



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

INCUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:  
LICENCIADO EN DERECHO  
PRESENTA EL PASANTE  
DIAZ SILVA RAYMUNDO



MEXICO, D. F.

FACULTAD DE DERECHO  
COORDINACION DE EXAMENES  
PROFESIONALES

1984.



Universidad Nacional  
Autónoma de México



## **UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso**

### **DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

# EL INCUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS

## I N D I C E

	Pág.
CAPITULO I	
EL CONTRATO EN GENERAL	1
1.- Definición	5
2.- Función Jurídica del contrato	11
3.- Elementos de existencia	14
4.- Elementos de validez	34
5.- Requisitos de eficacia	42
6.- Interpretación de la voluntad de los contratantes	44
7.- El contrato como fuente creadora de obligaciones	50
CAPITULO II	
EL INCUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS EN EL DERECHO COMPARADO	
1.- Legislación francesa	53
2.- Legislación española	58
3.- Legislación del Brasil	63
4.- Legislación chilena	67
5.- Legislación argentina	74
6.- Legislación alemana	80
7.- Nuestra legislación de 1870 y 1884	86
CAPITULO III	
NUESTRO DERECHO VIGENTE EN LA MATERIA	
1.- Generalidades	91

## II

2.- Situaciones concretas	
a.- La ejecución forzada	96
b.- Acción de rescisión	99
c.- Acción de cumplimiento	106
d.- Saneamiento en caso de evicción	110
e.- Saneamiento en caso de vicios ocultos	115
f.- Derecho de retención	119
g.- Exigir el pago de daños y perjuicios	122
3.- Causa de incumplimiento no imputable al deudor: el caso fortuito y fuerza mayor.	128
CONCLUSIONES	133
BIBLIOGRAFIA	I - III

## EL INCUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS

### CAPITULO I

#### EL CONTRATO EN GENERAL

La palabra "contrato", según los antecedentes etimológicos de que tenemos noticia, proviene del latín *contractus*, que significa: contraer, unir, contrato, estrechar, pacto. Y esta voz a su vez deriva de *contraho*, que entre otras acepciones significa: -- juntar o reunir.

Ya en el Digesto se usaba el término de "contrato", refiriéndose a la idea de convención, y decía: "convienen los que de diversos puntos se reúnen y van a un mismo lugar; así también los que, por diversos movimientos del ánimo, consienten en una misma cosa, esto es, se encaminan a un mismo parecer." (1)

Esta misma fuente jurídica, tratando de encontrar el fundamento y eficacia de dicha institución, señalaba que: "no hay cosa - mas conforme a la fe humana que cumplir los hombres lo que pacta ron" (2). Era considerada en este sistema jurídico a la confianza mutua, como la base del contrato.

Posteriormente el Derecho canónico fundaba el contrato en normas morales y disponía que toda clase de pactos debían cumplirse (*pacta sunt servanda*).

ORIGEN DEL CONTRATO. Tomando en cuenta lo que para los romanos significaba la palabra contrato, tenemos que el origen de esta institución surgió con la apropiación de los animales por la caza, de frutos o gemas, estableciéndose por este simple hecho -

(1) Diccionario Jurídico Omeba, Pág. 120. Num. 1

(2) Diccionario Jurídico Omeba, Pág. " " 1

una relación inmediata y directa sobre la misma cosa apropiada, y que el Derecho romano reconocía y denominaba propiedad o ius in re de dominio.

Posteriormente, el propietario podía transferir dichos bienes a otra persona y recibir por ellos un precio, es decir, a su vez, el nuevo propietario adquiría de esa manera un derecho real sobre la misma, circunstancia esta que dió otra característica al contrato, es decir la relación ya no era del propietario y la cosa que poseía, sino que surgieron las relaciones directas entre los sujetos que poseían o le transmitían la cosa.

Como podemos apreciar de lo anterior, existe en esta relación dos declaraciones de voluntad: una traslativa de derechos, denominada oferta; y otra receptiva, llamada aceptación. Ambas, aun cuando son independientes una de la otra, deben ser concurrentes, esto es, que las dos voluntades deben coincidir en un mismo fin u objeto: el uno a transmitir la propiedad y el otro a pagar un precio cierto.

Es necesario hacer la observación de que en el Derecho romano el simple acuerdo de las partes no era suficiente para obligarse sino que era necesario que el legislador la hubiese distinguido de las demás convenciones, sancionándola con una acción, y además que la hubiese nominado; luego entonces, "todo contrato presentaba las siguientes características:

- 1.- Contenía una convención;
- 2.- Esa convención tendía a obligar;
- 3.- Llevaba un nombre técnico, (había sido nominado; y

#### 4.- Daba una acción." (3)

EVOLUCION DEL CONTRATO. Nos explica el maestro Agustín Bravo - González, que en el Derecho romano antiguo no se conoció en las - convenciones contractuales la buena fe, esto tal vez se debió a - que realmente no había mucha necesidad del intercambio, pues por lo general cada familia producía sus propios satisfactores.

Después, debido al contacto con otros pueblos, las costumbres del pueblo romano cambian, pudiera ser que sus necesidades por intercambiar o adquirir objetos aumentara, esto hace que vaya desapareciendo el formalismo tan estricto y se fuera acogiendo más a la buena fe y a la equidad.

Posteriormente, en el Derecho canónico se elimina totalmente - el formalismo romano, estableciéndose por la iglesia que los pactos debían ser cumplidos, imponiendo la obligación moral de no engañar ni causar daños a sus semejantes y les imponían censuras eclesiásticas a aquellos que menospreciaran su promesa dada o que no observaran los simples pactos.

El Derecho francés adoptando el sistema canónico del consensualismo, coloca la base fundamental de las obligaciones contractuales en la voluntad de las partes. Así, "Domat sostiene que los -- contratos y las convenciones se forman por consentimiento mutuo y recíproco de las partes." (4)

Una vez formados los contratos y siendo lícitos estos, se convierten en ley para las partes, importando poco que sean nominados o innominados.

3) Bravo González, Agustín. 2do. Curso de D. Romano. Pax-México, Pág. 29, Num. 9.

4) Diccionario Jurídico Omba, Pág. 122, Num. 6

Estos son los aspectos mas generales de los contratos, pues ahondar más sobre sus orígenes y evolución nos desviaría del tema principal, por lo que aquí concluimos estas generalidades y en el siguiente inciso, analizaremos las diferentes definiciones que -- nos dan tanto la doctrina como las diversas legislaciones universales.

## 1.- Definición

Breve referencia histórica.- Derecho romano.

Para los jurisconsultos romanos no fué de importancia definir al contrato, pero si pusieron un gran interés en clasificarlo -- así como precisar el caracter distintivo de cada uno de ellos.

Según nos explica el maestro Agustín Bravo González que en el Derecho romano en el fondo de todo contrato había una convención o pacto, y junto a esa convención una o varias obligaciones que para ser consideradas como contrato requerían de los siguientes requisitos: a). Contuviera una convención; b). Que esa convención tendiera a obligar; c). Que llevara un nombre técnico, (hubiera sido nominada), y, d). Que diera una acción.

Con estos elementos el autor citado considera que podría entresacar una definición sobre el contrato en el Derecho romano y es el siguiente: "es una convención destinada a crear obligaciones, que ha sido sancionada y nombrada por el Derecho civil." (5)

La anterior definición no es de los jurisconsultos romanos ya que como se vuelve a repetir, los romanos no definieron al contrato solamente exponían las características del mismo.

Derecho canónico.

En éste sistema legal canónico tampoco definen al contrato, -- solamente nos dicen que son obligatorios todos los convenios por intervenir en ellos la buena fe. Para los canonistas cambia por completo la concepción de lo que para los romanos era el contrato En el Derecho canónico se elimina el rigorismo que existía en la

(5) Bravo Glez., Agustín. Ob. Cit. Pág. 29, Núm. 9

legislación romana, y a tal grado lo logra, que aún los derechos adquiridos por disposición de la ley podían ser extinguidos por un simple convenio entre las partes, así es que para la legislación del Derecho canónico el pacto o convenio, era la máxima ley en los contratos. Así, el Pontífice Gregorio IX mediante un decreto dispuso que: "para que reine la paz y la tranquilidad es necesario que los pactos sean respetados y cumplidos." (6)

Derecho francés.

La legislación francesa tuvo gran influencia tanto del Derecho romano como del Derecho canónico; Derecho éste último dado a conocer por Domat y Pothier, autores estos para quienes la base y fundamento de las obligaciones contractuales es la voluntad de las partes. Pero en esa misma voluntad, explicaban los autores en mención radica la fuerza y debilidad de los contratos - pues puede resultar que por ejemplo, en un contrato de compraventa de un bien inmueble que no se ha realizado la tradición de la cosa pueden las mismas partes dejar sin efecto dicha convención.

Para los franceses el género es el convenio, y la especie - el contrato, y así, Pothier sostiene que: "la convención que tiene por objeto formar alguna obligación se llama contrato." (7)

Para este mismo autor, contrato es "la convención por la cual las dos partes recíprocamente, o solo una de ambas prometen y se obligan hacia la otra a dar alguna cosa, hacer o no hacer algo." (8)

(6) Enciclopedia Jurídica Omeba, Pág. 121, Num. 4

(7) Enciclopedia Jurídica Omeba, Pág. " " 4

(8) Enciclopedia Jurídica Omeba, Pág. " "

Asimismo, el Código civil francés de 1804, en su artículo 1101 define al contrato como la convención por la cual una o varias -- personas se obligan hacia una o varias otras, a dar o hacer alguna cosa.

Como se puede apreciar, la definición que el Código civil francés nos dá de contrato, es casi una reproducción literal de la -- que Pothier propone, esto es explicable porque para la creación -- de dicho ordenamiento legal francés, tuvo mucha influencia la doctrina de Domat.

Definición del contrato en las legislaciones modernas.

El concepto moderno del contrato está caracterizado fundamen--  
talmente por dos notas:

1.- Constituir el contrato una categoría abstracta o genérica y no como en Derecho romano una serie de figuras singulares.

2.- Tener su base en la convención o pacto, o lo que es igual, en el acuerdo de voluntades.

A este respecto, Castán Tobeñas propone las siguientes concep--  
ciones de contrato, según la legislación española.

I. "Concepción amplia. Se caracteriza por identificar la no--  
ción de contrato con la de convención o acto jurídico bilateral --  
incluyendo en ella todo acuerdo dirigido a crear relaciones de o--  
bligación, o a modificar o extinguir las existentes, o a constitu--  
ir relaciones de derecho real o de familia;

II. Concepción estricta. Está caracterizada por establecer una  
separación precisa entre la convención y el contrato, consideran--  
do a aquella el género, y a ésta la especie. Convención es todo a

cuerto sobre un objeto de interés jurídico, que tanto puede ser la constitución de un vínculo obligatorio, de un derecho real o de una relación familiar como su respectiva modificación o extinción. Contrato es exclusivamente el acuerdo dirigido a constituir una obligación patrimonial; y

III. Concepción intermedia. El negocio jurídico bilateral, dirigido a constituir, modificar o extinguir un vínculo jurídico de contenido patrimonial o económico." (9)

Según podemos observar de las anteriores concepciones que del contrato nos ofrece el mencionado autor español, que coinciden en esencia con la definición de contrato del Código civil de Francia al considerar a la convención como especie y al contrato como género teniendo siempre como fundamento el pacto, o acuerdo de voluntades.

