos Manufacturados (Fomex) es miembro y entre cuyos objetivos destaca lograr la aceptación internacional de los seguros o créditos y el establecimiento y mantenimiento de una disciplina en los términos de los créditos en el comercio internacional.

En México también se han establecido diversos programas y acciones de fomento tanto a la importación como a la exportación, entre ellos los instrumentos para el pago de importaciones comprendidas en el mercado controlado de divisas, que fueron expedidas desde agosto de 1985 y en las que es posible pagar importaciones mediante créditos documentarios. En otras palabras, si uno de los importadores mexicanos deseaba verse favorecido por el mercado controlado de divisas para el pago de sus compromisos en el exterior, podía hacerlo mediante la emisión de un crédito documentario cuyo beneficiario fuera su vendedor extranjero. Hoy el control de cambios ha desaparecido, pero el uso del crédito documentario como instrumento de pago subsiste por las ventajas que ofrece a las partes al lado de las transferencias electrónicas, los seguros internacionales, las órdenes de pago y las *open account*, cuentas abiertas muy complicadas que prácticamente no se usan.

Por lo que se refiere a los apoyos a la exportación, abarcan de manera fundamental mecanismos para los exportadores directos o los finales de manufacturas. Entre ellos destacan los programas de financiamiento para la realización de estudios de mercado y campañas publicitarias destinadas a la promoción de productos y servicios mexicanos en el extranjero, los de financiamiento a la preexportación y exportación, o los de garantías de seguros de créditos a la exportación. El Banco Mexicano de Comercio Exterior (Bancomext), banca de desarrollo entre cuyos objetivos está impulsar y apoyar el desarrollo de las exportaciones del país, ha estimulado la exportación (directa) y la preexportación (exportación indirecta), sobre todo de los productos agropecuarios, minerales y en general de las industrias químicas, alimentaria y textil, mediante financiamiento a los exportadores directos. En este sentido, se

elaboró un programa para impulsar el comercio exterior mediante el financiamiento a los exportadores indirectos, programa en el cual los créditos documentarios tienen un papel determinante para otorgar este financiamiento. Dicho programa se denomina *Programa de Apoyo Financiero a Exportadores Indirectos* (PAFEI).

Para que los exportadores mexicanos satisfagan sus demandas en el extranjero requieren insumos, partes o productos terminados que otros productores elaboran y extraen. Por ello el PAFEI tiene como objetivo no solo coadyuvar para que el sector exportador alcance un nivel internacional de competitividad, sino también promover el desarrollo integral del propio sector, a exportadores tanto directos como indirectos.

Para el logro de dichos objetivos los bancos deben otorgar financiamiento oportuno, suficiente y barato (a costo competitivo), y en moneda nacional o extranjera (PROFIDE), a los proveedores de los empresarios exportadores, que les permita reducir sus costos financieros y operativos para alcanzar la competitividad en el precio de venta requerido a fin de participar en la cadena productiva de exportación. Dicho programa ha permitido brindar financiamiento a los productores, potenciales exportadores indirectos, que por carecer de recursos no participan en la cadena de exportación. Para ello requieren operar los pedidos de bienes que se incorporarán a un producto u objeto de exportación, recibidos de los exportadores finales, mediante la denominada *carta de crédito doméstica* (CCD), con la cual pueden obtener financiamiento de preexportación ante cualquier banco; podrán descontar el documento con Bancomext/Fomex, de acuerdo con los procedimientos seguidos en los créditos para la preexportación a los exportadores finales.

La carta de crédito doméstica

En México, esta carta es un crédito documentario irrevocable que permite asegurar que los insumos, partes o productos que ministran los preexportadores a los exportadores finales serán efectivamente incorporados a los destinados a exportación. El procedimiento para la emisión de un crédito de esta naturaleza está basado en los principios del crédito documentario subsidiario o *back to back*, por el cual el importador extranjero solicita a su banco un crédito documentario irrevocable a favor del exportador mexicano, a quien se le notifica

del mismo (una vez que le ha asignado un número de control)²⁷ y con base en este solicita un crédito (otro) documentario irrevocable doméstico, para que su banco emita una o más “cartas de crédito doméstico” (CCD) en favor de su(s) proveedor(es), exportadores indirectos, cuyos nombres le da a conocer con el porcentaje de participación de cada uno de ellos en el costo directo de fabricación del bien que habrá de exportarse y para que les notifique de dicho crédito.

Cuando el proveedor (exportador indirecto) entrega la mercancía, remite los documentos exigidos en la CCD al banco para su negociación o pago, y si cumple con tales requisitos, este procede a su pago,²⁸ carga a la cuenta del cliente-exportador final dicho importe y posteriormente le entrega los documentos. El exportador indirecto beneficiario de la CCD puede solicitar dicho crédito a la producción con cargo al Programa de Apoyo Financiero a Exportadores Indirectos, en moneda nacional y hasta por 85% de la cantidad consignada en la propia CCD por el plazo que requiera para fabricar, producir o extraer los productos que ampara el documento.

Requisitos de los créditos documentarios

De conformidad con las UCPM 600, los créditos documentarios deben indicar lo siguiente:

1. El banco con el que es disponible el crédito o si es disponible en cualquier banco. Un crédito disponible en un banco designado es también disponible en el banco emisor. Se debe designar al banco autorizado para pagar, aceptar letras o negociar, salvo que el crédito estipule que es disponible solamente con el banco emisor. A tal efecto:
 - a) Si se trata de un crédito libremente negociable, cualquier banco es un banco designado. La negociación significa la entrega del valor de las letras y los documentos por parte del banco autorizado para negociar; el simple examen de los documentos no constituye una negociación.
 - b) La designación por el banco emisor no constituye ningún compromiso para el designado para pagar, aceptar o negociar, a menos que el banco designado sea el confirmante.

- c) Excepto cuando fue acordado de manera expresa por el banco designado y así le fue comunicado al beneficiario, el recibo de los documentos y su examen por el banco no implica que esté comprometido a pagar, tomar un pago diferido, aceptar letras o negociar.
- d) En caso de que se designe otro banco (“autorizado para”), se debe señalar si es autorizado para negociar o para confirmar el crédito, en cuyo caso el banco emisor autoriza a dicho banco a pagar, aceptar letras o negociar, según sea el caso, contra la presentación de documentos que aparenten estar conformes con los términos y las condiciones del crédito, y se compromete a reembolsar a dicho banco de acuerdo con las disposiciones de estos artículos.
- e) Cuando el banco emisor autoriza a otro banco a pagar, aceptar letras o negociar contra documentos que aparentemente corresponden a los términos y las condiciones del crédito, el banco emisor y el confirmante, si lo hay, están comprometidos a reembolsar al banco designado que pagó, aceptó o negoció, y a tomar los documentos.
- f) Si el crédito es disponible para pago a la vista, pago diferido, aceptación o negociación. El crédito no debe emitirse disponible contra un giro librado a cargo del ordenante.
- g) La fecha de vencimiento para la presentación. La fecha de vencimiento indicada para honrar o negociar es considerada como fecha de vencimiento para la presentación. El crédito debe presentarse antes o en el vencimiento.
- h) La ubicación del banco en el que el crédito es disponible es el lugar de presentación. El lugar de presentación en un crédito disponible en cualquier banco es el de cualquier banco. Un lugar de presentación distinto al del banco emisor es adicional al del banco emisor.
- i) Forma de pago. Deben indicar en forma clara si son disponibles para el pago a la vista o pago diferido, aceptación o negociación.
- j) Carácter del crédito. Debe indicarse si los créditos son revocables o irrevocables.
- k) Los créditos documentarios deben emitirse cuando se den instrucciones

claras y precisas.

Documento operativo y notificación

El instrumento operativo del crédito es la teletransmisión autenticada de dicho crédito o de una modificación por la cual el banco emisor da instrucciones a otro banco para notificar o modificar un crédito. Si la comunicación especifica que “siguen detalles completos” o expresiones similares, o indica que la confirmación por correo es el instrumento operativo del crédito o la modificación, entonces la teletransmisión no se considerará el instrumento operativo del crédito o la modificación. Si un banco utiliza los servicios de un banco notificador para notificar al beneficiario del crédito, también deberá utilizar sus servicios para notificar cualquier modificación.

Un preaviso de la emisión o modificación de un crédito irrevocable solo será dado por un banco emisor si está en condiciones de emitir el instrumento operativo del crédito o de la modificación. A menos que en tal preaviso se disponga otra cosa, el banco emisor que lo ha enviado está irrevocablemente comprometido a emitir o modificar el crédito, sin demora, en términos consistentes con el preaviso. Cuando un banco recibe instrucciones incompletas o imprecisas para emitir, confirmar o modificar un crédito, puede dar al beneficiario un aviso preliminar a título informativo y sin responsabilidad alguna. Esto último deberá quedar aclarado en la notificación. En todo caso, el banco notificador debe informar al emisor de lo hecho y requerir la información necesaria, la que debe serle suministrada sin demora. El crédito será emitido, confirmado o modificado solamente cuando se hayan recibido instrucciones claras y completas.

La notificación del crédito se lleva a cabo por el banco avisador o notificador, que es quien recibe la petición de notificar un crédito o una modificación y acepta llevarla a cabo; en caso de que decida no hacerlo debe informar de ello, sin demora, al banco del cual recibió el crédito, la modificación o la notificación. El banco avisador: *a)* debe notificar al beneficiario el crédito y cualquier modificación sin obligación de honrar la presentación, excepto que además sea confirmador; *b)* debe determinar, a su satisfacción, la autenticidad aparente del crédito o de la modificación del mismo; al notificar el crédito o la modificación, el banco avisador está indicando que ha establecido, a su satisfacción, la

aparente autenticidad del crédito o de la modificación, y que la notificación refleje fielmente los términos y condiciones del crédito o de la modificación recibida. En caso de que no haya establecido dicha autenticidad, debe informar de ello, sin demora, al banco del que aparentemente recibió las instrucciones; y c) debe notificar al beneficiario, mediante los servicios de otro banco (“segundo banco avisador”), el crédito y cualquier modificación.

Elementos personales

Las partes en el crédito documentario son dos: el ordenante u ordenador del crédito (por ejemplo, acreditado o comprador) y el banco emisor del crédito o acreditante (dador), quien mediante la apertura del crédito documentario se obliga a pagar una suma de dinero a la persona que indique el acreditado, y en nombre de este, o a pagar, aceptar o negociar los títulos de crédito que el tercero le presente contra la entrega de los documentos representativos de las mercaderías o los establecidos en el crédito documentario.

El primero es quien solicita y contrata con la institución de crédito la apertura de crédito documentario a favor de un tercero (beneficiario, generalmente vendedor), cuya relación jurídica con dicho banco deriva de la obligación unilateral y abstracta del propio banco emisor del crédito; es decir, el ordenante es la parte a petición de la que se emite un crédito. El banco emisor es la institución de crédito que emite un crédito a petición de un ordenante por cuenta propia. Asimismo, pueden existir otros elementos personales que no son partes pero que hacen posible la ejecución del crédito documentario: a) *banco confirmador*: el que añade su confirmación a un crédito con la autorización o a petición del banco emisor; b) *banco avisador*: el que notifica el crédito a petición del banco emisor; c) *banco designado*: es el banco en el que el crédito es disponible, o cualquier banco, en el caso de que un crédito sea disponible con cualquier banco; y d) las sucursales de banco en países diferentes se considerarán bancos distintos.

Obligaciones y responsabilidades de las partes

Conforme a las UCP 600, el ordenante asume las obligaciones y responsabilidades emergentes de las leyes y costumbres vigentes en los países extranjeros y debe

indemnizar a los bancos por las consecuencias que de ellas pudieran resultar. El beneficiario queda obligado (tiene la carga) a la presentación conforme para recibir el pago, aceptación o negociación, de acuerdo con lo siguiente:

Presentación conforme. La presentación significa tanto la entrega al banco emisor o al banco designado de documentos al amparo de un crédito documentario, como los propios documentos entregados, la cual queda sujeta, entre otros, a lo siguiente:

- a) Una presentación que incluya uno o más documentos de transporte originales debe efectuarse por cuenta del beneficiario a lo sumo 21 días naturales después de la fecha de embarque, pero en ningún caso con posterioridad a la fecha de vencimiento del crédito.
- b) No es necesario que se presenten documentos auténticos, con tal de que no sean contradictorios sus datos, a la luz del crédito, del documento y de la práctica bancaria internacional estándar.
- c) Descripción general de documento distinta de factura, pero no contradictoria con su descripción en el crédito.
- d) Si un crédito exige la presentación de un documento distinto del documento de transporte, del documento de seguro o de la factura comercial, sin estipular quién debe emitir dicho documento o los datos que debe contener, los bancos aceptarán el documento tal como les sea presentado, siempre que su contenido parezca cumplir la función del documento exigido y en lo demás sea conforme con el art. 14.d de las UCP 600.
- e) Si un crédito contiene una condición, sin estipular el documento que debe evidenciar el cumplimiento de la condición, los bancos considerarán tal condición como no establecida y no la tendrán en cuenta.
- f) Un documento puede estar fechado con anterioridad a la fecha de emisión del crédito, pero no puede estar fechado con posterioridad a la fecha de su presentación.
- g) No es necesario que las direcciones del beneficiario y del ordenante que aparezcan en cualquier documento requerido sean las mismas que las indicadas en el crédito o en cualquier otro documento requerido, aunque deben estar en el mismo país que las correspondientes direcciones indicadas

en el crédito. No se toman en cuenta los datos de contacto (telefax, teléfono, correo electrónico y similares) indicados como parte de la dirección del beneficiario o del ordenante.

- h) No es necesario que el embarcador o el consignador de las mercancías indicado en cualquiera de los documentos sea el beneficiario del crédito.
- i) Cualquier documento presentado pero no solicitado en el crédito no será tenido en cuenta y podrá ser devuelto al presentador.

Una presentación conforme es la que se hace en los términos y condiciones pactados por las partes y establecidos en las UCP 600.

Obligaciones del banco emisor

- a) *Honrar una presentación conforme.* El banco emisor está irrevocablemente obligado a honrar el crédito desde el momento en que lo emite. Siempre que los documentos requeridos se presenten al banco designado o al banco emisor y constituyan una presentación conforme, el banco emisor debe honrar si el crédito es disponible para: i) pago a la vista, pago diferido o aceptación con el banco emisor; ii) pago a la vista con un banco designado y este no paga; iii) pago diferido con un banco designado y este no contrae un compromiso de pago diferido o, habiendo contraído un compromiso de pago diferido, no paga al vencimiento; iv) aceptación con un banco designado y este no acepta el giro librado a su cargo o, habiendo aceptado un giro librado a su cargo, no paga al vencimiento; y v) negociación con un banco designado y este no negocia.

Las UCP 600 señalan que: i) cuando un banco emisor determina que una presentación es conforme, debe honrar; ii) cuando un banco confirmador determina que una presentación es conforme, debe honrar o negociar y remitir los documentos al banco emisor; y iii) cuando un banco designado determina que una presentación es conforme y honra o negocia, debe remitir los documentos al banco confirmador o al banco emisor.

- b) Examinar cualquier presentación para determinar, basándose únicamente en los documentos, si en apariencia dichos documentos constituyen o no una presentación conforme (art. 14, UCP 600). Esta obligación es también a

cargo del banco designado que actúe conforme a su designación, el banco confirmador, si lo hubiere.

- c) Realizar un examen razonable y cuidadoso de todos los documentos estipulados en el crédito, dentro de un plazo máximo de cinco días bancarios contados a partir del día siguiente al de la presentación para determinar si dicha presentación es conforme, dicho plazo no se afecta ni se reduce por el hecho de que en, o después de la fecha de presentación, tenga lugar cualquier fecha de vencimiento, o último día de presentación, para comprobar que aparentemente corresponden a los términos y condiciones del crédito, entendido esto último sobre la base de las prácticas bancarias internacionales según se reflejan en estas reglas. Esta obligación es también a cargo del banco designado que actúe conforme a su designación, el banco confirmador, si lo hubiere. Los documentos que en apariencia no concuerden entre sí serán considerados aparentemente en desacuerdo con los términos y condiciones del crédito. Los documentos no estipulados en el crédito no serán examinados por los bancos. Si los reciben, los devolverán a quien se los presentó o los pasarán sin ninguna responsabilidad.

Si el crédito contiene condiciones, sin indicar los documentos que deben presentarse conforme a las mismas, los bancos las considerarán no indicadas y las omitirán.

- d) Rehusar aceptar documentos que, al recibirlos, el banco emisor o confirmante o el banco designado, determine, sobre la base de los documentos, que aparentemente no están en consonancia con los términos y condiciones del crédito. Ante tales discrepancias, el banco emisor puede salvarlas según su criterio ante el banco ordenante.
- e) Avisar del rechazo. Si el banco emisor o confirmante o un banco designado decide rechazar los documentos, debe dar aviso por telecomunicación o, de no ser posible, por otro medio expeditivo, sin demora y no más allá del quinto día bancario siguiente al de presentación de los documentos. El aviso debe darse al banco del que se recibieron los documentos o al beneficiario, si se recibieron de él directamente. Dicho aviso debe señalar: que el banco rechaza honrar o negociar el crédito, todas las discrepancias por las cuales rechaza los documentos; que el banco emisor conservará los documentos hasta que reciba del ordenante una renuncia a las discrepancias y acuerde

aceptarla, o reciba instrucciones del presentador con anterioridad a su acuerdo a aceptar la renuncia; o que el banco devuelve los documentos; o que el banco actúa conforme a instrucciones previas recibidas del presentador. Tal notificación o aviso debe darse por telecomunicación o, si no es posible, por cualquier otro método rápido, a más tardar al cierre del quinto día hábil bancario posterior a la fecha de presentación.

Si el banco remitente advierte al emisor acerca de discrepancias en los documentos o le informa que efectuó el pago, contrajo un compromiso de pago diferido, aceptó o negoció bajo reserva o contra una garantía vinculada con esas discrepancias, el banco emisor no queda por ello eximido de las obligaciones establecidas. Tales reservas o garantías solo afectan las relaciones entre el banco remitente y la parte respecto de la cual se formuló la reserva o se tomó la garantía.

Los bancos que utilicen los servicios de otro banco o bancos para dar cumplimiento a las instrucciones del ordenante lo harán por cuenta y riesgo de este último. Los bancos no asumen obligación ni responsabilidad si las instrucciones que ellos transmiten no son atendidas, aun cuando fueran ellos mismos quienes tomaron la iniciativa en la selección del(de los) otro(s) banco(s). Si el banco emisor desea que el reembolso al que tiene derecho el banco pagador, aceptador o negociador, sea percibido por dicho banco (banco reclamador) de otro (banco reembolsador), debe proporcionar en forma oportuna a este último las instrucciones o la autorización apropiadas que le permitan atender los reclamos de reembolso; en tal caso, el emisor no podrá pedir al reclamante que proporcione al reembolsador el certificado correspondiente.