Sin embargo, es importante hacer mención de que no toda manifestación de voluntad constituye una obligación para quién la emite, o al menos, no toda promesa confiere el derecho de exigir su cumplimiento coactivamente, por ejemplo, el padre que ofrece al hijo un regalo para fin de año escolar en el caso de que éste obtenga buenas calificaciones en la escuela, si cumplida la condición por parte del hijo el padre no cumpliera su parte no por esa razón pudiera el hijo ejercitar acción en contra de su padre. Por lo tanto, la promesa que contiene una obligación para las partes o para una de ellas, constituye un contrato.

Legislación mexicana.

(9) Castán Tobeñas, José. Derecho de las Obligaciones. T. tres, - Reus, Madrid. 1967. Pág. 360

Nos explica el maestro Borja Soriano que el Código civil de -- 1884 en su artículo 1272, definía al contrato como un convenio -- por el que dos o mas personas se transfieren algún derecho o contraen alguna obligación. Dicho artículo 1272 del Código de 1884, cuyo antecedente es el 641 del Código portugués que está redactado en los siguientes términos: "Contrato es el acuerdo en cuya -- virtud dos o mas personas transfieren entre si algún derecho o se sujetan a alguna obligación." (10) Estos Códigos, dice el maestro Borja Soriano, como son el de Portugal y el mexicano de 1884 así como el francés no nos dan un concepto de lo que es el convenio, "pero como la definición del contrato del Código Napoleón es casi una reproducción de la de Pothier, acudiendo a éste veremos que: un convenio, cuyo término sinónimo es pacto, es el consentimiento de dos o varias personas, habido para formar entre ellas alguna obligación o para destruir una precedente o para modificarla."(11)

Nuestro Código civil actual define al contrato de acuerdo con la doctrina, partiendo de la base de lo que es un convenio, según lo dispuesto por el artículo 1792 que dice: "Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones." Y el 1793 del mismo ordenamiento legal agregá que "Los convenios que producen o transfieren obligaciones y derechos toman el nombre de contratos." Como se puede apreciar de la transcripción de las dos normas jurídicas anteriores, el vigente Código civil mexicano si nos proporciona con toda claridad la delimitación del contrato con lo que es un convenio tomando a este como el género y aquel como especie, asignándole además al

(10) Borja Soriano, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. - Porrúa, México. 1982. Pág. 112. Num. 80

(11) Borja Soriano, Manuel. Ob. Cit. Pág. 112. Num. 80

contrato, una función positiva que es la de producir o transferir derechos y obligaciones, y al convenio una función negativa que consiste en modificar o extinguir obligaciones.

Aun cuando aparentemente la concepción de convenio que nos proporciona el actual Código civil patrio, es suficientemente amplia, no alcanza a abarcar todas las funciones jurídicas necesarias en nuestra vida social actual, pues además de dichas funciones a que se refiere el artículo 1792, como son la de: crear, transferir, modificar o extinguir, "... Puede realizar y realiza una función más: la de conservar derechos y obligaciones." (12)

(12) Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. 5ta. Ed. Cajica. México. Pág. 182. Num. 149

## 2.- Función jurídica del contrato

Siendo los contratos el resultado de la obra común y consciente de dos o más partes por lo que puedan ser considerados como la vía más amplia para la creación voluntaria de derechos de crédito y de esa forma, siempre que se den sus elementos conforme a lo dispuesto por los artículos 1794 y 1795, (interpretado a contrario sensu), de nuestro actual Código civil, se producirán las consecuencias de un negocio de ese tipo, aun cuando esa especie de negocio no estuviera expresamente regulado por la ley.

Lo anterior se puede confirmar con las disposiciones contenidas en el artículo 1858 de nuestro antes mencionado ordenamiento legal que preceptúa lo siguiente:

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 fueron omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados en este ordenamiento."

Luego entonces, cuando se trate de un negocio jurídico cuya reglamentación no esté expresamente contenida en dicho Código, se regularán por los siguientes principios:

1. Se regirán por las reglas generales de los contratos;
2. Por las estipulaciones de las partes; y en lo que fueren omisas;
3. Por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía.

Por su parte, el artículo 1859 del mismo Código agrega que:

"Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los contratos y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos."

El contenido de esta norma legal, completa el sistema o "función jurídica" que los contratos, o reglamentación de los mismos desempeñan en la actividad económica y social de una comunidad determinada al preceptuar que: las disposiciones sobre contratos son aplicables a todos los convenios y actos jurídicos en general, en tanto estas no se opongan a la naturaleza propia de los demás actos a que se van a aplicar o a disposiciones especiales dictadas sobre los mismos.

Ejemplo, se celebra un contrato en el que una persona se compromete a vender su automóvil a un precio X (inferior al valor comercial del mismo) a cambio de que quien lo va a adquirir, (que es un maestro de educación física), proporcione el entrenamiento necesario a sus hijos para que estén aptos a competir en las próximas olimpiadas.

Este negocio jurídico puede ser o una compraventa o una prestación de servicios sin que se pueda decir con exactitud si es uno u otro. Pero si bien es cierto que no se puede determinar -- con absoluta precisión sobre el tipo de negocio, no hay duda que en cuanto a su regulación, ésta se hará por las normas generales de los contratos.

"Pueden también regirse por las normas generales de los contratos, actos que aunque reglamentados en el Código, no nacen de

un acuerdo de voluntades como sucede con el testamento; cuando la ley no da normas especiales sobre testamentos, se aplican en lo conducente las establecidas para el contrato.

Por ejemplo, la forma de interpretar el contrato, la teoría de las nulidades en algunos de sus aspectos, etc., son aplicables al testamento." (13)

(13) Gutiérrez y González, Ernesto. Ob. Cit. Pág. 187. Núm. 154

### 3.- Elementos de existencia

Conforme a lo dispuesto por el artículo 1794 del Código civil, en relación con el 2224 del mismo Código. Hay convenios como el ejemplo que transcribí anteriormente en el que el padre conviene con el hijo de que si pasa de año académico le compra un coche, - este convenio no produce consecuencias jurídicas, pues ese convenio no se hizo con el ánimo de cumplirse, sino que solamente para estimular al hijo a que se aplique en sus estudios, sin embargo - hay otros convenios que si van a producir consecuencias de derecho pero esas consecuencias jurídicas para que se produzcan requieren que los actos que las van a generar reúnan ciertos requisitos y si no se dan, nunca nacerán a la vida jurídica. Es por esto que es tan importante analizar dichos requisitos, llamados también esenciales o de existencia, por lo que en el presente inciso estudiaremos los elementos de existencia, que conforme a nuestra actual legislación son: el consentimiento y el objeto.

En cuanto al primer elemento de existencia, el consentimiento. Se entiende éste, como la exteriorización de la voluntad, en forma expresa, tácita, o por el silencio, hecha por persona con capacidad para discernir, con ánimo de obligarse, de manera seria y precisa, con un determinado contenido.

Desglosando la anterior idea, obtendremos los siguientes elementos:

a). Se trata de una exteriorización de la voluntad, sea en forma expresa o tácita;

b). Que esa exteriorización sea hecha por persona con capacidad para discernir;

c). Debe de ser hecha, con el ánimo de obligarse de manera seria y precisa;

d). Que además, tenga un determinado contenido.

a). Exteriorización de la voluntad en forma expresa, tácita, o por el silencio, al respecto, el artículo 1803 del Código civil dispone lo siguiente: "El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos.

El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presuponerlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente." Que en relación con el 2547, completa la idea cuando dispone: "El contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario.

El mandato que implica el ejercicio de una profesión se presume aceptado cuando es conferido a personas que ofrecen al público el ejercicio de su profesión, por el solo hecho de que no lo rehúsen dentro de los tres días siguientes ..."

Entonces, será expreso cuando se manifieste verbalmente, por escrito o por signos inequívocos, por ejemplo, en el caso de una persona que hace a otra una oferta de palabra y se ponen de acuerdo en cuanto a las condiciones. Se manifestará la voluntad o consentimiento por escrito, cuando una persona le escribe a otra -- una carta ofreciéndole la celebración de un contrato; es por sig-

nos inequívocos la exteriorización de la voluntad, cuando en un aparador comercial, por ejemplo, al lado del producto que se anuncia se le coloca una tarjeta con un precio.

Se trata de un consentimiento tácito, cuando éste resulta de hechos o de actos que lo presuman o que autoricen a presuonerlo. Al respecto, el maestro Ortíz-Urquidí propone el siguiente ejemplo, que yo me tomo la libertad de cambiarle ciertos elementos o mas bién actualizarlos, de acuerdo al medio de transporte público del día: "cuando sin pronunciar una palabra celebramos un auténtico contrato de transportes con la empresa de trolebus o del metro, o bien de la ruta cien, al abordar uno de éstos, depositar en la caja colectora el importe del pasaje y dejarnos transportar por el vehículo hasta un determinado sitio." (14)

Otros ejemplo de aceptación tácita nos los proporcionan los artículos 2486 y 2487 del Código civil que disponen lo siguiente:

Artículo 2486. "Si después de terminado el arrendamiento y su prórroga si la hubo, continúa el arrendatario sin oposición en el goce y uso del predio y éste es rústico, se entenderá renovado el contrato por otro año."

Estimo que el contenido del precepto acabado de transcribir, es suficientemente claro por si mismo, sin embargo considero que debiera aclarar que dicha renovación por otro año, cuando el arrendatario hubiese iniciado ya la preparación de la tierra (lo que se llama barbecho), para el siguiente ciclo de cultivo. Pues pudiera ocurrir que una vez levantada la cosecha el arrendatario únicamente este utilizando el terreno como pastizal, de los ras--

(14) Ortíz-Urquidí, Raúl. Derecho Civil. Porrúa. México. 1977. --  
Pág. 278

trojos que quedaron de la cosecha anterior, aprovechando mientras le requiera el arrendador, el terreno.

Artículo 2487. "En el caso del artículo anterior, si el predio fuere urbano, el arrendamiento continuará por tiempo indefinido, y el arrendatario deberá pagar la renta que corresponda al tiempo que exceda del contrato con arreglo a lo que pagaba."

Tanto el artículo 2486 como el 2487 acabados de transcribir, son, considero, auténticos ejemplos de consentimiento tácito, llamados de tácita reconducción.

Por lo que respecta al silencio como forma de manifestación del consentimiento, la diferencia que tiene con el consentimiento tácito, es que mientras que en este hay ciertos hechos que autorizan a presuponer el deseo de obligarse, en el silencio como forma de dar el consentimiento es la total inactividad del que contrae la obligación, al respecto el artículo 2547 dispone: "El contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandato.

El mandato que implica el ejercicio de una profesión se presume aceptado cuando es conferido a personas que ofrecen al público el ejercicio de su profesión, por el solo hecho de que no lo rehúsen dentro de los tres días siguientes ..."

b). Que esa exteriorización sea hecha por persona con capacidad para discernir. En efecto, una persona para poder obligarse válidamente debe contar o mas bien no estar privada de: inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad; que no se trate de sordomudos que no sepan leer ni escribir; que no sean ebrios consuetudinarios o que hagan habitualmente uso immoderado de drogas e--

nervantes; y por supuesto, que no sean menores de edad. Como la capacidad o mas bien incapacidad, como vicio del consentimiento se refiere tanto a los elementos de existencia como de validez en los contratos, cuando me refiera a estos mas adelante, abordaré el tema con mas amplitud.

c). Que la exteriorización de la voluntad, sea con el ánimo de obligarse de manera seria y precisa. Que no se trate de una broma o una promesa por simple juego, con fines didácticos o con un consentimiento simulado, como cuando vagamente se dice por ejemplo, que se vende algo a menos de costo. En este caso, dice Marty, citado por el maestro Ortíz-Urquidi, "no autoriza a entrar en el establecimiento para inquirir comprobadamente el costo o buscar el precio anterior y exigir una reducción de éste." (15)

d). Con un determinado contenido. A esto se refiere para efectos de la interpretación de los contratos, cuando posteriormente surgiere una duda respecto al otorgamiento del consentimiento. al respecto, el maestro Gutiérrez y González afirma que: "... si bien atiende a la voluntad interna o real (nuestro Código civil), como paradoja, resulta que para conocer esa voluntad interna de los contratantes, se debe atender a la voluntad declarada por los mismos, pues ella es el mínimo con que se cuenta para explorar el alma del contrato; de lo mínimo declarado se debe inducir su contenido real de la declaración, ..." (16)

MOMENTO EN QUE LA VOLUNTAD OBLIGA JURIDICAMENTE A QUIEN LA EXTERNA. Para esto, es necesario conocer si se trata de un negocio

(15) Ortíz-Urquidi, Raúl. Ob. Cit. Pág. 278

(16) Gutiérrez y González, Ernesto. Ob. Cit. Pág. 359

unilateral o bilateral.

De los negocios unilaterales, el artículo 1860 del Código civil prescribe lo siguiente: "el hecho de ofrecer al público objetos a determinado precio, obliga al dueño a sostener su ofrecimiento." Por su parte, el maestro Gutiérrez y González propone el siguiente concepto de declaración unilateral de voluntad: "se entiende por ella la exteriorización de voluntad que crea en su autor la necesidad jurídica de conservarse en aptitud de cumplir -- por si o por otro voluntariamente una prestación de caracter patrimonial, pecuniaria o moral, en favor de un sujeto que eventualmente puede llegar a existir, o si ya existe aceptar." (17)

Asimismo el artículo 1861 del Código civil prescribe: "el que por anuncios u ofrecimientos hechos al público se compromete a alguna prestación en favor de quién llene determinada condición o desempeñe cierto servicio contrae la obligación de cumplir lo prometido." Con la excepción contenida en el mismo ordenamiento en los siguientes términos: "antes de que esté prestado el servicio o cumplida la condición podrá el promitente revocar su oferta, -- siempre que la revocación se haga con la misma publicidad que el ofrecimiento." (Artículo 1863)

#### ELEMENTOS DEL CONSENTIMIENTO:

- 1).- Propuesta, oferta o policitud: y
- 2).- Aceptación.

El maestro Gutiérrez y González, despues de hacer la aclaración de que "policitud" no significa como se afirma por algunos autores, "múltiples ofertas", sino que el vocablo "policitar", era

(17) Gutiérrez y González, Ernesto. Ob. Cit. Pág. 398

en Roma una promesa unilateral hecha a un Municipio o al Estado". En seguida el mismo maestro Gutiérrez y González propone el siguiente concepto de policitud: "Es una declaración unilateral de voluntad, recepticia, expresa o tácita, hecha a persona presente o no presente, determinada o indeterminada, con la expresión de los elementos esenciales de un contrato cuya celebración pretende el autor de esa voluntad, seria y hecha con ánimo de cumplir en su oportunidad." (18)

Los efectos de la policitud se pueden determinar tomando en consideración si esta se hizo:

- I. A persona presente; o
- II. A persona no presente.

En ambos casos, tanto si la policitud se hizo a personas -- presentes como a no presentes, se deberá tomar en consideración:

- a. Si se ha fijado plazo; y
- b. Si no se ha fijado plazo.

En el primero de los supuestos cuando el oferente, promitente o policitante, queda ligado por su oferta hasta la expiración del plazo, (artículo 1804 del Código civil).

Tratándose del segundo de los supuestos, (que no se haya fijado plazo), el artículo 1805 dispone: "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. Sin embargo, el Código no preve los casos en que la oferta sea hecha a través de teletipo, así como las en que se hace --

(18) Gutiérrez y González, Ernesto. Ob. Cit. Pág. 209

por medio de radio transmisor. (Estos últimos se utilizan mucho - en la sierra, en los aserraderos, para comunicarse unos con otros entre sí o con sus oficinas, a los cuales se les fijan determinadas horas por la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, ya sea en las mañanas o por las tardes para enlazar), puede resolverse esta duda aplicando la disposición contenida en el artículo 1858 del Código, en el sentido de que se apliquen las disposiciones del contrato con el que tenga más analogía de los reglamentados en dicho ordenamiento.

Cuando la oferta se ha hecho a personas no presentes, si se ha fijado plazo, este no deberá ser menor al tiempo utilizado normalmente para la ida y vuelta del correo mas los tres días fijados - para los casos en que la oferta sea sin plazo, o mas bien, que dicho tiempo se sobreentienda para el cómputo del plazo otorgado, - por ejemplo: si el tiempo regular para la ida y vuelta del correo al Estado de Chihuahua es de quince días, y el plazo que se concedió para la aceptación, es de diez días, se entenderá que el policitante queda obligado por su oferta, durante un plazo de 28, veintiocho días.

Entonces, de lo anterior se concluye que, cuando la oferta se hace a una persona no presente sin fijación de plazo, el autor de la oferta quedará ligado durante tres días además del tiempo necesario para la ida y vuelta regular del correo público, o del que se juzgue bastante no habiendo correo público según las distancias y la facilidad de las comunicaciones. (Artículo 1806)

Elementos que debe de contener la oferta o policitud:

Esta deberá contener tanto los elementos esenciales como los formales o de validez de un contrato, pues si en dicha p

licitación no constaran dichos elementos, no se podría obligar el oferente sino estaría haciendo una simple invitación para contratar como en el caso de los anuncios y ofertas que se hacen por radio o televisión o de propaganda, etc.

Diferencias entre: a). Acto precontractual; b). Propuesta, oferta o p

licitación; y c). Precontrato o contrato de promesa o contrato preliminar.

a). "Acto precontractual, son platicas o conductas previas para ver si se celebra un contrato, pero sin que esos actos precontractuales impliquen una oferta, propuesta o p

licitación;

b). Propuesta, oferta o p

licitación. Implica una declaración unilateral de voluntad que produce efectos jurídicos propios y -- vinculantes;

c). Precontrato, contrato de promesa o contrato preliminar, es un contrato como su nombre lo dice, en donde ya existe una p

licitación y una aceptación sobre un objeto." (19)

LA ACEPTACIÓN.- "Es una declaración unilateral de voluntad, expresa o tácita, hecha a persona determinada, presente o no presente, seria, lisa y llana, mediante la cual se expresa la adhesión a la propuesta y se reduce a un 'sí'" (20).

Del anterior concepto se desprende que tanto en la aceptación como en la propuesta, deben concurrir los mismos elementos de validez o condiciones de existencia para contratar, en la persona

(19) Gutiérrez y González, Ernesto. Ob. Cit. Pág. 213

(20) Gutiérrez y González, Ernesto. Ob. Cit. Pág. 214

tanto del oferente o policitante como del áceptante para que pue dan producir plenamente consecuencias de derecho.

"Tanto la policitación como la aceptación son elementos del - consentimiento, puesto que éste se constituye por la concurrencia o reunión de aquellos, y que una vez que esto acontece se forma, ipso jure, el negocio jurídico bilateral conocido con el nombre de contrato. El problema pues consiste en determinar en que momen to, pero también en que lugar, se forma el contrato, ..." (21)

Luego, debido a que la aceptación también puede ser entre cre sentes, y entre no presentes. En el primer caso no hay ningún - problema en realidad, pues cuando se le dirige la oferta a per- sona determinada que se encuentra presente sin fijarle plazo, - si no acepta en ese mismo momento, el oferente queda desligado - de su oferta, ahora bien, cuando para aceptar se le concede un - plazo, durante este, quedará ligado por su oferta hasta la exoi ración del mismo. En realidad en donde se complican un poco las cosas es cuando la aceptación se hace entre no presentes.

Al respecto, Marty citado por el profesor Sánchez Medal opi na lo siguiente: "Importa mucho determinar el momento y el lugar en que se perfecciona el contrato entre ausentes, pues por lo qe se refiere al lugar hay que precisar cuál es el tribunal competen te para conocer de la interpretación y cumplimiento de dicho con trato y cuales son las formalidades que deberán llenarse para el mismo contrato; y por lo que se refiere al momento en que se per feccionó, hay también que precisarlo para saber si había capaci dad de las partes en ese momento o para determinar en que forma

(21) Ortíz-Urquidi, Raúl. Ob. Cit. Pág. 282

se aplica la teoría de los riesgos o para fijar el inicio de la prescripción o para esclarecer si el contrato se celebró durante el periodo sospechoso en los casos de concurso de acreedores o de quiebra." (22)

Sobre esto mismo, en doctrina se han elaborado cuatro teorías para determinar cual es el momento en que se forma el negocio jurídico y en su caso atribuirle las consecuencias anteriormente -- mencionadas:

- 1). Teoría de la declaración;
- 2). Teoría de la expedición;
- 3). Teoría de la recepción; y
- 4). La teoría de la información.

1). Teoría de la declaración, conforme a ésta, se dice que el contrato se forma cuando el destinatario recibe la oferta y la acepta.

2). Teoría de la expedición, en este caso, el policitado -- además de decir que sí acepta, en forma verbal o de cualquier otro modo, contesta al proponente manifestándole dicha aceptación, desde ese momento se perfecciona el contrato cuando el aceptante deposita la carta en el correo o envía a un nuncio para dar a conocer al oferente su aceptación. Este sistema es el adoptado por el Código de Comercio, que en su artículo 80 dispone: "los contratos mercantiles que se celebren por correspondencia, quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada." Y excepcionalmente a propósito de la donación, artículo 2340 del Código civil.