La parte que instruye a otra para prestar servicios es responsable por todas las cargas en que se incurrió en virtud de sus instrucciones, incluidas comisiones, honorarios, costos o gastos. Si los cargos no pudieran cobrarse y el crédito estipula que están a cargo de otra parte que no es la que dio las instrucciones, esta queda también comprometida al pago. Un banco emisor no estará relevado de sus obligaciones respecto del reembolso si este no fue recibido por el banco reclamador del reembolsador. El banco emisor será responsable ante el reclamador por toda pérdida de intereses si el reembolso no se efectúa ante el primer pedido del banco reembolsador, o de cualquier otra forma indicada en el crédito o acordada mutuamente según sea el caso. Los cargos del banco reembolsador serán a cuenta del emisor. Sin embargo, cuando corresponda a otra

parte, será responsabilidad del emisor indicarlo así en el crédito original y en la autorización de reembolso.

Exención de responsabilidad

Los bancos no asumen ninguna obligación ni responsabilidad relacionada con:

- a) La forma, suficiencia, exactitud, autenticidad, falsificación o valor legal de ningún documento, ni por las condiciones generales y particulares estipuladas en los documentos que se agreguen a ellos; tampoco asumen obligación ni responsabilidad por la descripción, cantidad, peso, calidad, estado, embalaje, despacho, valor o existencia de las mercaderías representadas por los documentos, o por la buena fe o los actos u omisiones, solvencia, cumplimiento de las obligaciones o reputación de los despachadores, transportistas, comisionistas, consignatarios o aseguradores de las mercaderías, o cualquier otra persona, quienquiera que sea.
- b) Caso fortuito o fuerza mayor. Los bancos no asumen obligación ni responsabilidad por las consecuencias derivadas del retraso o pérdida que pueda sufrir en su tránsito cualquier mensaje, carta o documento, como tampoco por el retardo, mutilación y otros errores que se produzcan en la transmisión de cualquier telecomunicación. Tampoco asumen obligación ni son responsables por errores cometidos en la traducción o interpretación de términos técnicos, reservándose el derecho de transmitir los términos de los créditos sin traducirlos.
- c) Por las consecuencias derivadas de la interrupción de su actividad a raíz de casos fortuitos, motines, conmociones civiles, insurrecciones, guerras o cualquier otra causa de fuerza mayor, así como por huelgas y *lockouts*. En el caso de que durante la interrupción de las actividades de los bancos por estas causas hubieren vencido los créditos, dichos bancos, al reiniciar sus actividades, no quedan obligados a efectuar ningún pago, aceptación de letras o negociación, salvo autorización expresa.

Términos y documentos relacionados

Las Reglas y Usos Uniformes indican que no se utilicen términos como *primera*

clase, bien conocido, calificado, independiente, oficial, competente o local, dada la confusión que pueden provocar; en caso de su uso, los bancos aceptarán los respectivos documentos siempre que aparentemente estén de conformidad con otros términos y condiciones del crédito.

Respecto de los documentos, debe ser presentado al menos un original de cada documento requerido en el crédito. A tal efecto, los bancos tratarán como original cualquier documento que en apariencia lleve una firma original, marca, sello o etiqueta del emisor del documento, a menos que el propio documento indique que no es un original. Asimismo, se prevé que los bancos podrán aceptar como original el documento si parece haber sido escrito, mecanografiado, perforado o sellado por el propio emisor del documento de forma manual; parece estar en papel con membrete original del emisor del documento; o indica que es original, salvo que dicha indicación parezca no ser de aplicación al documento presentado.

Los créditos que requieran documentos múltiples, como “duplicado”, “dos copias”, etc., se satisfarán mediante la presentación de un original y el número restante en copias, salvo que en el documento mismo se indique otra cosa. A menos que el crédito estipule otra cosa, cuando se exija que un documento sea autenticado, validado, legalizado, visado, certificado o similares requerimientos, ello se satisfará por medio de cualquier firma, marca, sello o rótulo sobre el documento que requiera esa condición. Las UCP 600 señalan los requisitos que deben contener las facturas: a nombre del ordenante, emitida por el beneficiario y en la misma moneda del crédito, sin que sea necesaria la firma.

Crédito contingente o *Stand-by*

Las Reglas UCP 660 se aplican a cualquier crédito documentario (incluyendo, en la medida en que les sean aplicables, las cartas de crédito contingente, *stand-by*) cuando el texto del crédito indique expresamente que está sujeto a las UCP. El crédito contingente es una promesa irrevocable, independiente, documentaria y vinculante desde su emisión y no es necesario que así lo indique. Es también una garantía del pago de una obligación, vencida o incumplida, nacida de un anticipo o préstamo de dinero, o como garantía del pago debido a raíz de que se produzca o no se produzca algún otro hecho contingente.

Conforme a las Prácticas Internacionales en materia de Cartas de Crédito Contingente (ISP 98), el *Stand-by* constituye, como se dijo, una garantía del pago de una obligación, vencida o incumplida, nacida de un anticipo o préstamo de dinero, o como garantía del pago debido a raíz de que se produzca o no se produzca algún otro hecho contingente. Obligan a todas las partes, salvo en lo que el crédito modifique o excluya de forma expresa.

Autoevaluación

1. ¿Qué son las Reglas y Usos Uniformes de Créditos Documentarios?
2. ¿Cuántas versiones se han elaborado?
3. ¿Qué significa honrar una presentación?
4. ¿Cuáles son las obligaciones del banco avisador?
5. Conforme a las UCP 600, ¿existen créditos revocables? Explicar.
6. ¿Qué es una presentación conforme?
7. ¿En qué consiste el crédito confirmado?
8. Explique el examen de los documentos que debe hacer el banco.
9. ¿Quién o quiénes son los responsables por el pago de un crédito documentario confirmado?
10. Explique la exención de responsabilidad de las instituciones de crédito en relación con el crédito documentario.

¹ Hermann Scherer, *Historia del comercio de todas las naciones, desde los tiempos más remotos hasta nuestros días*, trad. de los alumnos de francés del Ateneo Mercantil de Madrid, vol. I, Carlos Bailly Bailliere, Madrid, 1878, p. 47.

- 2 Mario Bauche Garciadiego, *Operaciones bancarias*, 4a. ed., Porrúa, México, 1982, pp. 281 y 282.
- 3 Boris Kozolchyk, *El crédito documentario en el derecho americano. Un estudio comparativo*, trad. de Luis Rofilanchas Serrano, Editorial Cultura Hispánica, Centro de Estudios Jurídicos Hispanoamericanos, Madrid, 1973, pp. 39 y 40.
- 4 *Ibidem*.
- 5 Sagunto F. Pérez Fontana, *El crédito documentario irrevocable*, Imprenta de Letras, Montevideo, 1966, p. 9.
- 6 José F. Castello Yturbide, “Diferentes conceptos sobre los contratos de créditos comerciales documentarios”, *Finanzas y contabilidad*, México, vol. IX, núm. 1, enero de 1942, p. 6.
- 7 José F. Castello, *op. cit.*, p. 19.
- 8 Véase, entre otros, a Gabriel Chapochnick Dimant, *El crédito documentario*, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1959, p. 16; Sagunto Pérez Fontana, *op. cit.*, p. 21; y José F. Castello, *op. cit.*, p. 19.
- 9 Giacomo Molle, “I crediti documentari sussidiari”, *Banca, borsa e titoli di credito. Rivista Bimestrale di Dottrina e Giurisprudenza*, año XXII, fase 1, Milán, enero-marzo de 1960.
- 10 Matt Bresch, “Le regole ed usi uniformi relativi ai crediti documentari e l’atteggiamento delle banche britanniche”, *Banca, borsa e titoli di credito. Rivista Bimestrale di Dottrina e Giurisprudenza*, año XX, fase 2, Milán, abril-junio de 1957, p. 277.
- 11 *Ibidem*.
- 12 Gabriel Chapochnick, *op. cit.*, p. 17.
- 13 Esta última locución es adoptada por Jorge Barrera Graf en sus *Estudios de derecho mercantil*, Porrúa, México, 1958, p. 125.
- 14 Alberto Asquini, “Ancora sui pagamenti mediante apertura di credito bancario”, *Annali della R. Università degli Studi Economici e Commerciali di Trieste, Scritti Giuridici*, CEDAM, Padua, t. II, 1985, p. 243.
- 15 Véanse las Reglas y Usos Uniformes en la *Revista de derecho mercantil*, Madrid, núm. 145, julio-septiembre de 1977, pp. 361-378.
- 16 Jorge Barrera Graf, *op. cit.*, p. 125.
- 17 José F. Castello, *op. cit.*
- 18 Jorge Luis Riva, *El crédito documentario y la carta de crédito standby en UCP600*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 45.
- 19 Carlos Felipe Dávalos Mejía (*Títulos y operaciones de crédito. Quiebras*, Harla, México, 1984, p. 801) sostiene que no engendran relación obligatoria alguna entre las partes que intervengan.

- ²⁰ Boris Kozolchyk, *op. cit.*, pp. 463-465.
- ²¹ Jorge Barrera Graf, *op. cit.*, p. 130.
- ²² Para Matt Bresch, *op. cit.*, p. 280, no se trata de una simple cesión de créditos, pues para usar el crédito se requiere presentar los documentos exigidos en el mismo; además, para tal transferencia se precisa el consentimiento expreso del emisor (o con apertura de crédito transferible) y el requerimiento del cliente y el beneficiario.
- ²³ Cfr. Gabriel Chapochnick, *op. cit.*, pp. 23-26; Boris Kozolchyk, *op. cit.*, p. 63; F. Blondel, “Le crédit documentaire à paiement différé”, *Revue de la Banque*, Bank Fin, 1964, núm. 53, p. 287; y Mario Sambo, “Il credito documentario con pagamento dilazionato”, *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, Milán, año XXXIII, nueva serie-XXIII, fasc. II, abril-junio de 1970, p. 258. Al parecer su origen tuvo lugar en Japón, luego se extendió a Francia e Indochina, y después a la URSS y países del Medio Oriente y África. Cfr. Bauche Garciadiego, *op. cit.*, p. 287.
- ²⁴ Boris Kozolchyk, *op. cit.*, pp. 50 y siguientes.
- ²⁵ Boris Kozolchyk, *op. cit.*, p. 50, añade que el crédito documentario también ha sido utilizado como una fórmula para redimir a los prisioneros en manos de un carcelero del Caribe.
- ²⁶ Boris Kozolchyk, *op. cit.*, pp. 69 y 70; A. Fuentes y F. Gutiérrez, *Operaciones y contabilidad bancaria*, 3a. ed., Imprenta de Jesús López, Madrid, 1929, pp. 139 y siguientes.
- ²⁷ El cual debe constar de la clave de referencia de Fomex del empresario de que se trate dada a conocer por su banco, además de un número progresivo para cada carta de crédito doméstica o pedido en firme del exterior; con base en el año calendario, los últimos dos dígitos corresponden al año referido.
- ²⁸ Dicho exportador indirecto también recibe financiamiento con cargo al Programa de Financiamiento en Divisas para la Exportación (Profide), en dólares estadounidenses, para insumos de importación que requiera a fin de surtir los bienes amparados en las CCD y a un plazo no mayor al de la entrega de los bienes.

Los Incoterms

Propósitos

Al concluir este capítulo, el lector podrá comprender el origen, la importancia y la presencia de los Incoterms en las compraventas internacionales esenciales y de validez de los contratos mercantiles, y distinguirá los contratos consensuales, formales y reales en materia mercantil, los celebrados en mensajes de datos y los contratos de adhesión.

Origen y concepto

Los Incoterms, abreviatura de *international commercial terms* (términos de comercio internacional, en español), tienen su origen en el desarrollo del comercio mundial. Son reglas sobre la compraventa internacional recogidas, recopiladas y adaptadas de las prácticas y usos de los comerciantes, como un instrumento eficaz para solucionar los problemas o dificultades suscitados entre los comerciantes por la diversidad de idiomas, sistemas jurídicos, costumbres, prácticas, leyes y culturas que favorecen el desconocimiento preciso de las distintas prácticas comerciales utilizadas en sus países o en terceros países, con el riesgo de controversias y las consecuentes pérdidas de tiempo y de recursos.

La Cámara de Comercio Internacional (CCI) ha adaptado dichas prácticas de acuerdo con las necesidades del comercio y del desarrollo tecnológico, a efecto de que los comerciantes las conozcan, reconozcan y utilicen en sus contratos de modo uniforme en todo el mundo, con la convicción de que son obligatorias; pero no son un tratado internacional, sino reglas para las compraventas internacionales en las que el vendedor, conforme al tipo o modalidad que elija, asume obligaciones adicionales a las de la compraventa, como contratar el

transporte o el seguro, o entregar las mercancías a un transportista contratado por el comprador o en un punto determinado, desde su propio establecimiento o fábrica hasta el domicilio o puerta del comprador.

Son, pues, producto del análisis de diversas costumbres y prácticas de los comerciantes, que tienden a dar uniformidad y seguridad al contrato de compraventa internacional y, por tanto, al comercio de esta índole.

Los Incoterms también se denominan *cláusulas de precio*,¹ porque cada término permite determinar los elementos que lo componen. La selección del Incoterm influye sobre el costo del contrato, ya que define y distribuye claramente tanto las obligaciones, los gastos y los riesgos del transporte internacional y del seguro entre el exportador y el importador como los documentos que deben entregarse. Se trata también de abreviaturas que habían sido utilizadas en las comunicaciones por telégrafo (por ejemplo, FOB, CIF) entre los comerciantes, cuyo uso básico, debido a la brevedad de los textos, se vio favorecido por el comercio internacional y hoy son considerados estándares internacionales; por lo anterior se recomienda que, aunque pueden incorporarse otras obligaciones adicionales, solo se usen términos locales cuando es imprescindible hacerlo, ya que las cláusulas especiales prevalecen sobre los Incoterms, y hay libertad de limitar o extender el uso de estos, en cuyo caso se deben precisar las variaciones utilizadas.

En otras palabras, los Incoterms son un conjunto de reglas internacionales, regidas por la CCI, que determinan el alcance de las cláusulas comerciales incluidas en el contrato de compraventa internacional y solo rigen las relaciones entre comprador y vendedor, no las derivadas con el transportista o el asegurador.

Versiones de Incoterms

La versión preliminar de los Incoterms data de 1929, pero fue en 1936 cuando se realizó la primera versión completa, la cual ha experimentado diversas revisiones debido fundamentalmente a los cambios tecnológicos, a los medios y modos de transporte y a las necesidades de las partes. Dichas revisiones se han realizado en 1953, 1967, 1976, 1980, 1990, 2000 y 2010 (por ejemplo, Incoterms 2010), hasta la fecha de redacción de este capítulo.

Conforme a las diversas versiones de los Incoterms, estos pueden ser utilizados por las partes de manera facultativa, para que sin necesidad de incorporar las obligaciones relativas al lugar de entrega de las mercancías –momento en el que se transmiten los riesgos de la cosa al comprador, gastos de entrega y recepción y documentos que debe entregar el vendedor–, se entiendan incorporadas con la sola mención del término correspondiente. En todo caso, es conveniente especificar la versión de Incoterms aceptada por las partes (por ejemplo, “DDU Frankfurt Schmidt GMBH Waterhouse 46, Incoterms 2000”), pues ante la omisión de la versión pactada, con la sola referencia a los Incoterms se supone que son aplicados los de la última versión, pero como existen diferencias entre la versión 2010 y la anterior, es importante especificar la misma. Desde la versión 2000 se destaca la necesidad de señalar el lugar convenido, el uso del transporte multimodal, así como la entrega de las mercancías al comprador en cualquier punto de la cadena del transporte, en lugar de concentrarse en el momento en que las mercancías cruzan el medio de transporte y, desde luego, en el uso de los mensajes electrónicos.

Aceptación mundial

Los Incoterms han sido aceptados mundialmente porque contienen los usos y las costumbres de los comerciantes, son acordes con las diversas legislaciones y ofrecen todas las ventajas a los contratantes, ya que adoptan términos comunes de manera que constituyen un idioma universal; evitan confusiones entre las partes respecto de las obligaciones de cada una de ellas; superan la ignorancia de la ley extranjera o las posibles interpretaciones del contrato; complementan la información deficiente; se ajustan a las prácticas más comunes; evitan la enumeración de todas las obligaciones de las partes y establecen en forma precisa el momento de transmisión de riesgos, así como el pago de los gastos y entrega de documentos en cada una de las modalidades de las compraventas.

En otras palabras, los Incoterms resuelven los problemas concretos de determinar, respecto del alcance del precio, momento y lugar en que se produce la transferencia del riesgo, lugar de entrega, quién contrata y paga el transporte, quién contrata y paga el seguro, qué documento debe entregarse, el costo de los servicios, el manejo de las mercancías y los trámites para su exportación e importación, obligaciones y responsabilidades que están señaladas en el documento oficial de la CCI (folleto 715E) con la letra “A” y los números “A1” a

“A10”, para el vendedor, y con la letra “B” y los números “B1” a “B10”, para el comprador. Se trata de cláusulas espejo, ya que la obligación A1 del vendedor corresponde a la obligación B1 del comprador; dentro de cada una de ellas se determina, en función de cada Incoterm, a cargo de qué parte corresponde cumplir con esas obligaciones ya tituladas de manera uniforme y por anticipado como sigue, las cuales, en la medida en que se avanza en los Incoterms, se incrementan las obligaciones del vendedor y se disminuyen las del comprador.

Estructura de las obligaciones de las partes

La CCI ha listado dichas obligaciones de manera general en la nueva versión para cada uno de los tipos de Incoterms, cuyo contenido depende del término de que se trate. A continuación se exponen los rubros de dichas obligaciones generales para los Incoterms:

- A1 Obligaciones generales del vendedor (por ejemplo, proveer las mercancías, transmitir la propiedad, proveer las cargas y la factura y cualquier otro documento; esta es una obligación constante en todos los Incoterms).
- B1 Obligaciones generales del comprador (por ejemplo, pagar el precio, también una obligación en todos los tipos).
- A2 Licencias, autorizaciones, acreditaciones de seguridad y otras formalidades (por ejemplo, trámites de exportación); esta obligación y las siguientes serán aplicables según el Incoterm.
- B2 Licencias, autorizaciones, acreditaciones de seguridad y otras formalidades.
- A3 Contratos de transporte y seguro.
- B3 Contratos de transporte y seguro.
- A4 Envío.
- B4 Recepción.
- A5 Transmisión de riesgos.
- B5 Transmisión de riesgos.

A6 Distribución de costos.

B6 Reparto de costos.

A7 Notificaciones al comprador.

B7 Notificaciones al vendedor.

A8 Envío de documentos.

B8 Prueba de entrega.

A9 Revisión, embalaje y marcas.

B9 Inspección de la mercancía.

A10 Ayuda con la información y costos relacionados.

B10 Ayuda con la información y costos relacionados.

Lo que varía en cada tipo de Incoterms es la negociación de los servicios adicionales que presta el vendedor (por ejemplo, manipuleos, transportes, transportista, seguros, trámites aduaneros, etc.), y, como consecuencia, el precio del contrato.

Clasificación de los Incoterms

La versión 2000 de los Incoterms reconoció 13 términos y los clasificó en cuatro grupos identificados por las letras “E”, “F”, “C” y “D”, en función del lugar de entrega de las mercaderías:

- a) Letra “E”, grupo “De salida”, en el que reconoció solo el término *Ex Works*.
- b) Letra “F”, grupo “Sin pago de transporte principal”, en el que reconoció los términos FCA, FAS y FOB.
- c) Letra “C”, grupo “Con pago de transporte principal”, en el que reconoció los términos CF, CIF, CPT y CIP.
- d) Letra “D”, grupo “De llegada”, en el que reconoció los términos DAF, DES,

DEQ, DDU y DDP.