(22) Sánchez Meda, Ramón. De los Contratos Civiles. 3ra. Ed. Porrúa. México. 1976. Pág. 17

3). Teoría de la recepción, según esta teoría, el consentimiento se perfecciona en el momento en que se recibe la comunicación que supuestamente contiene la aceptación, este sistema, según se dice es el aceptado por nuestra legislación conforme a lo dispuesto por el artículo 1807 del Código civil, que a la letra dice: "El contrato se forma en el momento en que el proponente reciba la aceptación, estando ligado por su oferta según los artículos precedentes."

4). Teoría de la información, conforme a ésta teoría, se perfecciona el consentimiento en el momento en que el oferente se entera de la aceptación contenida en la información.

Considero por mi parte, que en realidad las cuatro teorías que se proponen en doctrina es una sola pero descompuesta en cuatro momentos, siendo el primero, cuando efectivamente recibe el policitado la propuesta quien despues de analizarla la acepta; segundo momento, una vez conforme en todas las condiciones de policitación procede a contestar al oferente haciéndole saber su aceptación, tratándose en este caso de una aceptación pura y simple, -- pues puede ocurrir que el destinatario de la propuesta o policitación no esté de acuerdo con alguna de las cláusulas de la oferta. En este caso la respuesta se considerará como nueva proposición -- en los términos del artículo 1810, último párrafo; tercer momento el oferente o policitante recibe la respuesta de parte del policitado, respuesta que de ninguna manera tiene que ser suficiente -- para que queden obligados los participantes en el negocio jurídico de que se trate pues vamos a suponer que si fuera posible que

con la sola recepción de un sobre en que consten los datos del p<sup>o</sup>licitado el oferente sin conocer el contenido de dicha comunicación, procediera a hacer los preparativos para finiquitar el negocio, tratándose por ejemplo de una venta de determinada cantidad de toneladas de maíz, y que una vez que las hubo embarcado procediera a enterarse del contenido de la respuesta del p<sup>o</sup>licitado, - en que, en realidad no se trata de una aceptación lisa y llana, - sino que él a su vez le está ofreciendo forraje para ganado. Cuarto y último momento, la información, es en este momento cuando - realmente se perfecciona el consentimiento porque el proponente, oferente o p<sup>o</sup>licitante ha constatado que el p<sup>o</sup>licitado estuvo de acuerdo con los términos que propuso el oferente.

Sobre este mismo tema, es necesario tener en cuenta las siguientes consideraciones:

a. En el caso de que el autor de la oferta la retire la retracción sea recibida por el destinatario antes que la oferta, esta se considerará como no hecha y la misma regla se aplica al caso - en que se retire la aceptación, (artículo 1808);

b. Cuando el tiempo de la aceptación hubiere fallecido el proponente sin que el aceptante fuere sabedor de su muerte, quedarán los herederos de aquél obligados a sostener el contrato, artículo 1809; y

c. El caso de que la respuesta que reciba el proponente no sea una aceptación lisa y llana sino que importe modificación a la - primera, (a la respuesta), entonces el proponente (o sus herederos) quedarán libres de su oferta, artículo 1810.

EL OBJETO, segundo de los elementos de existencia señalado por el Código civil vigente en su artículo 1794, fracción II, que a la letra dice: "Para la existencia del contrato se requiere: II. Objeto que pueda ser materia del contrato."

Al respecto, Planiol y Ripert nos dicen que "es más exacto referirse al objeto de la obligación que al objeto del contrato. El objeto del contrato es la creación de las obligaciones, y el objeto de las obligaciones es aquello que el deudor debe." (23)

Asimismo, el maestro Ortiz-Urquidí nos explica que el objeto, no es la misma cosa materia del contrato sino propiamente, la -- creación, transformación modificación o extinción de las obligacio nes y derechos, en los términos del artículo 1792 de nuestro actual Código civil y como correlativo a los anteriores actos, la p bligación de dar, hacer o no hacer, artículos 2011, 2027 y 2028, del mismo ordenamiento, que en relación con el 1859, conforman la regulación sistemática de nuestro sistema jurídico, luego entonces el objeto, nos dice el doctor Ortiz-Urquidí, puede tener las si-- guientes acepciones:

I. La de objeto directo o inmediato del negocio y que no es o tro que la producción de consecuencias jurídicas (crear, transmi-- tir, modificar o extinguir derechos y obligaciones);

II. La de objeto indirecto o mediato del propio negocio, que -- no viene a ser sino el objeto directo de la obligación creada, -- transmitida, modificada o extinguida, es decir, una prestación de dar, de hacer o de no hacer; y

III. La de objeto como sinónimo de la cosa o el hecho material

(23) Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge. Tratado práctico de D. Ci-- vil. Trad. Díaz Cruz, Dr. Mario. T. 6to. Cultural. La Habana 1946. Pág. 298

del negocio." (24)

En el caso del inciso tres del presente apartado, el artículo 1824 del Código civil estatuye que "son objeto de los contratos: I. La cosa que el obligado debe dar, II. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer."

Respecto al contenido de ésta norma acabada de transcribir, - el maestro Rojina Villegas nos dice que el legislador ha confundido el objeto de la obligación con el objeto del contrato, pues no son, afirma el mencionado autor, "la cosa o el hecho, el objeto directo de los contratos, en los términos del artículo 1824, anteriormente transcrito, sino, la creación y transmisión de obligaciones, y el objeto indirecto de dichos contratos, precisamente la cosa o hecho.

En el estudio de este tema, agrega el maestro Rojina Villegas se tratará propiamente del objeto de las obligaciones, más que - del objeto en los contratos." (25)

Sin embargo considero yo, que las disposiciones sobre obligaciones a que se haga alusión en el presente estudio, serán también aplicables a los contratos, en los términos del artículo -- 1859 del propio Código civil.

Los requisitos esenciales del objeto que en las obligaciones de dar deben tener, son los siguientes, artículo 1825:

- a). Que exista en la naturaleza;
- b). Sea determinado o determinable en cuanto a su especie; y
- c). Que esté en el comercio.

En cuanto al primero de los requisitos. Es necesario que la -

(24) Ortíz-Urquidi, Raúl. D. Civil. Porrúa. México. 1977. Pág.288

(25) Rojina Villegas, Rafael. Compendio de D. Civil. Porrúa. México. 1982. Pág. 63

cosa exista física y materialmente en la naturaleza, sin embargo, el artículo 1825 dice que las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato, que en relación con los artículos 2792, 2793 y 2309, los cuales aluden a la compra de esperanza, los dos primeros artículos, y el último de dichos artículos, que se refiere a la venta de cosas futuras, nos dan ejemplos de las excepciones a la regla general.

En cuanto al segundo y tercero de los requisitos esenciales -- del objeto, no se requiere ya la existencia física o material, -- nos dice el maestro Ortíz-Urquidí, "sino mas bien, la existencia jurídica." (26) Y en efecto, pues considero que el género es útil para el estudio de otras ciencias, como por ejemplo, la Biología, no así para el estudio de las ciencias jurídicas en que se requiere la determinación de su especie; peso o número.

En cuanto al último de los requisitos esenciales del objeto, -- que se refiere a que esté en el comercio, al respecto los artículos 747 a 749 del Código civil nos explican que: "pueden ser objeto de apropiación las cosas que no están excluidas del comercio", (747), y el 748 agrega que: "las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley", y finalmente, el artículo 749, nos dice que están fuera del comercio por su naturaleza las cosas que no pueden ser poseídas por un solo individuo exclusivamente, por ejemplo, la luz solar; y por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular, por ejemplo, las carreteras federales, los edificios de la Universidad, etc.

En cuanto al objeto en las obligaciones: de hacer o no hacer. El artículo 1827 del Código civil prescribe lo siguiente:

"El hecho positivo o negativo, objeto del contrato, debe ser:

I. Posible;

II. Lícito."

Por lo tanto, será 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, artículo 1828. Y así, tendremos que existe imposibilidad física e imposibilidad jurídica. Un ejemplo de imposibilidad física será el obligarse a trasladar un objeto al sol, y un ejemplo de imposibilidad jurídica, lo será el obligarse a no transmitir la propiedad en un contrato de compraventa, en los términos del artículo 2243 del Código civil.

Sin embargo, no se tratará de imposibilidad física el hecho - que no pueda realizar una persona pero si por otra en lugar de aquel, artículo 1829.

Por lo que se refiere a que el objeto sea lícito, según el artículo 1827-II; el artículo 1830, interpretado a contrario sensu preceptúa que "es lícito el hecho que no es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres." Por ejemplo, es lícito la celebración de un contrato de arrendamiento de un local comercial, para establecer ahí una tienda de abarrotes.

LA LICITUD. Un tercer elemento esencial del negocio jurídico

que nos da la doctrina, es la licitud, pues el consentimiento otorgado por las partes sobre un objeto cierto y determinado de acuerdo a nuestro sistema legal, no es suficiente para crear una obligación, sino que además es necesario que el pacto sobre dicho negocio sea sancionado por la ley o sea que todo acuerdo de voluntades, externado con el fin de contraer una obligación, deberá ser conforme a las normas de orden público y a las buenas costumbres.

Nos explica el maestro Ortíz-Urquidi, que la licitud, como elemento de existencia consiste "en el no desconocimiento por la ley de las consecuencias jurídicas deseadas por el autor o las partes." (27)

Siendo que en nuestro país se vive bajo un régimen de Derecho en que la única limitación en las convenciones de un contrato, - la constituye la legalidad, es por lo que cuando las partes intervinientes en un acto no observan dicha legalidad, el acto celebrado quedará en la categoría de hecho jurídico, según la teoría propuesta por el doctor Ortíz-Urquidi.

Supongamos por ejemplo, la celebración de un contrato en que por el pago de una determinada suma de dinero acuerdan un médico y una mujer embarazada en que aquel hará abortar a ésta, (sin que se trate, desde luego, de ninguno de los tipos de aborto a los que aluden los artículos 333 y 334 del Código Penal del Distrito Federal), dicho pacto repito, aun cuando se hubiese celebrado con todas las formalidades necesarias y que incluso la paciente estuviera de acuerdo en las consecuencias que se produje-

(27) Ortíz-Urquidi, Raúl. Ob. Cit. Pág. 291. Num. 289

ran, ese pacto, insisto, al menos conforme a nuestra legislación actual, (en que está prohibido el aborto) nunca devendrá negocio jurídico.

Finalmente agregaré respecto a este tema de la licitud, que considero se trata no de un elemento de existencia autónomo, así como el consentimiento, o la solemnidad, (elemento esencial éste último que posteriormente trataré), sino que la licitud debe referirse en relación a la "licitud del objeto", segundo de los elementos de existencia conforme a lo dispuesto por el artículo - 1794 del Código civil.