En cambio, la versión 2010, que entró en vigor el 1 de enero de 2011, consta de solo 11 términos; eliminó los Incoterms que se habían incorporado en la versión 2000, a saber: DAF (*Delivered at Frontier*),² DES (*Delivered ex Ship*),³ DEQ (*Delivered ex Quay*)⁴ y DDU (*Delivered Duty Unpaid*).⁵ En su lugar reconoció los términos: a) DAP (*Delivered at Place*), en el cual combina los términos DAF y DDU, determina el lugar convenido en destino para la entrega de la mercancía, más flexible y además para todas las modalidades de transporte; b) DAT (*Delivered at Terminal*), que sirve para todo tipo de transporte, especialmente el marítimo, y determina la entrega en puerto de destino, después de descargado; y clasifica los Incoterms en dos grupos en lugar de cuatro, y en función del medio de transporte. Asimismo, esta nueva versión deja claro que el término FOB solo es utilizable para el transporte marítimo y que el riesgo de la cosa en este Incoterm se transmite al comprador a partir de que la mercancía se encuentra a bordo del buque, eliminando la conflictiva alusión a “pasando la baranda del buque” o la borda.

A. Polivalentes (para cualquier medio de transporte):

EXW, *Ex Works* (En fábrica).

FCA, *Free Carrier* (Franco transportista).

CPT, *Carriage Paid To* (Transporte pagado hasta...).

CIP, *Carriage and Insurance Paid To* (Transporte y seguro pagado hasta...).

DAT, *Delivered at Terminal* (Entregada en la terminal).

DAP, *Delivered at Place* (Entregada en la plaza...).

DDP, *Delivered Duty Paid* (Entregada con pago de derecho).

B. Para transporte por mar y vías navegables.

FAS, *Free Alongside Ship* (Franco al costado del buque... puerto de carga convenido).

FOB, *Free on Board* (Franco a bordo del buque... puerto de carga convenido).

CFR, *Cost and Freight* (Costo flete... puerto de destino convenido).

CIF, *Cost Insurance and Freight* (Costo seguro flete... puerto de destino convenido).

Características principales de cada Incoterm

A continuación se exponen algunas cuestiones breves de cada uno de los 11 Incoterms, con especial énfasis en el primero de ellos, en donde se desglosan las obligaciones conforme al listado alfabético.

Ex Works (En fábrica). Se trata del Incoterm por el cual el vendedor asume la obligación de entregar las mercancías poniéndolas a disposición del comprador en el propio establecimiento o local de aquel u otro lugar designado (fábrica, bodega, taller, almacén), en los términos, plazos, forma y lugar convenidos, sin liberarla para su exportación y sin ser estibada en algún vehículo de transporte. El vendedor, en este caso, debe sufragar solo los gastos de embalaje y verificación de las mercancías; avisar por medios electrónicos al comprador que la mercancía ha sido puesta a su disposición; asumir los riesgos y gastos de las mercancías hasta que estén a disposición del comprador en la fecha estipulada (previamente identificadas, especificadas), y prestar a este ayuda para que obtenga los documentos que precisa (a cargo y costo del comprador).

El comprador debe hacerse cargo de las mercancías en el lugar pactado en el contrato, esto es, recoger las mercancías en la fábrica, bodega, almacén o establecimiento del vendedor; sufragar los gastos y riesgos de la cosa desde que está a su disposición; contratar el seguro y transporte; pagar las maniobras de carga y descarga, realizar los trámites aduanales de exportación e importación y pagar los aranceles correspondientes. Dicho término representa obligaciones mínimas para el vendedor, ya que es el comprador quien debe asumir todos los costos y riesgos implicados desde que las mercancías están a su disposición en el local del vendedor, a menos que las partes convengan en forma expresa en que el vendedor sea responsable de la estiba de los bienes en su salida y de los riesgos y costos de dicha estiba. De ahí que en los casos en que el comprador no pueda cumplir directa o indirectamente con los trámites para su exportación, es recomendable que en su lugar utilice el término FCA.

Conforme a los Incoterms 2010, las obligaciones de cada una de las partes, bajo el término *Ex Works*, son las siguientes:

A1 Obligaciones generales del vendedor. El vendedor debe suministrar la mercancía y la factura comercial de acuerdo con el contrato de compraventa, así como cualquier otra prueba de conformidad que pueda exigir el contrato. Cualquier documento al que se haga referencia en A1-A10 puede ser un documento o procedimiento electrónico equivalente si así se acuerda entre las

partes o si es habitual. *B1 Obligaciones generales del comprador.* El comprador debe pagar el precio de la mercancía según lo dispuesto en el contrato de compraventa. Cualquier documento al que se haga referencia en B1-B10 puede ser un documento o procedimiento electrónico equivalente si así se acuerda entre las partes o si es habitual.

A2 Licencias, autorizaciones, acreditaciones de seguridad y otras formalidades. Cuando sea aplicable, el vendedor debe proporcionar al comprador, a petición, riesgo y expensas de este, ayuda para obtener cualquier licencia de exportación u otra autorización oficial necesaria para exportar la mercancía. Cuando sea aplicable, el vendedor debe proporcionar al comprador, a petición, riesgo y expensas de este, cualquier información en poder del vendedor que se exija para la acreditación de seguridad de la mercancía. *B2 Licencias, autorizaciones, acreditaciones de seguridad y otras formalidades.* Cuando sea aplicable, incumbe al comprador obtener, a su propio riesgo y expensas, cualquier licencia de exportación e importación u otra autorización oficial y llevar a cabo todos los trámites aduaneros para la exportación de la mercancía.

A3 Contratos de transporte y seguro. a) Contrato de transporte. El vendedor no tiene ninguna obligación ante el comprador de formalizar un contrato de transporte. *b) Contrato de seguro.* El vendedor no tiene ninguna obligación ante el comprador de formalizar un contrato de seguro. Sin embargo, el vendedor debe proporcionar al comprador, a petición, riesgo y expensas (si las hay) del comprador, la información que este último necesite para obtener el seguro. *B3 Contratos de transporte y seguro. a) Contrato de transporte.* El comprador no tiene ninguna obligación ante el vendedor de formalizar un contrato de transporte. *b) Contrato de seguro.* El comprador no tiene ninguna obligación ante el vendedor de formalizar un contrato de seguro.

A4 Entrega. El vendedor debe entregar la mercancía poniéndola a disposición del comprador en el punto acordado, si lo hay, en el lugar de entrega designado, y no cargada en ningún vehículo de recogida. Si no se ha acordado un punto específico en el lugar de entrega designado, y si hay varios puntos disponibles, el vendedor puede elegir el punto que más le convenga. El vendedor debe entregar la mercancía en la fecha acordada o en el plazo acordado. *B4 Recepción de la mercancía.* El comprador debe hacerse cargo de la mercancía cuando se haya cumplido con A4 y A7.

A5 Transmisión de riesgos. El vendedor corre con todos los riesgos de pérdida o daño causados a la mercancía hasta que se haya entregado la mercancía. *B5 Transmisión de riesgos.* El comprador corre con todos los riesgos de pérdida o daño causados a la mercancía desde A4, el momento en que se haya entregado como se prevé en A4. Si el comprador no realiza las notificaciones de acuerdo con B7, corre con todos los riesgos de pérdida o daño causados a la mercancía desde la fecha acordada o la fecha de vencimiento del plazo acordado para la entrega, siempre que la mercancía haya sido claramente identificada como la mercancía objeto del contrato.

A6 Reparto de costes. El vendedor debe pagar todos los costes relativos a la mercancía hasta que se haya entregado conforme al tipo de Incoterms de que se trate, diferentes de los pagaderos por el comprador como se prevé en B6. *B6 Reparto de costes.* El comprador debe: a) pagar todos los costes relacionados con la mercancía desde el momento en que se haya entregado como se prevé en A4; b) pagar cualquier coste adicional contraído por no hacerse cargo de la mercancía cuando ha sido puesta a su disposición, o por no realizar las notificaciones apropiadas de acuerdo con B7, siempre que la mercancía haya sido claramente identificada como la mercancía objeto del contrato; c) pagar, cuando sea aplicable, todos los derechos, impuestos y demás gastos, así como los costes de llevar a cabo los trámites aduaneros pagaderos en la exportación; y d) reembolsar todos los costes y gastos contraídos por el vendedor al prestar su ayuda como se prevé en A2.

A7 Notificaciones al comprador. El vendedor debe notificar al comprador todo aquello que sea necesario para permitir que este se haga cargo de la mercancía. *B7 Notificaciones al vendedor.* El comprador debe, siempre que tenga derecho a determinar la fecha en el plazo acordado y/o el punto para hacerse cargo de la mercancía en el lugar designado, notificarlo suficientemente al vendedor.

A8 Documento de entrega. El vendedor no tiene ninguna obligación ante el comprador. *B8 Prueba de la entrega.* El comprador debe proporcionar al vendedor una prueba adecuada de que se hizo cargo de la mercancía.

A9 Comprobación-embalaje-marcado. El vendedor debe pagar los costes de las operaciones de verificación (como la comprobación de la calidad, medidas, pesos o recuentos) necesarias al objeto de entregar la mercancía de acuerdo con A4. El vendedor debe, a sus propias expensas, embalar la mercancía, a menos

que sea usual, en el sector en particular, transportar sin embalar el producto. *B9 Inspección de la mercancía.* El comprador debe pagar los costes de cualquier inspección obligatoria previa al embarque, incluida la inspección ordenada por las autoridades del país de exportación. El tipo de mercancía vendido. El vendedor puede embalar la mercancía de una manera apropiada para su transporte, a menos que el comprador le haya notificado requisitos específicos de embalaje antes de que haya concluido el contrato de compraventa. El embalaje ha de marcarse adecuadamente.

A10 Ayuda con la información y costes relacionados. El vendedor debe, cuando sea aplicable y sin demora, proporcionar o prestar ayuda para obtener para el comprador, a petición, riesgo y expensas de este último, cualquier documento e información, incluyendo la información relacionada con la seguridad, que necesite el comprador para la exportación y/o importación de la mercancía y/o para su transporte al destino final. *B10 Ayuda con la información y costes relacionados.* El comprador debe avisar al vendedor, sin demora, de cualquier requisito de información sobre seguridad, de manera que el vendedor pueda cumplir con A10. El comprador debe reembolsar al vendedor todos los costes y gastos que este haya contraído al proporcionar o prestar ayuda para obtener documentos e información como se prevé en A10.

FCA: Free Carrier (Franco transportista). El vendedor cumple al poner la mercancía, despachada de aduana para la exportación cuando sea aplicable, a cargo del transportista o de otra persona designada por el comprador en los locales del vendedor o en otro lugar designado, sin pago de flete; el vendedor debe soportar los gastos hasta la entrega al transportista, incluida la carga en el contenedor, vagón cargado o camión, y debe enviar las mercancías en los términos y con los documentos exigidos. Son obligaciones del vendedor:

- a) Entregar la mercancía y la factura comercial, así como cualquier otra prueba de conformidad que pueda exigir el contrato, al transportista en el lugar convenido, sin pago de flete.
- b) Cuando sea aplicable, obtener, a su propio riesgo y expensas, cualquier licencia de exportación u otra autorización oficial y llevar a cabo todos los trámites aduaneros necesarios para la exportación de la mercancía.
- c) El vendedor no tiene ninguna obligación ante el comprador de formalizar un contrato de transporte, pero ante la inacción del comprador puede

contratar el transporte en las condiciones usuales a riesgo y expensas del comprador.

- d) El vendedor debe entregar la mercancía al porteador o a otra persona designada por el comprador en el punto acordado, si lo hay, en el lugar designado en la fecha acordada o en el plazo acordado.
- e) El vendedor corre con todos los riesgos de pérdida o daño causados a la mercancía hasta que se haya entregado de acuerdo con A4, con la excepción de la pérdida o daño causados en las circunstancias descritas en B5.
- f) El vendedor debe pagar i) todos los costes relativos a la mercancía hasta que se haya entregado conforme al tipo de Incoterms de que se trate, diferentes de los pagaderos por el comprador como se prevé en B6; y ii) cuando sea aplicable, los costes de los trámites aduaneros necesarios para la exportación, así como todos los derechos, impuestos y demás gastos pagaderos en la exportación.
- g) El vendedor debe, a riesgo y expensas del comprador, notificar al comprador suficientemente que la mercancía se ha entregado de acuerdo con A4, o que el porteador u otra persona designada por el comprador no se ha hecho cargo de la mercancía en el tiempo acordado.
- h) El vendedor debe proporcionar al comprador, a expensas del vendedor, la prueba usual de que la mercancía se ha entregado de acuerdo con A4. El vendedor debe prestar ayuda al comprador, a petición, riesgo y expensas de este último, para conseguir un documento de transporte.
- i) El vendedor debe pagar los costes de las operaciones de verificación (como la comprobación de la calidad, medidas, pesos o recuentos) necesarias al objeto de entregar la mercancía de acuerdo con A4, así como los costes de cualquier inspección previa al embarque ordenada por las autoridades del país de exportación. El vendedor debe, a sus propias expensas, embalar la mercancía, a menos que sea usual, en el sector en particular, transportar sin embalar el tipo de mercancía vendido. El vendedor puede embalar la mercancía de una manera apropiada para su transporte, a menos que el comprador le haya notificado requisitos específicos de embalaje antes de que haya concluido el contrato de compraventa. El embalaje ha de marcarse adecuadamente.

- j) El vendedor debe, cuando sea aplicable, y sin demora, proporcionar o prestar ayuda para obtener para el comprador, a petición, riesgo y expensas de este último, cualquier documento e información, incluyendo la información relacionada con la seguridad que necesite el comprador para la importación de la mercancía y/o para su transporte al destino final.

CPT: *Carriage Paid* (Transporte pagado hasta...). El vendedor entrega la mercancía al porteador o a otra persona designada por el vendedor en un lugar acordado (si dicho lugar se acuerda entre las partes), y que el vendedor debe contratar y pagar los costes del transporte necesario para llevar la mercancía hasta el lugar de destino designado. Como en todos los Incoterms que empiezan con la letra “C”, el vendedor cumple con su obligación de entrega cuando pone la mercancía en manos del porteador y no cuando la mercancía llega al lugar de destino. El vendedor debe contratar y pagar el transporte de las mercancías hasta el lugar convenido; entregar las mercancías al transportista contratado; pagar los gastos por trámites aduaneros de exportación y por la carga cuando sea aplicable; avisar por medio electrónico al comprador que la mercancía ha sido puesta a su disposición en el lugar convenido; pagar las maniobras de carga de las mercancías en el medio de transporte. El vendedor no tiene la obligación de despacharlas para la importación, pagar ningún derecho de importación o llevar a cabo ningún trámite aduanero de importación.

El comprador debe pagar el precio de las mercancías; pagar los gastos de inspección de la mercancía, así como el seguro desde el lugar de embarque convenido; pagar el trámite de importación; recibir las mercancías en el puerto de destino; pagar los gastos de descarga; trasladar las mercancías desde el lugar de entrega hasta su fábrica o bodega, y asumir los riesgos desde que la mercancía se entrega en custodia al transportista.

CIP: *Carriage and Insurance Paid* (Transporte y seguro pagados... puerto de embarque). “Transporte y seguro pagados hasta...” significa que el vendedor entrega la mercancía al porteador o a otra persona designada por el vendedor en un lugar acordado (si dicho lugar se acuerda entre las partes) y que el vendedor debe contratar y pagar los costes del transporte necesario para llevar la mercancía hasta el lugar de destino designado, así como el seguro contra el riesgo del comprador de pérdida o daño causados a la mercancía durante el transporte, y el vendedor cumple con su obligación de entrega cuando pone la mercancía en manos del porteador y no cuando la mercancía llega al lugar de

destino. El vendedor debe suministrar la mercancía y la factura comercial de acuerdo con el contrato de compraventa, así como cualquier otra prueba de conformidad que pueda exigir el contrato.

Se utiliza este término en las compraventas en las que, cualquiera que sea el medio de transporte utilizado, incluido el multimodal, el vendedor asume la obligación de entregar las mercancías en el puerto de embarque convenido, en los términos y condiciones en que se obliga también al vendedor en las ventas CPT; como consecuencia, el vendedor debe entregar las mercancías al transportista contratado por el propio vendedor y pagar el costo de la transportación necesario para llevar la mercancía al destino designado; contratar y pagar un seguro contra riesgos de pérdida o daños mínimos, así como obtener, a su propio riesgo y expensas, cuando sea aplicable, cualquier licencia de exportación u otra autorización oficial y llevar a cabo todos los trámites aduaneros necesarios para la exportación de la mercancía y para su transporte a través de cualquier país antes de la entrega; debe avisar al comprador que la mercancía ha sido puesta a su disposición en el lugar convenido y pagar las maniobras de carga de las mercancías en el medio de transporte.

El comprador debe pagar el precio de las mercancías, en el cual se incluye el precio de transporte y del seguro; pagar gastos de inspección de la mercancía; pagar el seguro desde el lugar de desembarque convenido, así como todo aquello que sea necesario para permitir al comprador que adopte las medidas normalmente necesarias hacerse cargo de la mercancía; recibir las mercancías en el lugar de entrega y trasladarlas desde allí hasta su fábrica o bodega; asumir los riesgos desde que la mercancía se entrega en custodia al transportista; y entregar al comprador, si este lo pide o es costumbre, el documento o documentos de transporte usuales para el transporte contratado. El vendedor debe pagar los costos de las operaciones de verificación (como la comprobación de la calidad, medidas, pesos o recuentos) necesarias al objeto de entregar la mercancía, así como los costes de cualquier inspección previa al embarque ordenada por las autoridades del país de exportación. Debe, a sus propias expensas, embalar la mercancía, a menos que sea usual, en el sector en particular, transportar sin embalar el tipo de mercancía vendido.

DAT: *Delivered at Terminal (Entregada en terminal).* *Entregada en terminal* significa que el vendedor realiza la entrega cuando la mercancía, una vez descargada del medio de transporte de llegada, se pone a disposición del

comprador en la terminal designada en el puerto o lugar de destino designados. “Terminal” incluye cualquier lugar, cubierto o no, como un muelle, almacén, almacén de contenedores o terminal de carretera, ferroviaria o aérea. El vendedor corre con todos los riesgos que implica llevar la mercancía hasta la terminal en el puerto o en el lugar de destino designados y descargarla. El vendedor debe suministrar la mercancía y la factura comercial de acuerdo con el contrato de compraventa, así como cualquier otra prueba de conformidad que pueda exigir el contrato. Cuando sea aplicable, el vendedor debe obtener, a su propio riesgo y expensas, cualquier licencia de exportación y otra autorización oficial, y llevar a cabo todos los trámites aduaneros necesarios para la exportación de la mercancía y para su transporte a través de cualquier país antes de la entrega.

El vendedor debe contratar, a sus propias expensas, el transporte de la mercancía hasta la terminal designada en el puerto o lugar de destino acordado, o, a falta de pacto, el designado por este. El vendedor no tiene ninguna obligación ante el comprador de formalizar un contrato de seguro. Sin embargo, el vendedor debe proporcionar al comprador, a petición, riesgo y expensas (si las hay) del comprador, la información que el comprador necesite para obtener el seguro. El vendedor debe descargar la mercancía de los medios de transporte de llegada y entregarla poniéndola a disposición del comprador en la terminal designada; corre con todos los riesgos de pérdida o daño causados a la mercancía hasta que se haya entregado. El vendedor debe pagar, *a)* además de los costes resultantes de A3, todos los costes relativos a la mercancía hasta que se haya entregado conforme al tipo de Incoterms de que se trate, diferentes de los pagaderos por el comprador, como se prevé en B6; y *b)* cuando sea aplicable, los costes de los trámites aduaneros necesarios para la exportación, así como todos los derechos, impuestos y otros gastos pagaderos en la exportación y los costes de su transporte a través de cualquier país, antes de la entrega.

El vendedor debe notificar al comprador todo aquello que sea necesario para permitir al comprador que adopte las medidas normalmente necesarias para permitir que se haga cargo de la mercancía; proporcionar al comprador, a expensas del vendedor, el documento que le permita hacerse cargo de la mercancía; pagar los costes de las operaciones de verificación (como la comprobación de la calidad, medidas, pesos o recuentos) necesarias al objeto de entregar la mercancía de acuerdo con A4, así como los costes de cualquier inspección previa al embarque ordenada por las autoridades del país de exportación; embalar la mercancía, a sus propias expensas, a menos que sea

usual, en el sector en particular, transportar sin embalar el tipo de mercancía vendido; cuando sea aplicable, y sin demora, proporcionar o prestar ayuda para obtener para el comprador, a petición, riesgo y expensas de este último, cualquier documento.

DAP: *Delivered at Place (Entregada en lugar).* *Entregada en lugar* significa que el vendedor realiza la entrega cuando la mercancía se pone a disposición del comprador en el medio de transporte de llegada preparada para la descarga en el lugar de destino designado. El vendedor corre con todos los riesgos que implica llevar la mercancía hasta el lugar designado. El vendedor debe suministrar la mercancía y la factura comercial de acuerdo con el contrato de compraventa, así como cualquier otra prueba de conformidad que pueda exigir el contrato. Cualquier documento al que se haga referencia en A1-A10 puede ser un documento o procedimiento electrónico equivalente si así se acuerda entre las partes o si es habitual; así, el art. B1 de los Incoterms, titulado “B1 Obligaciones generales del comprador”. El comprador debe pagar el precio de la mercancía según lo dispuesto en el contrato de compraventa. Cualquier documento al que se haga referencia en B1-B10 puede ser un documento o procedimiento electrónico equivalente si así se acuerda entre las partes o si es habitual, como se señala en el art. A2 de los Incoterms: “A2. Licencias, autorizaciones, acreditaciones de seguridad y otras formalidades”. Cuando sea aplicable, el vendedor debe obtener, a su propio riesgo y expensas, cualquier licencia de exportación y otra autorización oficial y llevar a cabo todos los trámites aduaneros necesarios para la exportación de la mercancía y para su transporte a través de cualquier país antes de la entrega.

El vendedor debe contratar, a sus propias expensas, el transporte de la mercancía hasta el lugar de destino designado o hasta el punto acordado, si lo hay, en el lugar de destino designado; no tiene ninguna obligación, ante el comprador, de formalizar un contrato de seguro; sin embargo, debe proporcionarle, a petición, riesgo y expensas (si las hay) del comprador, la información que este necesite para obtener el seguro. El vendedor debe entregar la mercancía poniéndola a disposición del comprador en los medios de transporte de llegada preparada para la descarga en el punto acordado (si lo hay), en el lugar de destino designado en la fecha acordada o en el plazo acordado. El vendedor corre con todos los riesgos de pérdida o daño causados a la mercancía hasta que se haya entregado.

El vendedor debe pagar, a) además de los costes resultantes de A3, todos los

costes relativos a la mercancía hasta que se haya entregado conforme al tipo de Incoterms de que se trate, diferentes de los pagaderos por el comprador como se prevé en B6; b) cualquier gasto de descarga en el lugar de destino que fuera a cuenta del vendedor, según el contrato de transporte; y c) cuando sea aplicable, los costes de los trámites aduaneros necesarios para la exportación, así como todos los derechos, impuestos y otros gastos pagaderos en la exportación y los costes de su transporte a través de cualquier país, antes de la entrega de acuerdo con A4. El vendedor debe notificar al comprador todo aquello que sea necesario para permitir a este que adopte las medidas normalmente necesarias para permitir que se haga cargo de la mercancía.

El vendedor debe proporcionar al comprador, a expensas del vendedor, el documento que le permita hacerse cargo de la mercancía; debe pagar los costes de las operaciones de verificación (como la comprobación de la calidad, medidas, pesos o recuentos) necesarias al objeto de entregar la mercancía; debe, a sus propias expensas, embalar la mercancía (a menos que sea usual) en el sector en particular, transportar sin embalar el tipo de mercancía vendido; cuando sea aplicable, y sin demora, debe proporcionar o prestar ayuda para obtener para el comprador, a petición, riesgo y expensas de este, cualquier documento e información, incluyendo la información relacionada con la seguridad, que el comprador necesite para la importación de la mercancía y/o para su transporte al destino final.

El vendedor debe reembolsar al comprador todos los costes y gastos en que este haya incurrido al proporcionar o prestar ayuda para obtener documentos e información, como se prevé en el art. B10 de los Incoterms, titulado “B10. Ayuda con la información y costes relacionados”. El comprador debe avisar al vendedor, sin demora, de cualquier requisito de información sobre seguridad de manera que el vendedor pueda cumplir con A10. El comprador debe reembolsar al vendedor todos los costes y gastos en que haya incurrido el vendedor al proporcionar o prestar ayuda para obtener documentos e información.

DDP: *Delivered Duty Paid* (“Entregada con pago de derecho”, o también conocida como “Entrega de mercancía con derechos pagados... puerto de embarque” o “Entregada con derechos pagados”). Significa que el vendedor entrega la mercancía cuando esta se pone a disposición del comprador, despachada para la importación en los medios de transporte de llegada, preparada para la descarga en el lugar de destino designado. El vendedor corre

con todos los costes y riesgos que implica llevar la mercancía hasta el lugar de destino y tiene la obligación de despacharla, no solo para la exportación, sino también para la importación, de pagar cualquier derecho de exportación e importación y de llevar a cabo todos los trámites aduaneros.

El vendedor debe entregar la mercancía en el punto convenido, libre para su importación y sin descargar de cualquiera de los medios de transporte; avisar al comprador por medio electrónico que la mercancía ha sido puesta a su disposición; cubrir las maniobras de carga a bordo del vehículo; tramitar y pagar el despacho de exportación, así como pagar los aranceles de importación. Es decir, el vendedor asume los costos y riesgos hasta poner la mercancía en el punto convenido, incluido, cuando sea aplicable, cualquier derecho (formalidades aduaneras, derechos de aduana, impuestos y otros cargos) para su importación en el país de destino. Pueden las partes convenir en excluir al vendedor de algunas obligaciones sobre la importación de las mercancías, como el pago del impuesto al valor agregado, en cuyo caso debe pactarse expresamente. El comprador, además de pagar el precio y recibir la mercancía, debe pagar la inspección de la aduana, tramitar la importación y pagar el flete desde el lugar convenido hasta el destino final.

FAS: *Free Alongside Ship (Franco al costado del buque)*. El vendedor cumple con la obligación de entrega poniendo las mercancías al costado del buque, sobre el muelle o en barcasas en el puerto marítimo de embarque, en el puerto de embarque designado. El riesgo de pérdida o daño a la mercancía se transmite cuando la mercancía está al costado del buque, y el comprador corre con todos los costes desde ese momento en adelante.

Las obligaciones del vendedor entonces son: *a)* entregar las mercancías al costado del buque, sobre el muelle o en barcasas en el lugar de carga designado por el comprador, en el puerto de embarque designado; *b)* asumir los riesgos y gastos hasta poner las mercancías al costado del buque; *c)* proporcionar por su cuenta el documento que pruebe la entrega de las mercancías al costado del buque; *d)* avisar por medio electrónico al comprador que la mercancía ha sido puesta a su disposición en el lugar convenido; *e)* obtener a su riesgo y costo cualquier licencia de exportación u otra autorización oficial y realizar, cuando sea pertinente, todos los trámites aduaneros necesarios para la exportación de la mercancía; *f)* el vendedor no tiene ninguna obligación ante el comprador de formalizar un contrato de transporte ni un contrato de seguro; sin embargo, debe

proporcionar al comprador, a petición, riesgo y expensas (si las hay) del comprador, la información que este necesite para obtener el seguro; *g*) el vendedor corre con todos los riesgos de pérdida o daño causados a la mercancía hasta que se haya entregado; *h*) el vendedor debe pagar los costes de las operaciones de verificación (como la comprobación de la calidad, medidas, pesos o recuentos) necesarias al objeto de entregar la mercancía de acuerdo con A4, así como los costes de cualquier inspección previa al embarque ordenada por las autoridades del país de exportación; e *i*) el vendedor debe, a sus propias expensas, embalar la mercancía, a menos que sea usual, en el sector en particular, transportar sin embalar el tipo de mercancía vendido.

A su vez, el comprador asume las obligaciones siguientes: pagar el precio de las mercancías; contratar el medio de transporte; pagar los gastos de inspección de la mercancía; contratar el seguro; avisar al vendedor del nombre del buque, lugar de carga y fechas de entrega al buque; asumir los gastos adicionales porque el barco no llegue a tiempo, no haya podido cargar las mercancías o lo haya hecho antes del plazo, así como los derivados por falta de aviso del buque; pagar las maniobras de carga y descarga del buque; tramitar la importación y pagar los aranceles.

FOB: *Free on Board* (Franco a bordo). Conforme a este Incoterm, el vendedor cumple con la entrega de las mercancías cuando estas se encuentran a bordo del buque en el puerto de embarque designado (en los Incoterms 2000 se hablaba de entrega en borda, pero provocaba muchas confusiones) o procura la mercancía así entregada para el caso de las compraventas múltiples de una cadena de ventas, o en tránsito, frecuentes en el comercio de productos básicos. Las obligaciones del vendedor son entregar las mercancías a bordo del buque designado por el comprador en el puerto de embarque convenido, según la forma habitual del puerto; avisar por medio electrónico al comprador que la mercancía ha sido puesta a su disposición en el lugar convenido; pagar el transporte desde su fábrica hasta el puerto marítimo de embarque; tramitar y pagar despacho de la exportación, esto es, obtener por su cuenta y costo licencias de exportación y autorización administrativas, y asumir los gastos y riesgos hasta que las mercancías pasen la borda del buque.

A su vez, el comprador asume las obligaciones siguientes: pagar el precio de las mercancías; fletar un buque o reservar a bordo de un buque un espacio necesario para las mercancías; pagar el flete y el seguro del puerto de destino hasta su

fábrica, bodega o lugar determinado; soportar los riesgos y gastos desde que la mercancía sobrepasa la borda del buque, pagar gastos de inspección de la mercancía; tramitar importación y pagar las maniobras de descarga del buque.

CFR: *Cost and Freight (Costo flete)*. Conforme a este término, el vendedor debe entregar las mercancías a bordo del buque, sobre el muelle o en barcasas en el puerto marítimo de embarque convenido, u obtiene la mercancía así entregada (a bordo del buque), por ejemplo, mercancías asociadas a ventas en cadena o materias primas; avisar por medio electrónico al comprador que la mercancía ha sido puesta a su disposición en el lugar convenido; contratar el transporte y pagar el flete al puerto de destino, así como tramitar y pagar el despacho de la exportación, cuando sea aplicable, y asumir los riesgos de las mercancías hasta que se encuentren a bordo del buque. El comprador, además de pagar el precio, debe recibir la mercancía en el puerto de destino y pagar los gastos; asumir los riesgos desde que la mercancía es dejada en el puerto de embarque a bordo; pagar los gastos de inspección de la mercancía; contratar el seguro desde el puerto de embarque; pagar las maniobras de descarga del buque en el puerto marítimo de destino; contratar y pagar el flete local del puerto de destino hasta su fábrica o bodega.

CIF: *Cost Insurance and Freight (Coste, seguro y flete)*. “Coste, seguro y flete” significa que el vendedor entrega la mercancía a bordo del buque o procura la mercancía así entregada. El riesgo de pérdida o daño a la mercancía se transmite cuando la mercancía está a bordo del buque. El vendedor debe contratar y pagar los costes y el flete necesarios para llevar la mercancía hasta el puerto de destino designado. Al igual que los anteriores términos del grupo “C”, el vendedor debe entregar las mercancías a bordo del buque, sobre el muelle o en barcasas en el puerto marítimo de embarque convenido, esto es, debe cargar las mercancías en el puerto de embarque; contratar por su cuenta el transporte hasta el puerto designado y en las condiciones usuales; entregar el conocimiento de embarque (conocimientos: *A bordo, Embarcado o Recibido para embarque*), factura y póliza de seguros o certificado de seguros; pagar los fletes y gastos de descarga de las mercancías en el puerto de desembarque que puedan cruzar las líneas regulares de navegación en el momento de cargarlas en el puerto de embarque; contratar el seguro y entregar la póliza de seguro marítimo que cubra riesgos del transporte (excepto robo, pillaje, derrame, rotura, descorchado, condensación, contacto con otras mercancías); avisar por medio electrónico al comprador que la mercancía ha sido puesta a su disposición en el lugar convenido, y facilitar

certificado de origen y factura consular (que paga el comprador).

A su vez, el comprador debe, además de pagar el precio, aceptar los documentos; recibir las mercancías en el puerto de destino y pagar todos los gastos, incluida la descarga; asumir los riesgos de las mercancías a partir del momento en que cruzan la borda del buque en el puerto de embarque; y soportar todos los gastos adicionales que, en su caso, se originen por reserva de tiempo para embarque o selección de puerto. Cuando sea aplicable, el vendedor debe obtener, a su propio riesgo y expensas, cualquier licencia de exportación u otra autorización oficial y llevar a cabo todos los trámites aduaneros necesarios para la exportación de la mercancía.

Documentos en los Incoterms

Entre los documentos que deben entregarse al comprador se encuentran la factura comercial, en todos los casos; conocimiento de embarque o cartas de porte marítimo (*sea waybills*), según sea el caso; cartas de porte de línea regular (*liner waybills*) y recibos de flete (*freight receipts*).

Cuando las partes saben que el comprador no considera la venta de las mercancías en tránsito, puede omitirse el conocimiento de embarque o, de no ser así, pueden usar los términos CPT y CIP, según los cuales no se exige la entrega de un conocimiento de embarque. En las compraventas marítimas, dependiendo del tipo de Incoterm, suelen proporcionarse algunos de los siguientes: *bill of lading*, *container bill of lading* (conocimiento de embarque), *short form bill of lading* y los *blank back forms bill of lading*, *long form bill of lading*, *tramp bill of lading* (transporte de graneles), *destination bills of lading* (recibos para embarque), *master's receipt* (recibo de embarque), *dock receipt* (recibo de almacén), *shipping note* (declaración o solicitud de embarque), *shipping order* (orden de embarque "admítase a bordo"), *booking note* (nota de reserva), *delivery orders* (órdenes de entrega propia, varios compradores).

Cláusula de no disposición. El Comité Marítimo Internacional, en las "Reglas Uniformes para las Cartas de Porte Marítimas" (1990), permite incluir una cláusula de "no disposición", por la cual el vendedor renuncia al derecho de disponer de las mercancías, con instrucciones al transportista de entregar las mercancías a un tercero o en un lugar diferente al estipulado en la carta de porte.

Los Incoterms en México

No es extraño que en México rijan los Incoterms en las compraventas de mercaderías, puesto que, como se ha establecido, son las mismas prácticas y costumbres ampliamente difundidas y utilizadas por los comerciantes, incluyendo los que tienen su establecimiento en México; comerciantes que también pertenecen a las cámaras de comercio nacional e internacional. Además, la utilidad de dichos términos ha sido tal que las instituciones de crédito los incorporan en los contratos de crédito documentario para estar en condiciones de determinar cuáles son los documentos, entre otros, que deben recibir del beneficiario del crédito cuando deban honrar dicho crédito. Dichos términos han sido avalados y recomendados por la Uncitral, y diversas resoluciones de tribunales judiciales y arbitrales han sostenido su aplicación para interpretar los contratos de compraventa internacional de mercaderías a la luz del art. 9º, inciso 2), de la Convención de Viena, ratificada por México, con el argumento de que se trata de usos por lo general aceptados y ampliamente difundidos por el comercio internacional.

Nuestra *Ley de Navegación y Comercio Marítimos* (LNCM) dedica los arts. 254 a 263 a las llamadas *compraventas marítimas*, que son aquellas modalidades de compraventas en las que al menos un tramo del transporte es marítimo. Esas modalidades marítimas a las que se refiere la ley son los Incoterms, denominados también *cláusulas de precio*, que establecen los derechos y obligaciones particulares para cada parte respecto de la entrega de las mercancías, el transporte, seguro, despacho aduanero y transmisión de riesgos. En esta tesitura, la LNCM señala su aplicación, aun cuando los contratantes solo hagan referencia a ellos por sus nombres sin el texto completo, y se aplicarán conforme a su edición vigente al momento de la celebración del contrato, que a la fecha de redacción de este párrafo corresponde a la versión Incoterms 2010. Dicha ley reconoce la existencia del contrato de compraventa incluso mediante correspondencia cruzada entre las partes, en la que se deriven los términos del mismo conforme al cual las partes han empezado a ejecutarlo, aunque no lo hayan formalizado.

Dicho ordenamiento previene que cuando las partes se refieran a los términos de comercio internacional (Incoterm o Incoterms) de la Cámara Internacional de Comercio, se entenderá que el contrato celebrado corresponde a alguna de las modalidades marítimas, según sea el caso, como se conozcan en su edición

vigente al momento de la celebración del contrato, salvo que parte del contenido obligacional del mismo se hubiere modificado mediante convenio por correspondencia de cualquier medio de transmisión de datos cruzada entre las partes, en cuyo caso se entenderá que la compraventa marítima fue modificada en los términos de la referida correspondencia.

Conforme a la LNCM, cuando las partes aludan a los Incoterms, los mismos se aplicarán según el texto vigente de la versión que corresponda al momento de la celebración del contrato. La ley precisa diversas cuestiones relacionadas con prevenciones a los Incoterms: a) cuando en un término de comercio internacional se haga referencia a la obligación del despacho aduanero a la debida pertinencia, se entenderá que tal obligación no existe cuando en un área de libre comercio o equivalente no se requiera un procedimiento aduanero; b) cuando en un término internacional de comercio se haga referencia a operaciones de verificación necesarias, se tendrán por estas las relativas a la comprobación de la calidad, medida, peso, recuento y equivalentes respecto de las mercancías a entregar, de conformidad con el término internacional de comercio acordado al momento de celebrar el contrato de compraventa; c) cuando en un término internacional de comercio se haga referencia a la obligación de embalaje, esta existirá siempre, a menos que sea usual en el tráfico específico embarcar la mercancía descrita sin embalar, de conformidad con el Incoterm acordado al momento de celebrar el contrato de compraventa; d) cuando en los Incoterms se haga referencia a la posibilidad de sustituir un conocimiento de embarque o cualquier otro documento de transporte similar por un mensaje de intercambio electrónico de datos (EDI) equivalente, tal documento será un título de crédito solo cuando reúna los elementos para considerarse tal de conformidad con la *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito*; y e) la relación jurídica existente entre vendedor y comprador será independiente de la que haya entre embarcador y naviero transportista, sujeta exclusivamente a las normas del transporte.