#### LA SOLEMNIDAD.

Como excepción a la regla general de que los contratos se forman por el puro consentimiento de las partes, en la legislación mexicana existe un contrato (el de matrimonio), que para su formación se requiere del cumplimiento de una solemnidad.

La solemnidad consiste en el perfeccionamiento de las formas externas de un negocio jurídico y que en ausencia de esa formalidad exigida por la ley, dicho negocio resulta inexistente.

Esta formalidad a que me he referido antes, es diferente a la forma exigida por la ley como requisito de validez en ciertos negocios jurídicos como por ejemplo en el de compraventa de inmuebles, el arrendamiento, etc., artículos 2320 y 2406, respectivamente, siendo la sanción impuesta por la ley en estos casos la nulidad y en cuanto a la solemnidad, cuando falta esta formalidad exigida por la ley, la sanción es la inexistencia. En el primer caso, jurídicamente, el negocio existe, pero herido de nulidad,

y en el segundo caso, de ninguna manera puede llegar a existir jurídicamente, al menos de acuerdo a nuestra legislación actual.

Estos son los aspectos mas importantes de los elementos de existencia del negocio jurídico, por lo que en el siguiente inciso pasaremos a analizar los elementos de validez.

#### 4.- Elementos de validez

Nuestro Código civil no nos dice claramente cuales son los elementos que requiere el acto o negocio para que éste sea válido sino que nos dice en que casos el negocio puede ser invalidado, esto lo establece en su artículo 1799 que interpretándolo a contrario sensu, entresacamos los elementos de validez y son:

- I. Capacidad de las partes;
- II. Ausencia de vicios del consentimiento;
- III. Licitud en el objeto, motivo o fin; y
- IV. Manifestación del consentimiento conforme a la ley.

I. Capacidad de las partes, la regla general es que son incapaces para contratar todas las personas no excentuadas por la ley, artículo 1798 del Código civil.

Entonces se considerará a ésta, (la capacidad para contratar) la aptitud reconocida por la ley en una persona para celebrar -- por si misma un negocio jurídico.

Jurídicamente existen dos tipos de capacidad: la de goce y la de ejercicio. La de goce se entiende como la que tienen todas -- las personas físicas, la cual se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; ..., artículo 22 del Código civil; y la capacidad de ejercicio es la que se entiende para ser sujeto de derechos y obligaciones y hacerlos valer por si mismo.

También como regla general, ésta capacidad de ejercicio se adquiere con la mayoría de edad en los términos del artículo 647 - del Código que dispone lo siguiente: "el mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes."

La mayoría de edad conforme a la ley comienza a los dieciocho años cumplidos artículo 646 del Código civil.

Excepciones a la regla general en cuanto a disposición de sus bienes que lleva implícita la capacidad para contratar y obligar se:

El caso de los emancipados. Estos tienen la libre administración de sus bienes, pero siempre necesitan durante su menor edad de autorización judicial para enajenar o gravar los bienes raíces, artículo 643 del Código civil; y para comparecer en juicio también requieren un representante.

Una figura afin con la capacidad y por supuesto con la incapacidad es la referente a la representación, entonces, dentro de las clasificaciones que de la misma se hace esta:

1). La representación de incapaces, que se da por ejemplo en la tutela, artículo 449 del Código civil. "... la tutela puede también tener por objeto la representación ..."; en los casos de patria potestad, al efecto el artículo 424 del Código civil dispone lo siguiente: "el que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho ...", otro caso de representación de incapaces es al que se refiere la fracción II del artículo 643 del Código, respecto a la tutela para negocios judiciales del menor emancipado.

2). Representación de capaces, "se da cuando la ley imputa obligatoriamente a un capaz las consecuencias de un acto realizado por otra persona capaz para evitarle un daño." (28)

El caso de la representación de capaces a su vez se divide - en dos:

- a). Representación legal, o sea la impuesta por la ley, y
- b). La representación voluntaria.

a). Se trata de representación legal en los casos en que es impuesta por el juez, por ejemplo, el albacea, artículo 1684 del Código civil, "... el albacea será nombrado por el juez, ... etc." Otro caso será el del nombramiento del Síndico de la Quiebra artículo 44 de la Ley de Quiebras y Suspensión de pagos, en relación con el 26-VII de la misma Ley.

b). Representación voluntaria, (no es que ésta sea una representación ilegal, a diferencia de la anteriormente mencionada como representación legal, lo que ocurre es que ésta es designada por la autoridad judicial, y la otra, "la representación voluntaria", es determinada por la persona capaz.

Para obtener ésta, "es preciso que entre representante y representado se celebre un contrato que se denomina mandato, ..." (29)

Al respecto el artículo 2546 del Código civil determina, "el mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que ésta le en carga."

Y sobre esto mismo, (de la intervención de terceras personas para la celebración de un negocio jurídico), "la función de este puede ser muy diversa: mediador, si simplemente aproxima o pone en contacto a las partes; nuncio, si solo transmite la voluntad de una de las partes; o representante, si es quien celebra el --

29) Gutiérrez y González, Ernesto. Ob. Cit. Pag. 338

contrato por cuenta y nombre de una de las partes. En los dos -- primeros casos, ni el mediador ni el nuncio requieren tener capa cidad para contratar, pero las partes si deben ser capaces de -- contratar para que el contrato sea válido. En cambio en el caso del representante se necesita que este sea capaz de contratar, porque es éste quien manifiesta su voluntad, la cual produce sus efectos jurídicos con relación al representado quien no siempre necesita ser capaz de contratar." (30)

Ausencia de vicios del consentimiento, como segundo elemento de validez del contrato.

Sobre este particular, el legislador quiere decir que el consentimiento debe externarse libremente, es decir, sin coacciones de ninguna especie y sin violencia: ni física, ni moral, y sin - engaños, entendiéndose por estas limitaciones al consentimiento, a los llamados vicios del consentimiento, los cuales son según la doctrina:

- a). "El error;
- b). La violencia;
- c). La lesión; y
- d). La reticencia." (31)

LICITUD EN EL OBJETO MOTIVO O FIN, a la licitud en el objeto, motivo o fin, como elemento de validez se refiere la fracción - III del artículo 1795 del Código civil en relación con el 2225 del mismo Código que establecen que la ausencia de ésta, o sea, la ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto, producen la nulidad, ya absoluta o relativa, según lo disponga -

(30) Sánchez Meda, R. Ob. Cit. Pág. 30

(31) Gutiérrez y González, E., Ob. Cit., Pág. 272, Num. 281

la propia ley.

Entonces, habrá ilicitud en el objeto como elemento de validez de un negocio jurídico, en las obligaciones de dar, por ejemplo - si se trata de la compraventa de marihuana; se hablará del objeto como elemento de validez de un negocio jurídico lícito, en las obligaciones de hacer, el caso del desempeño de la actividad profesional de la licenciatura de Derecho en la defensa de su cliente; y finalmente, habrá licitud en las obligaciones de no hacer, como elemento de validez, cuando la abstención además de realizarla -- procura que esta sea positiva.

LICITUD EN EL MOTIVO O FIN, a esto el artículo 1831 del Código civil alude en los siguientes términos: "El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres."

Poca relevancia para el negocio jurídico representan estos vicios del consentimiento, debido a la dificultad que para hacerla valer se requiere. Lo anterior se pudiera apreciar desde dos puntos de vista: el objetivo, y el subjetivo.

Punto de vista objetivo para demostrar la licitud o más bien - la ilicitud en el motivo o fin: debido a que nuestro sistema jurídico no es causalista, porque entonces esto se observaría como elemento de existencia y no de validez, resulta entonces que habrá ilicitud en el motivo o fin desde el punto de vista objetivo, -- cuando se celebra un contrato de obra a precio alzado, por ejemplo de un departamento con un diseño especial que se manifieste a simple vista o inclusive así se declare en dicho contrato que --

el inmueble será destinado a montar en él un laboratorio para pro cesar la marihuana;

Desde el punto de vista subjetivo, se trataría el caso de la - litud en el motivo o fin, cuando por ejemplo al celebrar un -- contrato de compraventa de una casa se asentara en la escritura que el propietario del inmueble desea vender su casa para con el dinero que por dicha venta obtenga pueda comprar armas y dedicar se a asaltar bancos, o bien, habrá litud en el motivo o fin, -- cuando al celebrar el negocio de la compraventa en el caso del - vendedor del inmueble manifieste que el dinero lo va a destinar a hacer un viaje que siempre ha deseado.

Por las razones anteriormente expuestas reitero lo que afirma ba al principio del presente sub-inciso, que realmente este ele-- mento (de la litud en el motivo o fin), de acuerdo a nuestra le gislación actual carece de relevancia pues el solo hecho de ma nifestar cual es el motivo o fin que lo induce a realizar tal o - cual actividad, es totalmente innecesario, además si el motivo o fin es ilícito para lo que lo lleva a realizar el negocio jurídi co, creo yo que no lo va a manifestar la parte o partes en dicho negocio.

LA SOFIA, último de los elementos de validez de que trata el - artículo 1795 del Código en su fracción IV que a la letra dice: "El contrato puede ser invalidado: IV. Porque el consentimiento - no se haya manifestado en la forma que la ley establece." Esta -- "se puede entender como la manera en que debe externarse y/o plas marse la voluntad de los que contratan, conforme lo disponga o --

permite la ley." (32)

El artículo 1833 del Código estatuye que, "cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras que éste no revista esa formalidad no será válido, salvo disposición en contrario; pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal."

De lo anterior se puede desprender que nuestro sistema legal es principalmente formalista, en oposición a consensual, sin embargo el artículo 1832 nos dice que "en los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, ..." Pudiera concluirse del contenido de ambos artículos anteriormente transcritos que hay contradicción, cuando dice que mientras el contrato no revista la forma determinada por la ley, no será válido y concluye que cualquiera de las partes puede exigir que se le dé la forma legal, o sea que de todas maneras para que valga el negocio tiene que dársele la forma requerida por la ley, mientras que el otro artículo dispone -- que en los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y -- términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas. Sin embargo considero que el formalismo de nuestro actual Código civil es un formalismo a la moderna, en que "la forma se exige en nuestros días no es porque se atribuya a las palabras en si o a las fórmulas escritas o pronunciadas determinada fuerza propia sino --

(32) Gutiérrez y González, E., Ob. Cit., Pág. 240

por otros motivos: interés público en evitar hasta donde sea posible los litigios; dotar de precisión a las obligaciones asumidas y de seguridad a ciertos bienes de mayor importancia, inducir a mayor reflexión a las partes contratantes." (33)

(33) Sánchez Medal, R., Ob. Cit., Pág. 48

### 5.- Requisitos de eficacia

Se les da el nombre de requisitos de eficacia, a los elementos que ayudan a configurar o completar la consecución de un negocio jurídico plenamente válido en los términos en que se ha ya pactado por las partes, o bien, para que surta las consecuencias jurídicas conforme lo disponga la ley o la autoridad judicial.

Por lo tanto habrá o se tratará de un requisito de eficacia atendiendo a su origen: fijado por las partes, como cumplimiento de una petición. El caso en que en un contrato de arrendamiento, por ejemplo, el arrendador le solicita al arrendatario obtenga un aval para que a su vez celebre este un contrato con el arrendador en donde se comprometa aquel a responder en caso de incumplimiento en el pago de las rentas o daños fuera de los normales en el inmueble arrendado, por parte del arrendador, en este caso en primer lugar, el requisito de eficacia para que empiece a generar las consecuencias jurídicas dicho contrato de arrendamiento, es necesario la obtención del aval; y en segundo lugar, el requisito de eficacia, para que el aval tuviera que responder ante el arrendador, es que el arrendatario incumpla.

Será un requisito de eficacia atendiendo a su origen, fijado por la ley y que consiste en el cumplimiento de un hecho, en el caso de la cesión de un crédito, por ejemplo, en este caso para que el cesionario pueda ejercitar sus derechos en contra del deudor, deberá hacer a éste la notificación de la cesión del crédito que a su favor hizo el cedente, dicha notificación deberá ha-

cerse ya sea judicialmente o en lo extrajudicial ante dos testigos o ante notario, en los términos del artículo 2036 del Código que a la letra dice: "... para que el cesionario pueda ejercer sus derechos contra el deudor, deberá hacer a éste la notificación de la cesión, ya sea judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante dos testigos o ante notario." Y esta norma se completa con ésta otra: "mientras no se haya hecho notificación al deudor, éste se libra pagando al acreedor primitivo." Artículo 2040 del propio Código. O sea que en este caso el requisito de eficacia, será la notificación que se le haga al deudor de la cesión de la deuda al nuevo acreedor.

Un requisito de eficacia atendiendo a su origen, impuesto judicialmente será el caso por ejemplo, del embargo de un crédito y que el juez notifica al deudor retener el pago de la deuda o que el pago de esta se haga al juez, a disposición del nuevo acreedor. Aquí el requisito de eficacia será cuando reciba el deudor la notificación de retener la deuda, así lo dispone el artículo 2077 del Código civil cuando estatuye que: "no será válido el pago hecho al acreedor por el deudor después de habersele ordenado judicialmente la retención de la deuda."

Finalmente diré respecto a este tema, que en el caso de los negocios jurídicos con modalidades ya sea de término o condición, al llegar aquel o cumplirse ésta, serán los requisitos de eficacia.

## 6.- Interpretación de la voluntad de los contratantes

Interpretar la voluntad de los contratantes es saber o desentrañar lo que en verdad quisieron plasmar las partes o en que -- términos precisos deseaban obligarse, esto por supuesto para el caso de que existiere duda o fueren oscuros los términos del negocio o se pudiera conocer más de cerca o de fondo el deseo de los contratantes. En consecuencia, el juzgador es el funcionario que va a tener esta encomienda y de su criterio jurídico dependerá una buena o mala interpretación de lo manifestado por las partes contratantes.

Han existido una gran diversidad de autores que han pretendido desentrañar el sentido real de lo externado por las partes, y muchas han sido las teorías que han elaborado. En el presente inciso analizaremos las mas importantes.

Al respecto, el maestro Ortíz-Urquidí citando a Luigi Carotta Ferrara, nos dice que "la interpretación de los negocios jurídicos es una actividad lógica encaminada a buscar y fijar el significado de la manifestación o de las manifestaciones de voluntad (según que aquellas sean unilaterales o plurilaterales) a fin de determinar el contenido del negocio, es decir, lo querido." (34)

El objeto de la interpretación de los negocios jurídicos, agrega el doctor Ortíz-Urquidí, "es la declaración de voluntad, sin que ello signifique que en la interpretación de esa declaración se desatienda a la voluntad real, pues si la declaración es el objeto de la interpretación, la voluntad real, la voluntad interna o verdadera, es el objeto de la investigación." (35)

(34) Ortíz-Urquidí, Raúl. Ob. Cit., Pág. 445

(35) Ortíz-Urquidí, Ob. Cit., Pág. 445

Existen en doctrina de acuerdo con el autor citado, cuatro -- teorías que se refieren a la interpretación de los negocios jurídicos, dos de ellas llamadas absolutas que son: la de la voluntad interna; y la de la voluntad declarada, y las otras dos llamadas intermedias o relativas que son: la teoría de la responsabilidad; y la teoría de la confianza.

La teoría de la voluntad interna, nos explica el maestro Ortiz-Urquidi, es la mas difundida por los juristas franceses. Esta consiste, (la teoría de la declaración interna), según Enneccerus, Kipp y Wolff, citados por el maestro Ortiz-Urquidi, "en determinar el verdadero sentido de la declaración de voluntad."  
(36)

Pero tal investigación de la voluntad interna se deberá de hacer según lo hemos señalado anteriormente, a partir de la exteriorización o de la declaración que las partes hayan manifestado al celebrar el negocio. Sin que por declaración se entienda, nos dice Enneccerus citado por el doctor Ortiz-Urquidi, únicamente las palabras empleadas, sino también por ejemplo, las cartas o comunicaciones intercambiadas por las partes celebrantes del negocio, así como la declaración de testigos, etc., a través de las cuales la voluntad ha llegado a tener expresión.

Esta teoría, según el maestro Rojina Villegas, pertenece a un sistema de economía individualista, en la cual el Estado protege los intereses de las partes contratantes, sin interesar los derechos de terceras personas que pudieran haberse obligado fundados en los términos literales del contrato, se trata de una teoría -

estática, agrega el autor, en la cual únicamente se trata de investigar el origen de la convención para beneficio de los contratantes, siendo que el contrato una vez que ha sido perfeccionado sale a la circulación como un título de crédito, "que va creando expectativas en el público, que va fincando intereses de terceros y estos terceros que por algún motivo se relacionan con los contratantes y que consultan el texto literal del contrato, no pueden saber cual fué la intención, se tienen que atener a lo que leen." (37)

Teoría de la voluntad declarada. En esta teoría, nos dice el maestro Ortiz-Urquidí, citando a Saleilles, "el fundamento del negocio, lo que preside a su nacimiento y da la medida de su alcance, es la declaración del agente y no la voluntad que esta declaración debe traducir ..." (38)

De acuerdo a esta teoría, serán los términos literales estipulados en las cláusulas del contrato las que sirvan de base y medida para el cumplimiento de la obligación contraída.

Se trata de un sistema de interpretación dinámico, a diferencia del anterior que es un sistema estático; el de la declaración de la voluntad, es propio de los sistemas de intervención del Estado en la vida económica de un sistema de legislación social como el caso de nuestro actual Código civil. La teoría de interpretación de la voluntad declarada, repito, tiende a proteger intereses de terceras personas que de alguna manera tenga relación con el contrato.

Teoría de la responsabilidad, esta teoría según nos explica

(37) Rojina Villegas, Rafael. Ob., Cit., Pág.179

(38) Ortiz-Urquidí, Raúl. Ob. Cit., Pág. 450, Num. 473

el maestro Ortíz-Urquidi, fué la que imperó en la legislación italiana anterior, (el Código civil vigente en Italia es de 1942), - fue creada para atemperar la influencia de la teoría de la voluntad, según ésta teoría, para que el negocio fuera válido, debían coincidir voluntad y declaración, y en caso de controversia respecto al contenido del contrato, se debería investigar la voluntad de los contratantes, para el caso de que hubiese habido dolo por parte de alguno de ellos desvincular de la obligación al otro contratante, así como condenar al resarcimiento de daños al que hubiera actuado con dolo.

Teoría de la confianza, nos dice el maestro Ortíz-Urquidi, que del mismo modo que la anterior teoría (teoría de la responsabilidad), trata de atemperar la teoría de la voluntad, ésta trata de atemperar la teoría de la declaración, pues se considera de acuerdo a esta teoría 'de la confianza', que es de mas valía para el Derecho la certidumbre que la verdad, la certidumbre se tiene de lo expresado en el contrato, es lo que ahí consta en sus cláusulas.

Sobre este tema nuestro actual Código civil que al efecto -- consagra un capítulo destinado a la interpretación de los contratos y a los negocios jurídicos en general, se puede deducir que adopta ambas teorías absolutas o sea la teoría de la voluntad interna y la teoría de la voluntad declarada, según se puede comprobar de los principios obtenidos de sus normas legales.

I. Normas para investigar la intención común de las partes, -- llamadas de interpretación subjetiva, porque tienden a investi--

por lo que las mismas quisieron al contratar, a esto se refieren los artículos 1851 y 1852.

II. Normas de interpretación objetiva de los contratos, esto se refiere a que se debe estar a lo que en los mismos contratos se contiene, es decir, lo que ahí está expresamente estipulado, escrito, tendiendo siempre a la conservación de dichos contratos por tratarse del producto de un acuerdo de voluntades que desearon al celebrarlo produjera todas sus consecuencias jurídicas, a este objetivo están destinados los artículos 1853 al 1856 del --proyecto Código.

III. Principio de equidad, los cuales se encuentran contenidos en la primera parte del artículo 1857 que estatuye lo siguiente:

1.- Tratándose de contratos gratuitos, cuando absolutamente --fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas --en los artículos precedentes, si aquellas recaen sobre circuns--tancias accidentales del contrato, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses;

2.- Cuando se trate de contratos onerosos, se resolverá la du--da en favor de la mayor reciprocidad de intereses.

IV. Principio de la inexistencia jurídica. Esto ocurre cuando las dudas recayesen sobre el objeto principal del contrato de --suerte que no pueda venirse en conocimiento de cual fué la inten--ción, o la voluntad de los contratantes, artículo 1857, última --parte.

Como se puede apreciar de los anteriores principios, tanto --

el primero de ellos como el último, aluden a la teoría de la voluntad interna, mientras que el segundo de dichos principios se refiere a la teoría de interpretación de la voluntad declarada.

De estas diversas clases de interpretación considero que la "teoría de la voluntad declarada" es la que mas se acerca a la verdadera y real intención que tuvieron las partes contratantes al obligarse.

## 7.- El contrato como fuente creadora de obligaciones

La primera gran fuente de las obligaciones son los hechos y actos jurídicos, pero como hablar de ellos significaría realizar -- una tesis accesoria, nos ubicaremos al tema central de nuestro -- trabajo por lo que estudiaremos ya no la primera fuente general -- sino la gran fuente especial generadora de obligaciones. Y sobre esto nuestro Código civil da primacía aun mas, parte de ésta figura para regular no solamente lo que de contratos se refiere sino que la toma como base para reglamentar todos los actos jurídicos según lo deja sentir del contenido del artículo 1859.