Los Incoterms en el comercio exterior mexicano

El anexo 22 de las *Reglas de Carácter General en Materia de Comercio Exterior para 2016*, publicadas el 28 de enero de 2016,⁶ regula la forma de facturar las compraventas internacionales que documentan las importaciones al

país, y aunque señala que dicha facturación debe hacerse conforme a los Incoterms internacionales vigentes y de acuerdo con el Apéndice 14 del Anexo 22 de las citadas Reglas, relativo al “Instructivo para el llenado del pedimento de importación”,⁷ en vigor durante 2015, no prevé los Incoterms de la versión 2010 sino los de la versión 2000, que fue modificada en sustancia al eliminarse varios términos en la nueva versión. Dicho instructivo señala como tales términos los siguientes y conforme a la clasificación de la versión 2000, lo que provocará que en caso de utilizar nuevos términos el importador, agente o apoderado aduanal, tendrán que presentar declaración bajo protesta de decir verdad al respecto:

Se podrá declarar el Término de Facturación correcto, presentando declaración bajo protesta de decir verdad del importador, agente o apoderado aduanal, cuando en la factura se cite un Incoterm no aplicable, conforme a la regla 3.1.5. Esta declaración deberá anexarse al pedimento antes de activar el mecanismo de selección automatizado”.

Dicho apéndice es del tenor siguiente:

apéndice 14

términos de facturación

1 "C" transporte principal pagado

CFR COSTE Y FLETE (PUERTO DE DESTINO CONVENIDO).
CIF COSTE, SEGURO Y FLETE (PUERTO DE DESTINO CONVENIDO).
CPT TRANSPORTE PAGADO HASTA (EL LUGAR DE DESTINO CONVENIDO).
CIP TRANSPORTE Y SEGURO PAGADOS HASTA (LUGAR DE DESTINO CONVENIDO).

2 "D" llegada

DAF ENTREGADA EN FRONTERA (LUGAR CONVENIDO).
DAP ENTREGADA EN LUGAR.
DAT ENTREGADA EN TERMINAL.
DES ENTREGADA SOBRE BUQUE (PUERTO DE DESTINO CONVENIDO).
DEQ ENTREGADA EN MUELLE (PUERTO DE DESTINO CONVENIDO).
DDU ENTREGADA DERECHOS NO PAGADOS (LUGAR DE DESTINO CONVENIDO).
DDP ENTREGADA DERECHOS PAGADOS (LUGAR DE DESTINO CONVENIDO).

3 "E" salida

EXW EN FÁBRICA (LUGAR CONVENIDO).

4 "F" transporte principal no pagado

FCA FRANCO TRANSPORTISTA (LUGAR DESIGNADO).
FAS FRANCO AL COSTADO DEL BUQUE (PUERTO DE CARGA CONVENIDO).

La jurisprudencia mexicana y los Incoterms

Por último, aunque en muy pocos casos, nuestros tribunales federales se han pronunciado sobre el uso y alcance de los Incoterms; así, en una tesis aislada en materia aduanera, se define a los Incoterms como criterios establecidos internacionalmente para definir y repartir en forma clara las obligaciones, los gastos y los riesgos del transporte internacional y del seguro, entre el importador y el exportador; sin embargo, aunque la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Uncitral) ha recomendado su uso, no por ello deben incorporarse en los contratos de compraventa concluidos después del 1 de enero de 2000, como sostiene esa tesis, “e indicarse por su correcta abreviación de tres letras”;⁸ en diversa tesis se precisa que dichos Incoterms son reglas generalmente aceptadas en el ámbito internacional para pactar operaciones de compraventa de mercancías, que tienen como objetivo señalar o identificar de manera uniforme las obligaciones o derechos de vendedores y compradores sujetos a leyes e idiomas distintos, para evitar malas interpretaciones o confusiones que luego generen conflictos comerciales, y que la relevancia de los mismos encuentra justificación en las operaciones aduaneras de importación desde el momento en que, al tratarse de términos comunes o estandarizados para la mayoría de los países, resultan útiles para identificar con mayor facilidad los términos o condiciones en que una mercancía fue comprada o vendida, y especialmente cuáles fueron los gastos relativos a su entrega, aseguramiento, flete, embalaje o traslado, y a cargo de quién corrieron estos, a fin de determinar el valor en aduana de las mercancías.⁹

En otra tesis más se aborda ampliamente la diferencia entre los términos FOB y CIF, aunque conforme a la versión 2000, en la cual la entrega de la cosa y del riesgo ocurría pasando la borda o baranda del buque, pues a partir de la versión 2010 es una vez a bordo del buque o de la nave y se sostiene que:

De acuerdo con la clasificación... en su versión 2000, el Incoterm FOB (free on board, o libre [de costo para el vendedor] a bordo), es aplicable a la mercancía transportada por vía marítima, fluvial o lacustre, y significa que el vendedor ha cumplido sus obligaciones cuando la mercancía a exportar ha sobrepasado la borda del buque designado en el puerto de embarque convenido, soportando

todos los riesgos y gastos hasta ese momento; mientras que la responsabilidad del comprador respecto de la mercancía, corre a partir de que ésta se encuentra a bordo del buque de la empresa naviera que él eligió, con todos los costes y riesgos inherentes. En cambio, un Incoterm CIF (Cost insurance and freight, o costo, seguro y flete), que también corresponde a la transportación por las mismas vías que el anterior, implica que el vendedor ha de pagar los costes y el flete necesarios para hacer llegar la mercancía hasta el puerto de destino convenido, lo que incluye todos los gastos de exportación, el despacho aduanero relativo, la contratación del seguro y el pago de la prima correspondiente durante el transporte de las mercancías. No obstante, el riesgo de pérdida o daño de la mercancía, así como cualquier otro gasto adicional ocurrido después de que la mercancía traspasó la borda del buque, corren por cuenta del comprador, al igual que los relativos a la descarga en el puerto de destino (aunque hay algunas excepciones a esta regla). En consecuencia, si en la factura de la mercancía que se pretenda importar se invoca el Incoterm FOB, en el pedimento deberá señalarse éste y no el CIF, pues ninguna relación existe entre ambos términos, ya que suponen el uso de reglas diferentes en las operaciones de compraventa, con obligaciones para los contratantes que resultan excluyentes entre sí y, por tanto, deberán llenarse los campos del mencionado pedimento, relativos a seguros, fletes, embalajes y otros incrementables, pues al correr los gastos de tales conceptos a cargo del importador, trascienden en el precio pagado o valor comercial y en el valor en aduana de la mercancía.¹⁰

Finalmente, otro tribunal colegiado reconoció en 2010 que los Incoterms son útiles para interpretar la intención de las partes en un contrato de compraventa internacional,¹¹ pues sostiene que:

La observancia de esos términos derivados de los usos comerciales se desprende de la Convención... la cual tiene como propósito, entre otros, la adopción de normas uniformes aplicables a los contratos de compraventa internacional de mercaderías... De la lectura armónica y sistemática de los artículos 4, 8, 9, 25, 26, 27 y 28 de esa convención... También se dispone que las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas, y se dispone que, salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate. Luego, la convención de mérito reconoce las prácticas comerciales internacionales y deben entenderse comprendidas en ellas los usos, términos o conceptos desarrollados, mantenidos y promovidos

por la Comisión de Derecho y Práctica Mercantil de la Cámara de Comercio Internacional y que constituyen estándares que facilitan el comercio internacional y hacen prácticos y eficientes los contratos internacionales. Así, deben observarse las reglas de la referida convención sobre cómo se cumple con la obligación de entrega de las mercancías y en su caso, cualquier controversia que se suscite puede sustentarse en esos términos comerciales internacionales y su empleo por las partes por tener conocimiento de él o porque deben tener conocimiento del mismo.

Autoevaluación

1. ¿Qué son los Incoterms?
2. Explique los Incoterms eliminados en la versión 2010.
3. ¿Cuál es la importancia de los Incoterms?
4. ¿Qué son los Incoterms polivalentes?
5. Mencione los Incoterms que no se utilizan por vía marítima.
6. ¿Cuáles son las obligaciones del vendedor en una venta Ex Works?
7. ¿Cuáles son las características de la venta CIF?
8. ¿Cuál es la diferencia entre los términos CPT y CIP?
9. Explique el término FOB.
10. ¿Cuáles son las obligaciones del comprador en una compraventa DDP?

- ¹ Cfr. Aldo Fratalocchi, *Incoterms, contratos y comercio exterior*, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1994.
- ² Conforme al término DAF, el vendedor se obligaba a entregar las mercancías en el lugar convenido de la frontera terrestre pactada, antes del margen aduanal de la frontera del país colindante (por ejemplo, en una venta realizada por un residente en Estados Unidos a un residente en México, la entrega puede

realizarse en las fronteras de Laredo, Texas, o Nuevo Laredo, Tamaulipas, sin que asuma la obligación de poner dichas mercancías a bordo del buque de destino o en el muelle, sino únicamente libres para su exportación, y, como consecuencia, queda obligado a contratar y pagar el transporte hasta el lugar pactado de la frontera, así como a responder por las pérdidas, daños y gastos que se ocasionen hasta ese momento. Aunque el término puede ser utilizado independientemente del modo de transporte, la mercancía debe ser entregada en la frontera terrestre. En caso de que la entrega se haga en el puerto de destino, a bordo de una embarcación o en el muelle, deben utilizarse los términos DES o DEQ. El comprador paga el precio de la mercancía, la inspección de la misma, tramita la importación, cubre el flete desde la frontera hasta su destino y asegura la mercancía desde el punto de destino.

- 3 El vendedor cumplía con la entrega al poner la mercancía a disposición del comprador a bordo del buque en el puerto de destino, sin despacho de la aduana de importación; debe avisar por medio electrónico que la mercancía ha sido puesta a su disposición; pagar el transporte, seguro y flete hasta el lugar de destino; pagar las maniobras de carga a bordo del buque y durante el viaje hasta el puerto de destino, así como pagar los trámites de exportación. El comprador debe pagar el precio; recibir las mercancías; pagar la inspección de la aduana; asegurar la mercancía a partir del puerto de destino; pagar el flete local del puerto de destino al lugar de destino de las mercancías y cubrir los gastos de importación y aquellos que se originen desde que la mercancía es puesta a su disposición a bordo.
- 4 DEQ: *Delivered ex quay, Entregada sobre muelle*. El vendedor cumplía con la entrega al poner la mercancía sobre el muelle (desembarcadero) en el puerto de destino; debe avisar al comprador por medio electrónico que la mercancía ha sido puesta a su disposición; debe pagar las maniobras de carga en el buque, así como contratar el transporte, cubrir flete (seguro opcional) y pagar trámites de exportación; es decir, la mercancía debe ser despachada para la importación (derechos pagados o IVA *unpaid*). El comprador debe pagar el precio; recibir las mercancías en el puerto de destino; pagar la inspección de la aduana; tramitar la importación y, como consecuencia, obtener a su riesgo y costo cualquier autorización oficial, así como cualesquier otros documentos y realizar, cuando sea pertinente, todos los trámites aduaneros para la importación de las mercancías; asegurar la mercancía a partir del puerto de destino y pagar el flete local del puerto de destino al lugar de destino de las mercancías. El comprador debe tomar posesión de las mercancías en el muelle, y desde entonces asume los riesgos de la cosa.
- 5 DDU: *Delivered duty unpaid, Mercancía entregada, derechos no pagados... puerto de embarque*. Conforme a este término, el vendedor asumía la obligación de entregar las mercancías en el lugar convenido del país de importación sin ser liberadas para su importación; avisar al comprador por medio electrónico que la mercancía ha sido puesta a su disposición; asumir los riesgos y gastos de transporte hasta el punto convenido. Cubre maniobras de carga a bordo del vehículo, pero no asume la obligación de pago de los derechos ni impuestos o cargas oficiales para su importación, así como tampoco la descarga de los bienes. En su caso, puede pagar el IVA si las partes añaden la expresión IVA *paid* o IVA *pagado*. El comprador debe pagar el precio, recibir las mercancías en el puerto de destino convenido, pagar la inspección de la aduana, tramitar y pagar el despacho de importación, asegurar la mercancía y hacerse cargo de la misma a partir del punto convenido.
- 6 Cfr. *Diario Oficial de la Federación*, http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5423696&fecha=27/01/2016. Consulta hecha el 16 de mayo de 2016.
- 7 Cfr. Instructivo para el llenado del pedimento, en <http://www.aduanas-mexico.com.mx/claa/ctar/leyes/anexo22.html#illp>. Consulta hecha el 16 de mayo de 2016.
- 8 Cfr. la tesis aislada “IMPUESTO GENERAL DE IMPORTACIÓN. ALCANCE DE LOS AJUSTES

INCREMENTABLES Y DECREMENTABLES COMO ELEMENTOS DEL VALOR DE TRANSACCIÓN”, Novena Época, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXVII, Junio de 2008, Tesis: 2a. LXXVII/2008, Página 443.

- 9 Cfr. la tesis “INCOTERMS. SU RELEVANCIA EN LAS OPERACIONES ADUANERAS DE IMPORTACIÓN DERIVA DE SU UTILIDAD PARA DETERMINAR EL VALOR EN ADUANA DE MERCANCÍAS”, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXVII, Mayo de 2008, Tesis: IV.2o.A.217 A, Página 1051.
- 10 Cfr. la tesis “INCOTERMS FOB Y CIF. AL NO EXISTIR RELACIÓN ENTRE ELLOS, LA INVOCACIÓN DEL PRIMERO EN LA FACTURA DE LA MERCANCÍA IMPORTADA IMPLICA SU INDICACIÓN Y NO LA DEL SEGUNDO EN EL PEDIMENTO RESPECTIVO Y, POR TANTO, EN ÉSTE DEBEN LLENARSE LOS CAMPOS RELATIVOS A SEGUROS, FLETES, EMBALAJES Y OTROS INCREMENTABLES, PUES AL CORRER LOS GASTOS DE TALES CONCEPTOS A CARGO DEL IMPORTADOR, TRASCIENDEN EN EL VALOR EN ADUANA DE AQUÉLLA”, Novena Época, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXVII, Mayo de 2008, Página 1050. Amparo directo 193/2007. 7 de febrero de 2008.
- 11 “USOS Y TÉRMINOS COMERCIALES INTERNACIONALES. SIRVEN PARA INTERPRETAR LA INTENCIÓN DE LAS PARTES EN UN CONTRATO DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL.” Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXXII, Julio de 2010, Materia(s): Civil, Página: 2101.

Bibliografía

- Acosta Romero, Miguel, *Nuevo derecho bancario*, 5a. ed., Porrúa, México, 1995.
- Adame Goddard, Jorge, *El contrato de compraventa internacional*, UNAM-McGraw-Hill, México, 1994.
- _____, “¿Es válido el pacto de anatocismo en la legislación mexicana”, en *Revista de Derecho Privado*, año 9, núm. 27, McGraw-Hill, México, septiembre-diciembre, 1988.
- Amorós Guardiola, Manuel, “El *leasing* inmobiliario y su inscripción registral”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXI, núm. 569, Madrid, julio-agosto de 1985.
- Angeloni, Vittorio, *Lo sconto. Studio di diritto bancario*, Vallardi, Milán, 1919.
- Arcangeli, Ageo, *Scritti di diritto commerciale de agrario*, CEDAM, Padua, 1935.
- Arce Gargollo, Javier, *Contratos mercantiles atípicos*, Porrúa, México, 2001.
- _____, *El contrato de franquicia*, Themis, México, 1997.
- Arias Bonet, J., “Societas Publicanorum”, en *Anuario de historia del Derecho español*, serie 1a., t. XIX, núm. 1, Madrid, 1948-1949.
- Ascarelli, Tullio, “I contratti plurilaterali”, en *Studi in tema di contratti*, Giuffrè, Milán, 1952.
- _____, *Studi in tema di società*, s/e, Milán, 1952.
- Asquini, Alberto, “Ancora sui pagamenti mediante apertura di credito bancario”, *Annali della Rivista Università degli Studi Economici e Commerciali di Trieste, Scritti Giuridici*, t. II, CEDAM, Padua, 1961.
- Autesserre, Jean, “Associations en participation et sociétés de fait”, *Revue des*

- Sociétés*, París, octubre de 1963.
- Azara, Antonio, voz “Commenda”, en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. III, UTET, Turín, 1957.
- Aztiria, Enrique, “Origen y evolución histórica del derecho comercial y antecedentes argentinos”, en *Lecciones y ensayos* núm. 8, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1958.
- Balza Navarro, Germán, “Estudio de las normas sobre arrendamiento financiero de bienes”, *Revista de Derecho Privado*, año 1, núm. 3, Caracas, julio-septiembre de 1984.
- Barbero, Domenico, *Sistema del derecho privado*, t. IV, “Contratos”, trad. Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967.
- Barenghi, Alessandro, “Osservazioni in tema di leasing”, *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, año LXXXIII, núms. 1, 2, 3, 4, Roma, enero-abril de 1985.
- Barreida, Delfino E. A. y E. J. Boneo Villegas, “Factoring, nueva fórmula de financiación”, *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año 16, núm. 93, Buenos Aires, junio de 1983.
- Barrera Graf, Jorge, *Instituciones de derecho mercantil*, Porrúa, México, 2000.
- _____, *La representación voluntaria en el derecho privado*, UNAM, México, 1967.
- _____, “Sindicación de acciones”, *Diccionario jurídico mexicano*, t. VIII, UNAM, México, 1984.
- _____, *La nueva legislación bancaria*, Porrúa, México, 1985.
- _____, *Las sociedades en derecho mexicano*, UNAM, México, 1983.
- Bauche Garciadiego, Mario, *La empresa*, Porrúa, México, 1977.
- _____, *Operaciones bancarias*, 4a. ed., Porrúa, México, 1982.
- Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones civiles*, Porrúa, México, 1980.

- Bercoviz Rodríguez Cano, Alberto, “Origen histórico del derecho mercantil”, en *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Rodríguez*, t. 1, s/e, Madrid, 1971.
- Betti, Emilio, *Teoría general de negocio jurídico*, trad. A. Martín Pérez, Revista de Derecho Privado, Madrid, s/a, con prólogo del autor en 1943.
- Bezard, Pierre, *Sociétés civiles. Contrat de sociétés, dispositions applicables aux sociétés commerciales, sociétés en participation. Registro du Commerce et des Sociétés*, Dalloz, París, 1979.
- Bialostosky, Sara, “Antecedentes de las sociedades mercantiles en el derecho romano”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 74, UNAM, México, 1969.
- Bibot, Paul, “Trois années de leasing”, *Suplemento Agefi*, Bruselas, 26 de octubre de 1964.
- Bigiavi, Walter, “Il recesso del socio occulto”, en *Rivista di Diritto Civile*, año IV, 2a. parte, Padua, 1958.
- Blaise, Jean-Bernard, *Droit des affaires, commerçants concurrence distribution*, 6a. ed., Lextenso, París, 2011.
- Bolaffio, León, Alfredo Rocco y César Vivante, *Derecho comercial*, t. 1, Ediar Editores, Buenos Aires, 1947.
- _____, *Derecho comercial*, t. 12, Ediar, Buenos Aires, 1949.
- Boneo Villegas, Eduardo y Eduardo A. Barreida Delfino, *Contratos bancarios modernos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1984.
- Bonnecarrère, Philippe, *Droit commercial*, s/e, París, 1946.
- Borja Soriano, Manuel, *Tratado general de las obligaciones*, t. 1, Porrúa, México, 1968.
- Branca, Giuseppe, *Instituciones de derecho privado*, traducida por Pablo Macedo de la sexta edición italiana, Porrúa, México, 1978.
- Bresch, Matt, “Le regole ed usi uniformi relativi ai crediti documentari e

- l'atteggiamento delle banche britanniche", *Banca, borsa e titoli di credito*, año xx, fasc. 2, Milán, abril-junio de 1957.
- Broseta Pont, Manuel, *Manual de derecho mercantil*, Tecnos, Madrid, 1974.
- _____, *El contrato de reaseguro*, Tecnos, Madrid, 1977.
- Buitrón, Carlos Elías, "El sistema de depreciación y el arrendamiento financiero", *Difusión fiscal*, núm. 12, México, junio de 1975.
- Cabanillas Sánchez, Antonio, "La naturaleza del *leasing* o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales", *Anuario de Derecho Civil*, t. xxxv, vol. 35, fasc. 1, Madrid, enero-febrero de 1982.
- Calamandrei, Piero, *Derecho procesal civil*, Editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 1996.
- Calamandrei, R., *Delle società e delle associazioni commerciali*, vol. 1, Depalma, Turín, 1884.
- Campana, Marie-Jeanne, *Code de Commerce*, Litec, París, 1995.
- Candian, Aurelio, *Il contratto estimatorio e il commercio moderno*, Saggi di diritto, Padua, 1931.
- Capmany, Antonio (trad.), *Libro del Consulado del Mar*, Cámara Oficial del Comercio y la Navegación, Barcelona, 1965.
- Carnelutti, Francesco, *Sistema de derecho procesal*, UTEHA, Buenos Aires, 1944.
- Carrillo Zalce, Ignacio, *Apuntes para el estudio del primer curso de derecho mercantil*, Editorial Banca y Comercio, México, 1977.
- Casa, F. y M. Casabó, *La franquicia*, Ediciones Gestión 2000, Barcelona, 1989.
- Castañeda, Jorge Eugenio, "El negocio jurídico", en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 36, núm. 1, Lima, 1972.
- Castello, Yturbide, "Diferentes conceptos sobre los contratos de crédito comerciales documentarios", en *Finanzas y Contabilidad*, vol. ix, núm. 1, México, enero de 1942.

- Castelo Matrán, Julio y José María Pérez Escacho, *Diccionario básico de seguros*, Colección Temas de Seguros, Mapfre, Madrid, 1981.
- Cervantes Ahumada, Raúl, *Títulos y operaciones de crédito*, Herrero, México, 1954.
- Céspedes del Castillo, Guillermo, “Seguros marítimos en la carretera de Indias”, en *Anuario de historia del derecho español*, serie 1a., vol. I, Madrid, 1948-1949.
- Chaponik Dimant, Gabriel, *El crédito documentario*, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1959.
- Chiovenda, José, *Principios de derecho procesal civil*, t. II, trad. de José Casáis y Santaló, Reus, Madrid, s/f.
- Chulía Vicent, Eduardo y Teresa Beltrán Alandete, *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*, Bosch, Barcelona, 1999.
- Cinquemani, Silvia María, “Sale and lease back tra liceità e frode al divieto del patto commissorio”, *Cass. Civ. II Sez.*, 126.10.1995, n. 10805/95, Sardaleasing vs. Ammendola, Conferma App. Cagliari 3.03.1993 n. 171.
- Clemente de Diego, Felipe, *Instituciones de derecho civil*, t. II, Imprenta de Juan Pueyo, Madrid, 1930.
- Cogorno, Eduardo, *Teoría y técnica de los nuevos contratos mercantiles*, Meru, Buenos Aires, 1979.
- Coillot, Jacques, *Leasing*, Mapfre, Madrid, 1974.
- _____, *Iniciation au leasing ou crédit-bail*, Delmas, París, 1968.
- Colaiacono, Juan Luis et al., *Joint ventures y otras formas de cooperación empresarial internacional*, Macchi, Buenos Aires, 1992.
- Colombo, Giovanni E., “Associazione in partecipazione, cointeressenza, contratto di lavoro subordinato”, en *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, año LX, núms. 9-10, septiembre-octubre, Milán, 1962.

Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional, *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio*, con la Guía para su Incorporación al Derecho Interno 1996, Resolución 51/162 de la Asamblea General de 16 de diciembre de 1996, y *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its Twenty-ninth session*, Official Records of the General Assembly, Fifty-First session, supplement, núm. 17 (A/51/17).

Comisión Federal de Competencia Económica, *Informe anual de competencia económica 1997*, México, 1997.

_____, *Informe anual de competencia económica 1995-1996*, México, 1996.

Cornejo Certuche, Francisco, “Acto jurídico”, en *Diccionario jurídico mexicano*, t. I, UNAM, México, 1982.

Cortés Figueroa, Carlos, *Introducción a la teoría general del proceso*, Cárdenas, México, 1974.

Cuesta Rute, José María de la, “Reflexiones en torno al *leasing*”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 118, Madrid, octubre-diciembre de 1970.

_____, *Contratos mercantiles*, Bosch, Barcelona, 2009.

Curti, Arthur, *Manual de derecho inglés*, Tecnos, Madrid, 1931.

Dávalos Mejía, Carlos, *Títulos y contratos de crédito. Quiebras*, Harla, México, 1983.

De Gregorio, Alfredo, “Sociedades y asociaciones comerciales”, en León Bolaffio, Alfredo Rocco y César Vivante, *Derecho comercial*, t. 7, vol. 2, Ediar, Buenos Aires, 1950.

De Pina Vara, Rafael, *Elementos de derecho civil mexicano*, Porrúa, México, 1978.

De Solá Cañizares, Felipe, *Tratado comercial comparado*, t. III, TEA, Barcelona, 1963.

_____, “El contrato de participación en el derecho español y en el comparado”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1954.

- Delamarre y Lepoitvin, *Traité du contrat de commission*, t. I, Rousseau y compañía, París, 1840.
- Delangle, M., *Delle società di commercio. II titolo III, Libro I, del Codice di Commercio*, trad. de Giuseppe D'Angelo, Bosh, Venecia, 1847.
- Díaz Bravo, Arturo, *Contratos mercantiles*, Harla, México, 1985.
- Díaz Echegaray, José, “Una nueva forma de financiación de sociedades por medio del contrato de cuentas en participación”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, vol. XII, núms. 31 y 32, 1958.
- Díaz Moreno, Alberto, “El régimen jurídico del documento de transporte multimodal en el Convenio de Ginebra de 1980”, en Agustín Madrid Parra (coord.), *Derecho uniforme del transporte internacional. Cuestiones de actualidad*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.
- Diez Montero, Francisco Javier, “Dictamen sobre construcción en suelo ajeno por sociedades de *leasing*, emitido a cargo de A.S.A.”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LX, núm. 560, Madrid, enero-febrero de 1984.
- Divar, Javier, *Lecciones de derecho mercantil. La empresa, el empresario individual. El empresario social*, Libreros Unidos, Madrid, 1980.
- Donati, Antígono, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, vol. II, Editorial Dottore Antonino Giuffrè, Milán, 1954.
- D'Ors, Álvaro, *Derecho privado romano*, 5a. ed., Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1983.
- Dondi, Germano, “Sull'inquadramento previdenziale dei dirigenti delle imprese di leasing”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, año y núm. 2, Milán, abril-junio de 1986.
- Dublán, Manuel y José María Lozano, *Legislación mexicana o Colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la Independencia de la República*, Edición Oficial, t. XI, México, 1879.
- _____, *Legislación mexicana o Colección completa de las disposiciones legislativas*, edición oficial, t. VIII, México, 1856-1859.

- Edwards, Chilperic, *The Hammurabi Code and the Sinaitic legislation*, 3a ed., Watts & Co., Londres, 1921.
- Ehrenberg, Víctor, *El reaseguro*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941.
- Eizaguirre, José María, “Factoring”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 187/188, enero-junio, Madrid, 1988.
- Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martín Wolff, *Tratado de derecho civil*, trad. Blas Pérez González y José Alguer, Bosch, Barcelona, 1934.
- Escarra, Jean, Edouard Escarra y Jean Rault, *Traité théorique et pratique de droit commercial*, t. I, s./e., París, 1950-5.
- Etcheverry, Raúl Aníbal, *Derecho comercial y económico: Contratos, parte especial*, 3, Astrea, Buenos Aires, 2000.
- Farina M., Juan, *Sociedades anónimas (estudio de sociedades comerciales)*, Zeus Editora, Rosario, Argentina, 1973.
- Ferrere Astray, José A., *Aspectos jurídicos del leasing financiero en el Uruguay*, Seminario sobre el *Leasing* Financiero, Banco Central de Uruguay, t. 1, parte IV, Montevideo, 1980.
- Ferri, Giuseppe, voz “Associazione in partecipazione”, en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. 2, UTET, Turín, 1956.
- Fratilocchi, Aldo, *Incoterms, contratos y comercio exterior*, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1994.
- Frisch Philipp, Walter y Carlos Gutiérrez Cardona, “El arrendamiento financiero”, *El Foro*, 6a. época, núm. 161, México, enero-marzo de 1979.
- Fuentes, A. y F. Gutiérrez, *Operaciones y contabilidad bancaria*, 3a. ed., Imprenta de Jesús López, Madrid, 1929.
- Gabrielli, Giovanni, “Sulla funzione del leasing”, *Rivista del Diritto Civile*, año XXI, núm. 4, 2a. parte, Padua, julio-agosto de 1979.
- Galgano, Francesco, *Manuale elementari di diritto commerciale*, Zanichelli,

- Bolonia, 1980.
- Galindo Garfias, Ignacio, *Estudios de derecho civil*, UNAM, México, 1981.
- _____, “Asociaciones y sociedades”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. IX, núms. 35 y 36, UNAM, México, 1959.
- García Cantero, Gabriel, *Estudios sobre el Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavia*, Universidad Complutense de Madrid, 2010.
- Garrigues Garrigues, Joaquín, *Contrato de seguro terrestre*, Tecnos, Madrid, 1973.
- _____, *Tratado de derecho mercantil*, t. I, Tecnos, Madrid, 1947.
- _____, *Nuevos hechos, nuevo derecho*, Tecnos, Madrid, 1971.
- _____, *Curso de derecho mercantil*, Porrúa, México, 1979.
- Gásperi, Luis de, *Tratado de derecho civil*, t. II, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1964.
- Gay de Montella, Roberto, *Tratado práctico de sociedades mercantiles*, t. I, Bosch, Barcelona, 1948.
- Gierke, Julius von, “Derecho comercial y de la navegación”, trad. Juan M. Semón, vol. I, s/e, Buenos Aires, 1957.
- Giordana Frutos, V. M., *Curso de derecho bancario y financiero*, Porrúa, México, 1984.
- Giordano, Antonio, “Tradizione e potere di disposizione nel contratto estimatorio”, *Rivista del Diritto Commerciale*, t. I, Milán, 1949.
- Giovanni Grandi, Salvatore, *L’associazione in partecipazione*, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milán, 1939.
- Giovanoli, Mario, *Le crédit-bail (leasing) en Europe: développement et nature juridique*, Librairies Techniques, París, 1980.
- Goldschmidt, James, *Derecho procesal civil*, trad. Leonardo Prieto Castro,

- Labor, Madrid, 1956.
- Goldschmidt, Levin, *Storia universale del diritto commerciale*, trad. primera de Vittorio Porchain y Antonio Scialoja, Unión Tipográfica Editora, Turín, 1933.
- Goldschmidt, Roberto, “Las compañías de comercio y las asociaciones en participación”, Anteproyecto de Ley de Reforma Parcial del Código de Comercio, Venezuela, 1955.
- Gómez Lara, Cipriano, *Teoría general del proceso*, UNAM, México, 1979.
- Gross, Herbert y Walter Skaupy, *Un secreto comercial: el boom de los sistemas de franquicia*, Anaya, Madrid, 1971.
- Guadarrama López, Enrique, *Las sociedades anónimas (análisis de los subtipos especiales)*, UNAM, México, 1993.
- Gutiérrez Viguera, Manuel, *El leasing como institución financiera*, Asociación para el Progreso de la Dirección, Madrid, 1977.
- Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, Porrúa, México, 1971.
- Guyénot, Jean de, *Cours de droit commercial*, Giuffrè, París, 1977.
- Guyet, Ives, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, Librairie Générale du Droit et de Jurisprudence, Bibliotheque de droit privé, t. CLXX, París, 1983.
- H. León Tovar, Soyla, *El arrendamiento financiero en el derecho mexicano (leasing)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1989.
- _____, “El contrato de comisión mercantil”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, año XXI, núm. 62, UNAM, México, mayo-agosto de 1988.
- _____, “El crédito documentario, con referencia especial a la carta de crédito doméstica”, *Libro Homenaje al Maestro Jorge Barrera Graf*, Porrúa, México, 1990.

- _____, “El contrato de agencia mercantil”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, año XXI, núm. 65, UNAM, México, 1989.
- _____, “La asociación en participación y figuras afines”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, año XXI, núm. 62, UNAM, México, mayo-agosto de 1988.
- _____, “El órgano de vigilancia de las sociedades anónimas”, en *Las sociedades anónimas*, Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, año 1, núm. 3, septiembre-diciembre de 1986.
- _____, “Análisis del Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Guadalajara*, año 1, núms. 2 y 3, Jalisco, Dalloz, 1991.
- _____, “Asociación mercantil”, *Diccionario de derecho mercantil*, UNAM-Porrúa, México, 2001.
- Halperin, Isaac, *Contrato de seguro*, 2a. ed., Depalma, Buenos Aires, 1966.
- Hamiaut, *La réforme des sociétés commerciales*, Dalloz, París, 1966.
- Hammel, Joseph, *Traité de droit commercial*, Dalloz, París, 1954.
- _____, Gaston Lugarde y Alfred Jaudret, *Traité de droit commercial*, t. I, Dalloz, París, 1954.
- Hance, Oliver y Suzan Dionne Balz, *Leyes y negocios en internet*, McGraw-Hill, México, 1996.
- Hawkland, Williams D., “The impact of the uniform commercial code of equipment leasing”, *Law Forum*, núm. 3, Illinois, 1972.
- Helewijn, Van y H. D. Bosly, “Le leasing immobilier”, *Revue du Notariat Belgic*, año 101, Bruselas, junio de 1975.
- Hermida, Jorge A., *Marketing de concepto + Franchising. Claves para crear un proyecto que le permita competir y crecer en su mercado*, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1993.

Hernández Tejero, F., A. D'Ors, P. Fuenteseca, M. García-Garrido y J. Burillo, *El Digesto de Justiniano*, Aranzadi, Pamplona, 1968.

Illescas Ortiz, Rafael, “El leasing, aproximación a los problemas planteados por un nuevo contrato”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 119, Madrid, enero-marzo de 1971.

Jiménez Sánchez, Guillermo, “Títulos-valores y documentos del transporte”, en Agustín Madrid Parra (coord.), *Derecho uniforme del transporte internacional. Cuestiones de actualidad*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.

Kaufmann, David J., “Franchising: business strategies and legal compliance”, en *Franchising: Business Strategies and Legal Compliance*, Practising Law Institute, Nueva York, 1988.

Konrad, Cosack, *Tratado de derecho mercantil*, trad. Polo Antonio, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935.

Kozolchyk, Boris, *El crédito documentario en el derecho americano. Un estudio comparativo*, trad. Luis Rupilanchas Serrano, Cultura Hispánica, Centro de Estudios Jurídicos Hispanoamericanos, Madrid, 1973.

Kramer, S. N., *La historia empieza en Sumer*, AYMA, Barcelona, s/a.

Labianca, Marcello, “Factoring”, *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, año LXXVII, núms. 34, 36, Roma, marzo-junio de 1979.

Langle y Rubio, Emilio, *Manual de derecho mercantil español*, t. II, Bosch, Barcelona, 1954.

Lavalle Cobo, Jorge R. y Carlos A. Pinto, *Leasing mobiliario. Régimen legal. Jurisprudencia nacional y extranjera. Formularios*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1982.

Le Pera, Sergio, *Joint venture y sociedad, acuerdos de coparticipación empresaria*, Astrea, Buenos Aires, 2001.

Le Gall, J. P., *Droit commercial: Capacité*, Dalloz, París, 1974.

Lemeunier, Francis, *Principes et pratiques du droit commercial: Droit des*

- affaires*, Delmas, París, 1980.
- Lepoup, Jean-Marie, “Commentaires du jugement du Tribunal de Commerce de la Rochelle du 26 juin 1964”, *Juris Classeur, Periodique, La Semaine Juridique*, París, 1965.
- Levy-Bruhl, Henri, *Histoire juridique des sociétés de commerce en France aux xvii^e et xviii^e siècles*, Recueil Sirey Dalloz, París, 1938.
- Lozano Martínez, Roberto, *Derecho mercantil*, McGraw-Hill, México, 1995.
- Lyon-Caen, Ch. y L. Renault, *Traité de droit commercial*, 5a. ed., t. iii, Rousseau y compañía, París, 1923.
- Madrid Parra, Agustín (coord.), *Derecho uniforme del transporte internacional. Cuestiones de actualidad*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.
- Malagarriga, Carlos, *Tratado elemental de derecho comercial*, 2a. ed., t. iii, “Contratos y papeles de comercio”, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1951.
- Mantilla Molina, Roberto, L., *Títulos de crédito*, Porrúa, México, 1983.
- _____, *Derecho mercantil*, 29a. ed., Porrúa, México, 1998.
- Marco, Filippo de, “Associazione in partecipazione e contratti di cointeressenza”, en *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, año xxviii, núm. 1, Milán, enero-febrero de 1953.
- Margadant, Guillermo Floris, *El derecho privado romano*, Esfinge, México, 1970.
- Martine, Edmond-Noel, “Les problèmes de qualifications à propos des sociétés en participation”, en *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, año 12, núm. 1, París, enero-marzo, 1959.
- Martínez Cerezo, Antonio, *La compraventa en el comercio internacional. Principios legales y prácticos*, Ediciones Anaya, Salamanca, 1973.
- Martínez Domínguez, Jorge Alfredo, *Derecho civil, parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, Porrúa, México, 1998.

Martínez Gijón, J., “La *commenda* en el derecho español. II. La *commenda* mercantil”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, serie 1a., t. xxxvi, núm. 1, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1966.

_____, “La práctica del comercio por intermediario en el tráfico con las Indias durante el siglo xvi”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1970.

Martínez Val, José María, *Derecho mercantil*, Bosch, Barcelona, 1979.

Mateos Alarcón, Manuel, *Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal*, tomo III, edición facsimilar, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 1992.

Martorell, Ernesto Eduardo, “Tratado de los contratos de empresa”, t. I, en *Teoría general de los contratos de empresa. Leasing. Factoring. Underwriting*, Depalma, Buenos Aires, 1998.

May, Walter E., “International Equipment Leasing the UNIDROIT Draft Convention”, en *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 22, núm. 2, Nueva York, 1984.