Como anteriormente lo hemos señalado, es la materia de contratos la mas importante en el Derecho de Obligaciones, desde el momento en que el contrato es la causa mas frecuente, la única fuente originaria y normal de las obligaciones; trascendental para la vida social y económica, hasta el punto de que contratación y progreso siguen en la historia una curva ascendente, paralela, habiendo llegado a decir Sumner Maine que "la sociedad moderna se distingue principalmente de las que le precedieron por el gran -- puesto que en ella ha obtenido el contrato." (39)

Nuestro Código civil vigente, en su: Capítulo I, del Libro -- Cuarto; primera parte; título primero, consagra los artículos del 1742 al 1857, a regular todo lo relativo a los contratos "como -- fuente creadora de obligaciones", extendiendo sus disposiciones -- legales según ya lo hemos dejado asentado líneas arriba, a todos los demás negocios jurídicos en tanto no se opongan a la naturaleza de estos o a disposiciones especiales de la ley sobre los --

(39) Castán Tobeñas, José. Derecho Civil Español, Comun y Foral, 10ma. Ed., T. 3ero., Reus. Madrid, 1967, Pág. 360

mismos, artículo 1859. Logrando de esta forma (nuestra legisla-- ción), un sistema armónico de principios legales tomando como ba se la reglamentación de los contratos, siendo el fundamento de dicha creación de obligaciones el artículo 1792 antes menciona-- do, cuando se refiere a la creación, transformación, modifica-- ción o extinción de derechos y obligaciones que junto con el bá-- sico 1859 del propio ordenamiento legal antes transcrito, le -- dan dinamicidad a nuestro Código.

El contrato se ha definido como "el acuerdo de dos o mas vo-- luntades para crear o transferir derechos y obligaciones", artí-- culo 1793. Sus elementos del contrato son los de todo acto jurí-- dico es decir se requiere primero del consentimiento, el objeto y en casos especiales la formalidad, y como un elemento indispen-- sable, la licitud de la que nos habla el maestro Ortíz-Urcuquí, licitud esta que como ya dijimos no debe confundirse con la lici-- tud en el objeto motivo o fin del acto. Estos elementos se illa-- man esenciales y enfocados al contrato serían: 1. El acuerdo de voluntades de las partes contratantes para crear, transmitir, mo-- dificar o extinguir derechos y obligaciones; 2. El objeto en sus tres acepciones, es decir, la cosa que el obligado debe dar, ha-- cer o no hacer; 3. La solemnidad, esto en caso de que la ley así lo requiera, ejemplo, el matrimonio.

Los elementos de validez, siguiendo igualmente los mismos li-- neamientos que para todo acto jurídico se requiere, y que son: 1. Que la voluntad de las partes se exteriorice sin vicios, sin pre-- siones, es decir libremente; 2. Que esa voluntad sea externada -

por persona capaz; 3. Que el objeto, motivo o fin sean lícitos; y 4. que la forma para realizar el contrato sea de acuerdo a lo establecido por la ley, ejemplo, la enajenación de un bien inmueble cuyo valor convencional sea mayor de quinientos pesos, deberá llevarse a cabo, dicha comora-venta, ante Notario Público, artículo 2317.

Es finalmente respecto a este tema, importante destacar que - nuestra actual legislación civil a diferencia de la de 1884, así como la de otros países ha logrado la nuestra, socializar ésta - materia eliminando el exagerado individualismo producto de las necesidades económicas y jurídicas de otras épocas.

## CAPITULO II

## EL INCUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS EN EL DERECHO COMPARADO

## 1.- Legislación francesa

Una vez que analizamos los aspectos mas importantes y trascendentales del contrato, como son: su origen, concepto, función y elementos tanto para su existencia como para su validez. Consideramos que con esto tenemos las bases para que un contrato surja a la vida jurídica y surta plenamente sus efectos deseados por las partes.

Sin embargo, no obstante que aunque el contrato reúna todos -- los requisitos que ordena el legislador para su perfeccionamiento y aun más, que este acto jurídico haya sido sancionado tanto por la ley como por la voluntad de las partes, surgen casos y no muy raros en los cuales a pesar de este perfeccionamiento, el -- contrato es incumplido por alguna de las partes.

A este incumplimiento que es motivo del presente trabajo, nos avocaremos en el presente capítulo, empezando con las legislaciones que han servido de molde para la constitución de nuestra legislación.

1.- Legislación francesa

Cuando el contrato se ha formado legalmente, adquiere fuerza obligatoria por esa razón, en caso de que este se incumpla, constituye un hecho antijurídico. De acuerdo a la legislación y doctrina francesa, el incumplimiento puede ser objetivamente extracontractual o subjetivamente doloso. Lo anterior se refiere a --

que si por causas que estén fuera de la voluntad del deudor se incumple el contrato aun cuando este no las haya propiciado y aun mas hubiera tratado de evitar el daño que produjo el incumplimiento, éste se produce, se dice que se trata de una causa objetivamente extrancontractual de incumplimiento. Si por el contrario, - el deudor ha actuado con toda deliberación consciente de que con esa actitud causará un daño a su co-contratante y que por lo mismo no podrá estar en aptitud de cumplir su obligación, se infiere que su actuación es dolosa.

La determinación de si el incumplimiento del contrato por una de las partes obligadas en el mismo ha sido en forma dolosa o no, deberá ser calificada por el Juez, para efectos de condenar al -- deudor en un momento dado, al pago de daños y perjuicios.

La legislación francesa cuenta con los elementos necesarios para preservar el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

El ejercicio de la acción de cumplimiento de los contratos dependerá siempre del objeto de los mismos, o sea, las medidas que legalmente se adopten para exigir su cumplimiento será de acuerdo al tipo de obligación que se trate, por ejemplo, cuando se refiera a una obligación de dar y la cosa aun se encuentra en poder -- del deudor, el Juez puede decretar un embargo o mediante un secuestro judicial, obligar al deudor a cumplir. Por el contrario cuando se trate de una obligación de hacer, que provenga de un contrato que se haya celebrado intuitu personae, por ejemplo, un pintor famoso al que se le encargue hacer un retrato, de no ejecutar él dicho trabajo, carecerá de importancia para el acreedor que otro

pintor cumpla por cuenta de aquel. En términos generales, "las obligaciones de hacer sólo dan lugar a resarcimiento, sustitutorio cuando dicho facere no sea fungible, pues, en otro caso, la ejecución tiene lugar a costa del deudor." (1)

Habrán casos en que exista imposibilidad de cumplimiento de la obligación por parte del deudor, recurriéndose entonces a la indemnización compensatoria o dineraria, sin embargo, en ocasiones y debido a la falta de cumplimiento de uno de los contratantes, de su obligación, el negocio pierda interés para el acreedor podrá este optar por la resolución del contrato.

Al respecto, el artículo 1.184 del Código civil francés dispone que: "la condición resolutoria se considera siempre sobrentendida en los contratos sinalagmáticos, para el supuesto de que alguna de las partes no cumpliera sus obligaciones. En este caso el contrato no queda resuelto de pleno derecho. La parte en cuyo favor no haya sido ejecutada la prestación puede optar entre exigir a la otra el cumplimiento del contrato, si ello es posible, o demandar la resolución con el pago de daños y perjuicios. La resolución debe ser reclamada judicialmente y según las circunstancias, puede otorgarse un plazo al demandado."

De la transcripción del texto del artículo anterior se desprenden las siguientes cuestiones:

1.- Se trata de una cláusula natural de todo contrato sinalagmático. Sin embargo, la excepción a la regla anterior es en el -- sentido de que "el pacto comisorio se ha de convenir expresamente en las ventas inmobiliarias, mientras que tratándose de enajena--

(1) Carbonnier, Jean. Derecho Civil, Trad. Manuel Ma. Zorrilla R. Bosch Barcelona, 1960, Pág. 542

ciones de bienes muebles, opera como cláusula implícita." Artículos 1.504 y 1.505 (2)

2.- Dicha cláusula o pacto comisorio, no opera de pleno derecho, si uno de los contratantes ha sufrido la falta de cumplimiento por parte de su co-contratante, tendrá el acreedor que esperar la resolución judicial que determine el incumplimiento.

Sin embargo, la práctica judicial ha reconocido "la posibilidad de una resolución extrajudicial, si bien limitada en su eficacia a la hipótesis de que el deudor la consienta." (3)

3.- El acreedor cuenta con dos posibilidades:

a). Optar por la ejecución forzada, ello cuando de acuerdo a la naturaleza de la obligación contractual dicho acreedor ve -- aun posibilidades de que el otro contratante cumpla con su parte y en este caso el acreedor pedirá al juez que obligue al deudor a cumplir.

b). La otra posibilidad con que cuenta el acreedor, es la de pedir la resolución del contrato cuando debido al incumplimiento de la otra parte, el negocio ha perdido interés para el acreedor.

Tanto en el caso de que se haya decidido por ejercitar la acción de cumplimiento del contrato, como la resolución del mismo, tiene el acreedor el derecho de demandar el pago de daños y perjuicios.

4.- Cuando según las circunstancias en que ocurrió el incumplimiento, el deudor logra demostrar al juez la ausencia de dolo en dicho incumplimiento, el juez tiene la facultad de otorgar un pla

(2) Carbonnier. Ob. Cit., Pág. 647

(3) Carbonnier. Ob. Cit., Pág. 648

zo al deudor. Asimismo, de acuerdo a las pruebas ofrecidas por el deudor podrá en un momento dado el juez, decretar la resolución, sin resarcimiento, en virtud de una especie de ruptura por culpa-bilidad mutua, resulta que ambas partes han cometido incumplimien-to y las culpas de una y otra se compensan. (La simple resolución del vínculo, sin indemnización de perjuicios, quedé proceder de - los casos siguientes: I. Renuncia expresa del perjudicado; II. -- Compensación de culpas que, a primera vista, requiere un pedimen-to reconventional del demandado, ya que de otro modo, la obliga-- ción debe subsistir ante el simple defecto de acción que se dá en el demandante incumplidor; III. Impugnación eficaz a cargo del -- mismo demandado, de la presunción juris tantum de existencia del daño, ex-artículo 1.124 del Código civil.

En consecuencia, en la legislación francesa se sanciona el in-cumplimiento de los contratos: con la ejecución forzada de la pres-tación, ello cuando de acuerdo a la naturaleza del contrato aun - sea posible dicho cumplimiento, y que dicho cumplimiento sea tam-bién aun idóneo para el acreedor; con la ejecución por sustitu-- ción cuando debido a la naturaleza de la prestación ya no sea po-sible ejercitar la acción de ejecución forzada de la obligación; y en uno u otro supuesto, por el solo hecho del incumplimiento - culpable por parte del deudor deberá este resarcir al acreedor - de los daños y perjuicios causados por la falta de cumplimiento - de su obligación contractual.