Mazeaud Henri, León Mazeaud y Jean Mazeaud, *Lecciones de derecho civil*, parte tercera, vol. IV, trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962.

Merino Merchan, José F., “Dos problemas en torno a las cuentas en participación”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, vol. XII, núms. 31 y 32, Madrid, 1968.

Merle, Philippe y Edith Chavallier-Merle, “L’application jurisprudentielle de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales”, Dalloz, París, 1976.

Messineo, Francesco, *Manual de derecho civil comercial*, ts. III, IV, V y VI, trad. Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954-1956.

Mezzera Álvarez, Rodolfo, *Curso de derecho comercial*, t. II, FCU, Montevideo, 1957.

Molle, Giacomo, “I crediti documentari”, *Banca, borsa e titoli di credito*, *Rivista*

- di Dottrina e Giurisprudenza*, año XXII, fasc. I, Milán, enero-marzo de 1960.
- Montojo Miniaty, Carlos *et al.*, *Nuevas formas de financiación*, s/e, Madrid, 1954-1956.
- Morando, A., *El contrato de cuenta corriente*, trad. Agustín V. Gella, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933.
- Mossa, Lorenzo, *Derecho mercantil*, ts. I y II, trad. Felipe de J. Tena, UTEHA, Buenos Aires, 1940.
- Mosset Iturraspe, Jorge, *Contratos conexos: grupos y redes de contratos*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999.
- Muguillo, Roberto Alfredo, *Cuestiones de derecho societario*, Tucumán, Argentina, 1980.
- Muñiz Argüelles, Luis, *Las cláusulas modificativas de la responsabilidad contractual*, Temis, Bogotá, Colombia, 2006.
- Muñoz, Edgardo, *El derecho de los contratos y de la compraventa en Iberoamérica*, Tirant lo Blanch-Universidad Panamericana, campus Guadalajara-Facultad de Derecho-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2015.
- Muñoz, Luis, *Derecho mercantil*, t. II, Librería Herrero, México, 1952.
- Navarrini, Umberto, *Trattato elementare di diritto commerciale*, vol. II, Turín, 1934.
- Negro Costea, José Luis, *Representación, mandato y poder*, Curso de Perfeccionamiento en Notaría Militar, Escuela Militar de Intervención, Catálogo General de Publicaciones Oficiales, Madrid, 2010, p. 66, <http://www.publicacionesoficiales.boe.es>
- Nisio, Saverio, “In tema di società de associazione in partecipazione”, en *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, año XVI, núm. 5, Milán, septiembre-octubre de 1951.
- Olvera Luna, Omar, *Contratos mercantiles*, Porrúa, México, 1987.

- Ordoqui Castilla, Gustavo, *Abuso de derecho en civil, comercial, procesal, laboral y administrativo*, Editorial San Marcos de Aníbal Jesús Paredes Galván, Perú, 2014.
- Ortiz Illescas, Rafael, “Las reglas de Hamburgo (Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, 1978)”, en Agustín Madrid Parra (coord.), *Derecho uniforme del transporte internacional. Cuestiones de actualidad*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.
- Ortiz Urquidi, “Hechos, actos y negocios jurídicos. Ensayo en revisión a las bases fundamentales de su teoría general”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, t. IX, núms. 35 y 36, UNAM, México, julio-diciembre de 1959.
- Osmida, Innocenti, “Questioni in tema di associazione in partecipazione e di società”, en *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, vol. XXXII, parte 2a., Milán, 1957.
- Ovalle Favela, José, *Comentarios a la Ley Federal de Protección al Consumidor*, McGraw-Hill, México, 1995.
- _____, *Teoría general del proceso*, 5a. ed., Oxford University Press, México, 2001.
- Parellada, Juan Ramón (trad.), *Libro del Consulado del Mar*, Ministerio de Asuntos Exteriores, Dirección General de Relaciones Culturales, MCMLV, 1954.
- Pellisé de Urquiza, Cristina, *Los contratos de distribución comercial*, Bosch, Barcelona, 1999.
- Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Derecho notarial*, Porrúa, México, 1981.
- Pérez Fontana, Sagunto F., *El crédito documentario irrevocable*, Imprenta de Letras, Montevideo, 1966.
- Pérez Herrero, Pedro, *El Consulado de Comerciantes de la Ciudad de México y las reformas borbónicas. El control de los medios de pago durante la segunda mitad del siglo XVIII*, tesis profesional, vol. I, México, 1981.
- Pérez Idiartegaray, Saúl, “Algunas consideraciones sobre el *leasing* financiero

- mobiliario”, en *Revista de Derecho Comercial y de la Empresa*, núms. 27 y 28, Uruguay, julio-diciembre de 1983.
- Pina Vara, Rafael de, *Derecho mercantil mexicano*, Porrúa, México, 1978.
- Planiol, M. y J. Ripert, *Tratado práctico de derecho civil francés*, trad. de M. Díaz Cruz, s/e, La Habana, 1942.
- _____, *Traité élémentaire de droit civil*, 3a. ed., París, trad. Leonel Pereznieto, *Derecho Civil*, Biblioteca Clásicos del Derecho, vol. 8, Oxford University Press-Harla, México, 1997.
- _____ y Jean Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, s/e, París, 1947.
- Porras y López, Armando, *Naturaleza del impuesto sobre la renta*, Textos Universitarios, México, 1976.
- Pruneda G., Armandino, “Notas sobre el contrato mercantil de asociación en participación”, en *Lecturas jurídicas*, Universidad Autónoma de Chihuahua, núm. 58, agosto-octubre, México, 1975.
- Puente Muñoz, Teresa, *El contrato de concesión mercantil*, Montecorvo, Madrid, 1976.
- Puente y F., Arturo y Octavio Calvo Marroquín, *Derecho mercantil*, 27a. ed., Banca y Comercio, México, 1982.
- Quintana Adriano, Elvia Arcelia, *Derecho mercantil*, McGraw-Hill, México, 1997.
- Rabb, Steven S. y Gregory Matusky, *Franquicias. Cómo multiplicar su negocio*, Grupo Noriega Editores, México, 1992.
- Ramella, Agustín, *Del contrato de cuenta corriente, del mandato mercantil de la comisión*, vol. I, León Bolaffio, Alfredo Rocco y César Vivante, *Derecho comercial*, t. 10, trad. Rodolfo O. Fontanarrosa, Ediar Editores, Buenos Aires, 1951.
- Ramírez Baños, F., “La asociación en participación en el derecho positivo mexicano”, en *Revista de la Universidad de San Carlos*, núm. 63, mayo, junio, julio, agosto, Guatemala, 1964.

Realmonte, Francesco, “Associazione in partecipazione e obbligo di collazione”, en *Rivista delle Società*, año vi, Milán, 1961.

Rehme, Paul, *Historia universal del derecho mercantil*, trad. E. Gómez Orbaneja, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941.

Revue General du Droit des Assurances, 1-1996, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1996.

Rico Pérez, Francisco, *Uso y disfrute de bienes ajenos con opción a compra. La contratación por leasing en España*, Reus, Madrid, 1974.

Ripert, Georges, *Tratado elemental de derecho comercial*, trad. Felipe Solá Cañizares, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1954.

Ripert, G. y R. Roblot, *Traité de droit commercial*, t. 2, 16a. ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E.J.A., París, 2000.

Riva, Jorge Luis, *El crédito documentario y la carta de crédito standby en UCP600*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008,

Rivarola, Mario A., *Derecho comercial argentino*, t. 2, s/e, Buenos Aires, 1938.

Rodiere, René, *Droit commercial. Groupements commerciaux*, Dalloz, París, 1980.

Rodiere, R. y J. L. Rives Lange, *Droit bancaire*, 10a. ed., Dalloz, París, 1975.

Rodríguez de San Miguel, Juan, *Curia filípica mexicana*, edición facsimilar, UNAM, México, 1978.

Rodríguez Navarro, Manuel, *Doctrina mercantil del Tribunal Supremo*, Aguilar, Madrid, 1948.

Rodríguez Olmos, Javier Mauricio (comp.), *Principios unidroit, Estudios en torno a una nueva figura franca*, Universidad Externado de Colombia, 2011.

Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, Porrúa, México, 1957.

_____, *Derecho mercantil*, t. II, Porrúa, México, 1982.

_____, *La separación de bienes en la quiebra*, UNAM, México, 1978.

Rodríguez Valcarse, Francesco, “Cuentas en participación. Su prueba”, en *Revista de Derecho Procesal*, publicación iberoamericana y filipina, núm. 3, Madrid, 1958.

Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil mexicano*, t. IV, “Contratos”, 25a. ed., Porrúa, México, 1998.

Rolin, Serge, *El leasing*, trad. Tomás Pérez Ruiz, Pirámide, Madrid, 1970.

Rosenberg, León, *Tratado de derecho procesal civil*, t. I, trad. Ángela Romera Vera, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955.

Rotondi, Mario, *Istituzioni di diritto privato*, vol. I, CEDAM, Milán, 1962.

Rousseau, Jean Jacques, *Sociétés commerciales*, t. II, Rousseau y compañía, París, 1878.

Ruggiero, Roberto de, *Instituciones de derecho civil*, trad. Ramón Serrano Suñer y José Santa Cruz Tejeiro, vol. II, Reus, Madrid, 1931.

Ruiz Rueda, Luis, *El contrato de seguro*, Porrúa, México, 1978.

_____, *El contrato de fianza a favor de tercero*, Porrúa, México, 1956.

_____, *El contrato de fianza de empresa en el Proyecto de Código de Comercio*, s/e, México, 1960.

Ryn, Jean van y Emile Bruylant, *Principes de droit commercial*, Etablissements Emile Bruyant, Bruselas, 1965.

Salandra, Vittorio, “Contratti preparatori e contratti di coordinamento”, *Rivista di Diritto Commerciale*, Milán, 1940.

Sambo, Mario, “Il credito documentario con pagamento dilazionato”, *Banca, borsa e titoli di credito*, año XXXIII, nueva serie-XXIII, fasc. II, Milán, abril-junio.

Sánchez Cordero y Dávila, Jorge, “Teoría general del contrato”, en *Introducción al derecho mexicano*, t. I, UNAM, México, 1981.

- Sánchez Medal, Ramón, *De los contratos civiles*, Porrúa, México, 1997.
- Santa María, Jorge López, *Obligaciones y contratos frente a la inflación*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1980.
- Santamaría M., Francisco J., “A propósito de la sindicación de accionistas”, *Libro homenaje a Jorge Barrera Graf*, t. II, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1989.
- Santoro-Passarelli, Francesco, “Variazione penalistica sui leasing”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año XXXVIII, núm. 3, Milán, septiembre de 1984.
- Santos Briz, Jaime, “La relación de liquidación o extinción en algunos contratos”, en *Revista de Derecho Privado*, octubre, Madrid, 1960.
- Satanowsky, Marcos, *Tratado de derecho comercial*, s/e, Buenos Aires, 1957.
- Sautel, G., *Le contrat de commission*, Librairie Dalloz, París, 1949.
- Savatier, René, *Droit des affaires*, vol. 3, s/e, París, 1962.
- Sayers, R. S., *La banca moderna*, 3a. ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1956.
- Scrufari, Giuseppe, “II leasing (mobiliare) nei suoi aspetti giuridici, economici, contabili e nei rapporti con la normativa dogale”, *Rassegna di diritto e tecnica doganale e delle imposte di fabbricazione*, año XXXII, núm. 10, Roma, octubre de 1983.
- Sherer, S. N., *Historia del comercio de todas las naciones desde los tiempos más remotos hasta nuestros días*, vol. I, trad. los alumnos de francés del Ateneo Mercantil de Madrid, Carlos Bailly Pailliere, Madrid, 1878.
- Shippey, Karla C., *Guía práctica de contratos internacionales. Cómo redactar un contrato internacional de ventas*, CECOSA, México, 2003.
- Silli, Alfredo, “El arrendamiento financiero en México”, *Investigación fiscal*, núm. 48, México, diciembre de 1969.
- Soprano, Enrico, *Trattato teorico-pratico delle società commerciali*, s/e, Turín,

1934.

Sraffa, A., *Del mandato commerciale e della commissione*, 2a. ed., Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milán, 1933.

Sui Villanueva, Carlos, Ernestina Huerta Ríos y Luis Marquet Venegas, *Arrendamiento financiero. Estudio contable y fiscal y financiero*, Instituto Mexicano de Contadores Públicos, A.C., México, 1993.

Supino, David, *Derecho mercantil*, trad. Lorenzo Benito, s/e, Madrid, s/a.

Tabet, Andrea, “Locazione di beni strumentali (leasing)”, *Banca, borsa e titoli di credito*, t. II, Milán, 1973.

Tamburrino, Giuseppe, *Manuale di diritto commerciale*, s/e, Roma, 1962.

Tellado H., Antonio, *Las sociedades comerciales en la República Dominicana*, s/e, Santo Domingo, 1939.

Tena, Felipe de J., *Derecho mercantil mexicano*, 10a. ed., Porrúa, México, 1980.

Thaller, E., *Traité élémentaire de droit commercial*, s/e, París, 1931.

Tobio Rivas, Ana María, *Limitaciones de los derechos de asistencia y voto del accionista*, Civitas, Madrid, 1995.

Torrellas, Felio Antonio, *Sociedades financieras. Estudio macro y microeconómico de las financiaciones especializadas y del crédito a medio y largo plazo*, Mateu Cromo, Madrid, 1976.

Torruco Marqués, Miguel y Manuel Ramírez Blanco, *Servicios turísticos. La oferta turística y sus principales componentes*, Diana, México, 1997.

Trans-Lex.org Law Research, *Principles with Commentary*, 2a ed., Universidad de Colonia, Alemania, 2012.

Trouillat, Robert, *Le droit nouveau des sociétés commerciales. La loi du 24 juillet 1966 et les textes d'application commentés*, Dalloz, París, 1967.

Trucco B., Eduardo, “Comentarios en torno al leasing”, *Revista de Derecho*, Concepción, año XLIII, núm. 164, enero-diciembre de 1976.

Tyan, Emile, *Études de droit commercial*, Leiden, E. J. Brill, Beirut, 1975.

Unidroit, *Draft Convention on International Leasing*, STUDY LIX-DOC. 48 (versión original en inglés), Roma, octubre de 1987.

_____, *Principios sobre los contratos comerciales internacionales*, trad. A.M. Garro, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, Roma, 1995.

Uria, Rodrigo, *Derecho mercantil*, Porrúa, Madrid, 1966.

Valeri, Giuseppe, *Manuale di diritto commerciale*, t. 2, s/e, Florencia, 1946.

Vásquez del Mercado, Óscar, *Contratos mercantiles*, Porrúa, México, 1996.

_____, “Venta de inmuebles aportados a una asociación en participación”, en *Jus, Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, t. xxxvii, núm. 153, México, julio-septiembre de 1957.

Vázquez Arminio, Fernando, *Derecho mercantil, fundamentos e historia*, Porrúa, México, 1977.

Vázquez Martínez, Edmundo, *Derecho mercantil*, t. 1, Juricentro, Guatemala, 1966.

Vázquez Pando, Fernando A., “En torno al arrendamiento financiero”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 4, núm. 4, México, 1980.

Vicente y Gella, Agustín, *Curso de derecho mercantil comparado*, t. 2, s/e, Madrid, 1945.

Vidal Blanco, Carlos, *El leasing, una innovación en la técnica de la financiación*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1977.

Videla Escalada, Federico, “El contrato de sociedad en el derecho civil”, en *Lecciones y ensayos*, núm. 8, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1958.

Villegas, Rafael, *Derecho civil mexicano*, tomos relativos a Contratos y Obligaciones, México, Porrúa, 1994.

Vincent, Louis y Pierre Dehan, “La nature du contrat de leasing”, *Revue Critique*

de Jurisprudence Belge, 3er. trimestre de 1967.

Viteri Cifuentes, Kleber, *Curso de derecho mercantil ecuatoriano*, s/e, Guayaquil, 1943.

Vivante, César, *Tratado de derecho mercantil*, t. I, Reus, Madrid, 1936.

_____, “Gli azionisti non possono alienare o vincolare il loro diritto di voto”, *Rivista del Diritto Commerciale*, t. II, Milán, 1914.

_____, *Tratado de derecho mercantil*, vol. I, trad. César Silió Belena, Reus, Madrid, 1982.

Zaldívar, Enrique *et al.*, *Contratos de colaboración empresarial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.

Zamora y Valencia, Miguel Ángel, *De los contratos civiles*, Porrúa, México, 1981.

Zanelli, Enrico; “Oggetto sociale di attività economica nella società a nell’associazione in partecipazione”, en *Rivista di Diritto Civile*, año VI, Milán, 1961.



Abuso del derecho, 39

Actos propios (*stoppel*), 40

Agente(s)

aduanales, 294

de seguros y de fianzas, 293

de viajes, 295

navieros, 294

Anatocismo, 50, 510

en el *Código de Comercio*, 516

perjudica al deudor, 522

temporalidad en el pacto de, 518

Arrendadora financiera

derechos de la, 468

celebración del contrato de seguro, 469

cesión de derechos y de contrato, 470

ejercicio directo y personal de las acciones y defensas, 470

indemnización de daños y perjuicios, 469

primer beneficiario del seguro o garantía, 469

obligaciones de la, 465

adquisición de los bienes objeto del contrato, 465

concesión del uso o goce de los bienes, 467

entrega de los bienes objeto del contrato, 466

prestación de carácter negativo, 468

transmisión de derechos de comprador, 468

Arrendamiento financiero, 450

actos de tercero, 462

adquisición del bien, 463

características, 452

clases de, 474

lease back, 474

leasing inmobiliario, 475

subleasing, 474

dummy corporation, 476

elementos

de validez, 455

del contrato, 455

esenciales, 455

naturaleza jurídica, 454

obligaciones y derechos derivados del contrato, 456

opciones terminales, 462

oportunidad del ejercicio de la opción, 464

participación del producto de la venta del bien, 464

pérdida de la cosa por caso fortuito o fuerza mayor, 461

prórroga del plazo, 464

resolución del contrato, 471

selección del proveedor y de los bienes, 460

tácita reconducción, 473

vicios o defectos ocultos, 461

Arrendatario financiero, obligaciones del, 456

conservación de los bienes, 459

forma de pago, 457

integración del precio, 457

uso convenido, 460

Asociación en participación, 315

acción pauliana, 340

acción subrogatoria, 340

antecedentes, 315

asociado y terceros, 338

carácter contractual, 321

consideraciones generales, 315

contrato de colaboración, 321

derechos de asociado y asociante, 330

entrega de la aportación, 330

percepción de utilidades y pérdidas, 332

rendición de cuentas y derecho de control, 330

restitución de bienes aportados, 331

derechos y obligaciones de las partes, 326

elementos del contrato, 322

calidad de comerciantes, 326

capacidad en el contrato, 325

causa de la, 323

consentimiento, 322

forma del contrato de, 325

objeto de la, 323

extinción y liquidación de la, 341

acuerdo de las partes, 342

conforme a la ley, 341

denuncia del contrato, 345

exclusión del asociado, 343

expiración del término fijado en el contrato, 341

imposibilidad de cumplir con el objeto, 341

muerte de alguna de las partes, 342

rescisión de la asociación en participación, 343

naturaleza jurídica de la, 318

- obligación directa del asociado, 339
- obligación solidaria del asociado, 339
- otras causas de extinción, 346
- propiedad de los bienes aportados, 333
- relaciones con terceros, 337
- terminología, 318
- Autofinanciamiento, 552
 - administrador, 557
 - características, 554
 - cliente o usuario, 560
 - elementos
 - formales, 556
 - personales, 557
 - reales, 556
 - mercantilidad, 554
 - sistema de comercialización, 555
- Autonomía de la voluntad, 33, 740
 - límites a la, 34
 - a la renuncia de derechos, 36
 - de orden o interés público, 34
 - en atención a leyes prohibitivas, 36
 - por las buenas costumbres, 37

por los derechos humanos, 37

Autonomía del acuerdo arbitral, 143

Cesión, 403

alcances de la, 404

clases de, 407

de créditos mercantiles, 407

de derechos de comprador de la arrendadora financiera, 410

de póliza de seguro, 410

de contrato, 412

de créditos internacionales, 413

de créditos mercantiles, 403

objeto, 404

de derechos, 411

derivados del contrato de arrendamiento financiero, 411

de deudas, 413

efectos de la, 405

forma de la, 405

internacional de créditos, 413

responsabilidad del cedente, 406

Cláusula(s)

abusivas, 52

de devaluación, 46

de integración o de totalidad de lo acordado, 750

de los contratos mercantiles, 135

accidentales, 136

de efectos adversos relevantes, 139

esenciales, 136

naturales, 136

del acuerdo, 144

implícitas, 749

nulas, 46

en los contratos de servicios de acceso a internet, 54

que implican prácticas monopólicas relativas o verticales, 47

usuales y características, 194

de exclusiva, 194

de preferencia, 195

Comercio electrónico, 107

contratos relacionados con el, 124

de certificación de autoridad, 128

de desarrollo tecnológico, 127

operación de sistema en internet, 126

prestación de servicios de acceso a internet, 125

promocionales, 126

renta de espacio en línea y servicios relacionados, 126

suministro de información, 126

en México, 115

eficacia de los contratos por, 107

internacional, 111

constancia por escrito, 112

en forma original, 112

firma, 112

pruebas electrónicas, 112

reformas sobre, 117

Comisión mercantil, 253

antecedentes, 253

clases de, 274

derechos del comisionista, 271

derechos y obligaciones del comitente, 273

elementos

de validez, 265

del contrato, 261

esenciales, 261

personales, 265

en relación con los contratos de agencia, consignación y mediación, 277

extinción del contrato, 275

naturaleza jurídica, 256

obligaciones del comisionista, 266

frente a terceros, 270

terminología, 255

Comisionista

derechos del, 271

derechos de retención, 272

reembolso de gastos, 272

remuneración, 272

venta de bienes, 271

obligaciones del, 266

comisión en garantía o *star del credere*, 270

conservación y adecuado empleo de cosas y dinero recibidos, 267

ejercicio personal del encargo, 266

prohibición de autoentrada, 268

rendición de cuentas, 270

secreto de la comisión, 268

sujeción a instrucciones del comitente, 266

ventas a plazos, 269

Comprador

acciones del

caducidad y prescripción de la acción, 158

cumplimiento forzado más el pago de daños y perjuicios, 161

nulidad del contrato por vicios en el consentimiento, 161

quantum minoris o estimatoria, 158

redhibitoria, 157

saneamiento para el caso de evicción, 161

derechos y obligaciones del, 727

incumplimiento, 730

obligaciones del, 164

cumplimiento forzado, 166

mora en el pago, 165

pagar el precio, 164

recibir la cosa, 165

rescisión del contrato, 165

Compraventa(s)

a domicilio, mediata o indirecta, 181

bursátiles, 172

compensatoria (*counter purchase*), 24

con pacto de compra (*buy back*), 24

de control accionario de sociedades no cotizadas, 171

en la *Ley Federal de Protección al Consumidor*, 178

en tránsito o encadenadas, 178

Compraventa internacional de mercaderías, 714

consentimiento, 720

aceptación, 721

contraoferta, 722

oferta, 720

perfeccionamiento, 722

elementos del contrato, 720

extinción del contrato, 735

forma, 724

mercaderías, 723

plazo

razonable, 731

suplementario, 731

transmisión de riesgos, 733

Compraventa mercantil, 82, 147

acciones del comprador, 157

adquisición de control en bolsa, 174

bursátiles, 172

caracterización de la, 147

clases de, 168

de acciones, 169

formalidades, 171

restricciones, 171

marítima, 168

de control accionario de sociedades no cotizadas, 171

elementos del contrato de, 151

consentimiento, 151

forma, 152

objeto, 151

modalidades de la, 166

a la vista, 166

con expedición o indirecta, 167

contra documentos, 168

sobre muestra o calidades, 167

obligaciones del comprador, 164

partes del contrato, 152

obligaciones del vendedor, 153

promociones y ofertas, 179

normas para las, 180

tendencia de unificación de normas, 150

Consignación o contrato estimatorio, 231

características y diferencias con otros contratos, 248

derechos del consignatario, 246

elementos personales, 234

formalidad, 234

naturaleza jurídica, 232

obligaciones del consignatario, 240

terminación del contrato, 248

Consignante, obligaciones del, 235

entregar la cosa, 235

pagar al consignatario la prestación pactada en el contrato, 237

pago de almacenaje, 239

transmitir la disponibilidad, 235

transmitir la posesión de los bienes consignados, 236

transmitir la propiedad de los bienes al adquirente, 237

Consignatario

derechos de, 246

adquisición de la propiedad, 248

derecho de retención, 248

disposición de los bienes, 246

recibir la contraprestación pactada en su favor, 247

obligaciones del, 240

asunción del riesgo de la cosa, 245

conservación de los bienes, 245

pago del precio o restitución de la cosa, 240

restitución de los bienes, 244

Consumidor, derechos especiales del, 182

Contrato(s)

condicionado, 749

en términos abiertos, 749

entre personas no presentes, 92

entre presentes (*vis a vis*), 92

interpretación de los, 28

reglas de, en el Código Civil, 29

reglas de Pothier sobre, 29

y la jurisprudencia, 30

nulos, 43

en fraude de acreedores, 43

prácticas monopólicas absolutas, 44

venta de bienes dados en prensa sin transmisión de posesión, 44

por teléfono, 92

por tiempo indefinido, 753

régimen jurídico de los, 27

relatividad del, 26

resolución del, 757

tipo (uso y formularios), 131

aprobación administrativa de contratos mercantiles, 132

modelos de la CCI, 131

modelos de la Profeco, 132

validez del, 753

Contrato de agencia, 279

clases de agentes, 293

elementos personales en la agencia, 285

extinción, 290

función económica, 279

indemnización al agente, 292

mandato mercantil, 285

notas características, 282

obligaciones del agente, 286

obligaciones del empresario, 288

remuneración, 288

Contrato de franquicia, 384

características, 390

Circular Oferta de Franquicia, 387

clases de, 388

Documento de Divulgación de Franquicia, 388

elementos personales, 393

elementos reales, 397

forma y contenido del, 392

mercantilidad del contrato, 389

naturaleza jurídica, 398

terminación, 398

Contrato de seguro, 608

asegurado, 618

aseguradora, 613

aseguramiento de tercero, 637

beneficiario, 618

características del, 610

coaseguro, 624

cobertura, 637

condiciones generales, 612

contraseguro, 626

contratante, 615

de daños y cosas, 626

diferencias con otros contratos, 611

elementos

formales, 618

personales, 613

reales, 618

infraseguro, supraseguro y seguros múltiples, 628

interés

asegurable, 628

económico, 620

mercantilidad, 610

póliza, 619

naturaleza jurídica de la, 619

prescripción, 641

reaseguro, 625

riesgo y siniestro, 621

terminación del, 640

Contratos de garantía, 644

clases de garantías, 645

función de los, 644

Contratos internacionales, 703

dépeçage, 704

lex mercatoria, 707

ley aplicable, 705

organismos internacionales, 708

prestación más característica, 706

Contratos mercantiles

clasificación de los, 9

abiertos, 15

accesorios, 18

aleatorios, 17

asociativos, 20

atípicos (innominados), 9

Bartering, 13

Confirming, 10

derivado, 11

DIP Financing, 11

electrónicos o telemáticos, 11

Escrow, 11

Forfaiting, 11

Forward, 11

Fractional ownerships, 11

Hosting, 12

llave en mano (*turnkey*), 12

Management, 12

Merchandising, 12

Partenariat, 12

Product placement, 13

Sponsoring, 12

Stand, 13

suministro llave en mano, 13

Swaps, 13

testimonial, 14

tiempo compartido, 14

Underwriting, 14

bilaterales, 16
cerrados, 15, 16
combinados, 23
compensatorios, 23
conexos, 25
conmutativos, 17
consensuales, 18
de adhesión, 19
de cambio, 20
de colaboración, 20
de ejecución instantánea, 18
de libre discusión, 19
de organización, 20
de tracto sucesivo, 19
definitivos, 18
gratuitos, 17
mixtos, 15
múltiples, 22
normativos, 15
onerosos, 17
plurilaterales, 17
preparatorios, 18

principales, 18

reales, 18

típicos (nominados), 9

unilaterales, 16

vinculados o coaligados, 21

de adhesión, 128

distinción entre contratos civiles y, 7, 147

acto de comercio, 7

concepto de contrato mercantil, 8

importancia de la, 149

forma en los, 96

ilicitud en los, 42

licitud de los, 33

principios de los, 33

Convención sobre Representación en la Compraventa Internacional de Mercaderías, 295

Corretaje, 83

Crédito(s) documentario(s), 761

antecedentes, 761

carta de crédito doméstica, 776

clasificación, 768

créditos subsidiarios, 773

denominación del contrato, 765

- elementos personales, 779
- naturaleza jurídica, 767
- obligaciones del banco emisor, 781
- reglas y usos uniformes, 764
- requisitos de los, 777
- Cuenta corriente, 85
- Depósito mercantil, 533
 - bancario de dinero, 544
 - características, 534
 - clasificación, 534
 - contrato de, 533
 - de ahorro, 546
 - de títulos, 548
 - elementos
 - de existencia, 536
 - de validez, 536
 - en almacenes generales, 537
 - en cuenta de cheques, 543
 - obligaciones de las partes, 541
 - para inversión, 547
 - servicio de cajas de seguridad, 548
 - tipos de, 534

Depósitos bancarios, 85

Derecho

de retención, 156

marítimo, 83

Descuento, 414

bancario, 414

características principales, 416

de crédito en libros, 418

de títulos, 416

elementos de existencia y de validez, 417

objeto, 416

obligaciones de las partes, 417

Distribución, 365

características, 366

clases de, 378

cláusulas tipificantes, 367

concesión y, 380

elementos personales, 370

elementos reales, 370

mercantilidad del contrato, 366

obligaciones y derechos del distribuidor, 371

obligaciones y derechos del fabricante o productor, 370

prácticas monopólicas, 379

terminación, 372

sin causa, 373

Edición, 598

causas de extinción del contrato, 606

de obra literaria, contrato de, 601

de obra musical, contrato de, 601

elementos

formales, 605

personales, 602

reales, 605

forma, 600

mercantilidad del contrato, 599

obra futura, 605

Entrega

forma de, 155, 192

gastos de, 155, 192

lugar de, 155, 192

plazo de, 154, 191

Exención de responsabilidad por dolo, 46

Factorado, 437

obligaciones y derechos del, 439

Factoraje, 420

al revés, 445

anticipo bancario, 443

características del contrato, 424, 446

cesión de créditos, 441

clasificación del, 446

descuento, 442

elementos

del contrato de, 428

personales, 431

reales, 429

financiero como actividad auxiliar del crédito, 426

mercantilidad, 424

naturaleza jurídica, 441

operación de crédito, 444

promesa de, 428

seguro de crédito, 443

ubicación, 420

Factorante, 431

obligaciones y derechos del, 431

Fianza(s), 84, 644

beneficiario, 666

clases de, 671

coafianzamiento, 670

contratante, 665

de crédito, 671

de la empresa, 654

elementos

formales, 655

personales, 656

reales, 656

fiado, 666

fiador, 656

figuras afines, 647

garantía de recuperación, 667

mercantilidad de la, 653

reafianzamiento, 669

Firmas electrónicas, 113, 122

Formación del contrato, 88

mercantil, 87

capacidad, 101

cláusulas del acuerdo, 144

elementos del acuerdo, 142

capacidad, 143

consentimiento, 142

forma, 143

objeto del arbitraje, 143

forma, 121

momento de la recepción, 121

objeto, 95

valor probatorio, 123

por fax, correo electrónico, internet, 119

Hipoteca, 644, 695

características, 697

cartas de crédito contingente, 701

de empresa, 698

garantías internacionales, 701

marítima, 699

Incoterms, 786

características, 791

clasificación de los, 789

documentos en los, 801

en el comercio exterior mexicano, 803

en México, 802

jurisprudencia mexicana y los, 805

versiones de, 787

Indemnización

de seguros condicionada, 47

en caso de terminación del plazo o denuncia, 376

por aviso injustificado, omitido o inoportuno, 377

por clientela, 377

por terminación del contrato, 377

Instrumentos de formación progresiva de los contratos, 87

carta de intención, 88

carta opción, 88

memorándum de entendimiento, 88

Interés(es), 63

convencional, 63

legal, 63

lesivo, 66

usurario, 66

Joint venture, 350

características, 361

función económica, 350

mercantilidad, 357

naturaleza del contrato de, 358

objeto, 356

partes, 356

Mandato mercantil, 218

alcances del, 222

características del, 222

clases de, 220

mercantilidad del, 218

perfeccionamiento del, 222

Mediación o corretaje, 300

características, 304

clases de corretaje, 309

mediación de bienes raíces o inmobiliaria, 309

mediación en servicios, 310

mediación turística o de viajes, 309

contraprestación, 306

diferencias entre agencia y mediación, 308

elementos personales, 305

formalidades, 311

mercantilidad, 303

obligaciones del mediador, 305

ubicación, 300

Mensaje de datos, 118

“constar por escrito” y “de firma”, 99

en instrumento público, 100

Multipropiedad, 500

Normas generales y especiales de los contratos mercantiles, 56

arras, 73

cláusula penal, 67

lesión, 71

lugar de pago, 61

mora, 62

obligaciones en dólares, 75

obligaciones en pesos, 74

pago en efectivo, 74

pago en especie, 75

obligaciones en Udis, 78

plazo de cumplimiento, 60

obligaciones con plazo, 60

obligaciones sin plazo, 60

plazo razonable, 61

prescripción en los contratos mercantiles, 79

privacidad de datos personales, 79

supletoriedad e incorporación, 56

Nulidad de los contratos, 102

absoluta, 102

falta de forma, 106

incapacidad, 107

relativa, 103

vicios del consentimiento, 103

Obligaciones mercantiles, 1

fuentes de las, 1

acto ilícito, 6

acto jurídico, 2

contrato, 3

declaración unilateral de voluntad, 4

enriquecimiento sin causa o ilegítimo, 5

estipulación a favor de tercero, 4

gestión de negocios, 4

ley, 2

negocio jurídico, 2

pago de lo indebido, 5

responsabilidad objetiva, 4

usos y costumbres mercantiles, 6

Oferta(s), 88, 180

pública de adquisición, 173

Pacta sunt servanda, 39, 740

Pacto(s)

de retroventa, 46

- parasociales sobre la venta de acciones, 178
- derecho de adhesión o acompañamiento, 178
- derecho de arrastre, 178
- derecho del tanto, 178

Pago

- con cheque u otro instrumento, 751
- imputación de, 752
- moneda de, 752

Policitación, 89

Prenda, 644

- acreedor prendario, 683
- clasificación de la, 685
- deudor prendario, 684
- extinción de la, 695
- mercantil, 679
- ordinaria, 690
- sin transmisión de posesión, 85, 692

Préstamo mercantil, 504

- derechos y obligaciones
- del prestador, 507
- del prestatario, 508
- elementos

personales, 507

reales, 506

intereses moratorios y su capitalización en el, 509

mercantilidad, 505

modalidades del, 524

bancario directo, personal o quirografario, 524

de dinero, 524

de mercancías, 531

de títulos o valores, 528

hipotecario, 526

para la vivienda de interés social, 528

prendario, 525

Principios

del comercio electrónico, 42

Unidroit, 737

aplicación, 739

batalla de formularios, 748

buena fe y lealtad negocial, 740

contratos mercantiles internacionales, 739

diligencia contractual, 742

excesiva desproporción, 744

formación del contrato, 743

interpretación del contrato, 743

naturaleza jurídica, 738

oferta, 743

usos y prácticas comerciales, 742

vicios del consentimiento, 744

Reporto, 206

concepto y mercantilidad, 206

duración, 214

elementos personales, 210

elementos reales, 207

naturaleza jurídica, 214

obligaciones de las partes, 210

Representación, 222

actos *ultra vires*, 225

clases de, 223

contenido de la, 223

responsabilidad por exceso de

facultades, 226

Retraso desleal o mora del acreedor, 41

Seguro(s), 84

de daños regulados por la *Ley sobre el Contrato de Seguro*, 629

contra granizo, 630

contra incendios, 629

de caución, 632

de ganado, 630

de provechos esperados, 630

de responsabilidad, 631

de transporte terrestre de cosas, 630

marítimo, 632

de personas, 635

asegurado, 635

aseguradora, 635

beneficiario, 636

contratante, 636

Sociedades mercantiles, 84

Suministrante, obligaciones y derechos del, 191

entregar la cosa, 191

fijar el precio, 193

garantizar las calidades de la cosa, 192

recibir el precio, 192

responder de los vicios ocultos, 192

Suministratario, obligaciones y derechos del, 193

mínimos y máximos, 193

pagar el precio, 193

recibir la cosa, 193

Suministro y suscripción, 185

características del contrato de suministro, 200

clases de suministro, 188

cláusulas usuales y características, 194

contrato de suscripción, 204

elementos personales, 189

elementos reales, 190

mercantilidad del contrato, 186

naturaleza jurídica, 196

obligaciones y derechos del suministrante, 191

del suministratario, 193

semejanzas y diferencias con la compraventa, 197

terminación, 201

Teoría(s)

del *knock out*, 749

del último disparo (*last shot*), 748

para la integración de los contratos atípicos, 32

Tiempo compartido, 478

características, 481

elementos

formales, 486

personales del contrato, 488

reales, 486

mercantilidad del contrato, 480

naturaleza jurídica, 481, 498

obligaciones

contractuales, 490

precontractuales, 489

prestación de servicios en el extranjero, 496

terminación del contrato, 500

usuario, derechos y obligaciones, 494

Transporte de mercancías, 563

carta de porte marítima, 587

clasificaciones, 568

conocimiento de embarque, 584

documento de transporte multimodal, 588

elementos

formales, 580

personales, 572

cargador, 576

consignatario, 577

porteador, 572

reales, 579

marco jurídico, 565

marítimo, 583

mercantilidad del contrato, 564

representaciones informáticas o electrónicas, 589

responsabilidad

del porteador, 590

objetiva y cobertura, 594

terminación del contrato, 582

transporte terrestre de carga, 571

Vendedor

derechos y obligaciones, 724

incumplimiento del, 729

obligaciones del, 153

entregar la cosa, 153

garantizar las calidades de la cosa, 156

responder de los vicios ocultos, 156

responsabilidad del, 175

Vicios

exención de responsabilidad por, 157

o defectos ocultos, responder de los, 156