## 2.- Legislación española

Conforme a esta legislación, en el incumplimiento de las obligaciones contractuales se presentan tres supuestos que pudieran considerarse en grados para calificar la falta de cumplimiento.

1). Que el deudor no haya realizado ninguna prestación en el momento en que estaba obligado a ejecutarla, pero la prestación objetivamente considerada, es todavía idónea para satisfacer el interés del acreedor;

2). El deudor no ha realizado ninguna prestación en el momento oportuno y la prestación en sí misma es todavía posible, pero ya no es idónea para satisfacer el interés del acreedor;

3). El deudor no ha realizado ninguna prestación y, además, - la prestación se ha tornado sobrevénidamente imposible.

En los dos primeros supuestos se refiere a que la prestación aún es posible de realizarse, pero la diferencia específica es la utilidad que una y otra pueda representar para el acreedor y en este caso la idoneidad se refiere a la esencia de la prestación o incumplimiento propiamente del contrato, pues de muy poca importancia puede resultar en un momento dado el que aun se pueda cumplir la obligación si ya está fuera de tiempo. Sin embargo cuando de los pruebas que aporte el deudor se desprenda que no actuó con dolo o culpa, se le podrá eximir de la sanción del pago de perjuicios.

Un requisito indispensable de acuerdo con la legislación española para que sea decretado judicialmente el incumplimiento de un contrato es el de que se haya declarado al deudor en mora, es

to desde luego de acuerdo a la naturaleza del contrato, o sea que la prestación aun resulte idonea para el acreedor y que además haya aun posibilidad de realizarse la prestación.

**MORA DEL DEUDOR.** A esto se refiere el artículo 1100 del Código civil español en los siguientes términos: "incurren en mora los obligados a dar o hacer alguna cosa desde que el acreedor les exige judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de la obligación"

En la legislación española son necesarios los siguientes requisitos para que el deudor pueda ser constituido en mora:

- a). El caracter positivo de la obligación;
- b). Exigibilidad de la prestación;
- c). Culnabilidad del deudor en el retardo o retraso; y
- d). La interpelación o intimidación del acreedor, salvo en a-- aquellos casos en que la ley no lo considere necesario.

a). Este primer requisito, según nos comenta Díez-Picazo, se refiere a que dicha obligación "sea una obligación positiva de dar o de hacer, pues en las obligaciones negativas no cabe la mora." (4)

A lo anterior alude el artículo 1100 arriba transcrito cuando dispone que "incurren en mora los obligados a dar o hacer alguna cosa ..."

b). Que la obligación sea exigible, esto quiere decir que al momento de constituir en mora al deudor, ya el plazo en que se debió haber cumplido dicha obligación haya transcurrido, o el -- término haya pasado, asimismo cuando se impone la liquidez o i- liquidez de la deuda, la mora se computará a partir de que se de-

(4) Díez-Picazo, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial; Tecnosí. Madrid. Vol. I. 1970. Pág. 670, Num. 303

termine el monto real de la deuda.

c). Culpabilidad del deudor. En este caso, de acuerdo a la legislación que estamos analizando, la carga de la prueba estará a cargo del demandado, o sea del deudor, para demostrar en su caso la ausencia de culpa en el cumplimiento de su obligación

d). Un requisito indispensable según la legislación española para constituir en mora al deudor, es el de haberlo interpellado ya en lo judicial o en lo extrajudicial, (por medio de Notario o ante dos testigos), así lo dispone el artículo 1100 en los siguientes términos: "incurren en mora los obligados ... desde que el acreedor les exige judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de la obligación."

Sin embargo puede empezar a correr la mora sin necesidad de interpelación, en los siguientes casos:

A). Cuando se ha estipulado expresamente en el contrato la caída en mora si en determinada fecha no se cumple con la obligación contraída.

B). Tampoco habrá necesidad de interpelación para constituir en mora al deudor, cuando debido a la naturaleza de la obligación se determine tácitamente la puesta en mora por parte del deudor.

Consecuencias jurídicas por responsabilidad en caso de mora por parte del deudor; estas se presentan en dos planos:

I. Responsabilidad del deudor a indemnizar al acreedor el pago de los daños y perjuicios ocasionados por la falta de cumplimiento oportuno de su obligación;

II. Responsabilidad del deudor que se traduce en incumplimiento por concepto de pérdida fortuita de la cosa debida.

INCUMPLIMIENTO DEFINITIVO DE LA OBLIGACION. A la mora del deudor puede considerarse como presupuesto del incumplimiento, sin embargo puede ser dicha mora, una oportunidad para el deudor para que cumpla con su obligación contraída, como cuando en un embargo o antes del embargo, mas bien dicho, se le requiere al deudor el pago, si dicho deudor cumple en ese momento se suspende la ejecución.

Sin embargo puede suceder que el deudor tenga la deliberada intención de no cumplir con su obligación contraída, o que por el transcurso del tiempo, la prestación se convierta en inidonea y por lo mismo se traduzca en incumplimiento definitivo.

De este modo, una tipificación objetiva de las hipótesis que puedan englobarse bajo la rúbrica de incumplimiento definitivo, o de definitiva falta de ejecución del programa de prestación -- puede realizarse insertando dentro de ella los siguientes casos:

- 1).- La imposibilidad sobrevenida de la prestación objetiva y absoluta;
- 2).- La imposibilidad temporal con frustración del fin del negocio;
- 3).- La voluntad inequívoca del deudor de no cumplir; y
- 4).- La falta de obtención del resultado de la prestación.

Según podemos darnos cuenta de lo anterior, las penas que en la legislación española se imponen a quien ha incumplido con su obligación contraída son: I. Las de sancionario con el pago de -

daños y perjuicios por la falta cometida además de obligarlo en un momento dado, de acuerdo a la naturaleza del contrato y el interés del acreedor sobre dicha obligación a que cumpla con la -- prestación a que se ha comprometido en los términos del artículo 1124 de esta legislación española que en lo conducente estatuye: "... El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento ...," II. Otra facultad que la propia legislación otorga al -- que ha sufrido un incumplimiento, es la de rescindir o resolver la convención al amparo de dicha disposición anteriormente mencionada cuando preceptúa 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 ... exigir ... la resolución de la obligación, -- con el resarcimiento de daños y abono de intereses. ... También podrá pedir la resolución, aún después de haber optado por el -- cumplimiento cuando éste resultare imposible. ..."

Contando el tribunal con la facultad de acuerdo a las circunstancias en que se haya producido el incumplimiento, de otorgar un plazo para que cumpla con su obligación el deudor, o bien decretar de inmediato el incumplimiento y como consecuencia, la resolución de la convención o la ejecución forzada de la prestación, cuando esto sea posible.

### 3.- Legislación del Brasil

En esta legislación brasileña se prescribe que la falta de cumplimiento de las obligaciones, sea esta falta de cumplimiento en el tiempo y modos debidos, hacen responsable al deudor del pago - de pérdidas y daños, artículo 1056.

Asimismo se afirma que se incurre en incumplimiento por parte del deudor que no ha realizado su prestación dentro del plazo en que conforme al pacto celebrado debía haberse cumplido, y se comete la misma falta cuando la prestación no se realiza conforme a - las condiciones que se hayan estipulado en el contrato, o que de acuerdo a la utilidad de la misma resulte de la naturaleza del -- propio contrato.

EL DAÑO Y EL PERJUICIO. Se entiende por daño, la pérdida o menoscabo ocasionados en el patrimonio del acreedor, y por perjuicios, la ganancia lícita dejada de obtener como consecuencia de - la falta de cumplimiento de la obligación por parte del deudor. A este respecto el Código civil brasileño en su artículo 1059 se refiere en los siguientes términos: salvo las excepciones previstas en este Código, de modo expreso, las pérdidas y daños debidos al acreedor, comprenderán las que efectivamente se produjeron y las ganancias que razonablemente dejó de ganar el acreedor.

RELACION DE CAUSALIDAD. Tanto las pérdidas como los daños, deben de ser consecuencia inmediata de la falta de cumplimiento de la obligación debida, así se expresa el mencionado ordenamiento - legal del Brasil cuando estatuye que "aun cuando la inexecución - de la obligación resulte por dolo del deudor las pérdidas y daños

solo comprenderán los perjuicios efectivos y las ganancias que dejaron de obtenerse por efecto directo e inmediato de la falta de cumplimiento. Cuando la obligación se trate de dinero en efectivo las pérdidas y daños constituirán las costas judiciales más los intereses legales causados, que se computarán desde que estos se hayan hecho líquidos por sentencia judicial, arbitraje o acuerdo entre las partes, artículo 1064, parte final.

**IMPUNIBILIDAD DEL DEUDOR.- LA CULPA.** El que no ejecute la obligación que ha asumido en el contrato o no la realiza como debería hacerlo, comete una falta.

**CULPA NO DOLOSA.** Consiste esta, en solo una negligencia cometida sin la intención de perjudicar al acreedor, en cuyo caso únicamente responde por el pago de daños y perjuicios ocasionados por su falta cuando estos sean consecuencia efectiva e inmediata de la misma, artículo 1060, (interpretado a contrario sensu), y el artículo 93 del propio Código agrega que "el dolo accidental solo obliga a la satisfacción de pérdidas y daños, ..."

**EL DOLO,** se entiende que hay dolo cuando una de las partes intencionalmente comete una falta para perjudicar a su acreedor. "en los negocios bilaterales, el silencio intencional de una de las partes, respecto del hecho o calidad que la otra parte haya ignorado, constituye una omisión dolosa, si se prueba que sin ella, no se hubiera celebrado el contrato.

Es asimismo responsable del dolo realizado por un representante del deudor y en este caso, dicho deudor, únicamente responderá hasta el importe del beneficio obtenido." Artículo 96.

Cuando ambas partes en un contrato han procedido con dolo, -- ninguna de ellas podrá alegarlo, ya sea para anular el negocio o para reclamar indemnización, artículo 97.

LA MORA, recibe el nombre de mora el retardo en el cumplimiento de una obligación por parte del deudor, en tiempo, lugar y -- forma convenidos, artículo 955.

CONSECUENCIAS DE LA MORA, a partir de la fecha de la constitución en mora al deudor, por parte del acreedor, se empiezan a -- computar los daños y perjuicios, artículo 956, y el PARAGRAFO UNICO del artículo 1059, agrega que "el deudor que no pagó en -- tiempo y forma debidos, solo responde por las ganancias que pudieran ser previstas en la fecha de la obligación", asimismo, el artículo 1056 del propio ordenamiento legal preceptúa que "... -- dejando de cumplir (la obligación) por el modo y tiempo debidos, responde el deudor al pago de pérdidas y daños."

#### EPOCA EN QUE COMIENZA LA MORA:

PRIMER CASO, cuando la obligación no depende de plazo asignado, al deudor le empezará a correr la responsabilidad desde la -- fecha de la interposición, notificación o protesta, artículo 960 (segundo párrafo).

SEGUNDO CASO. En el supuesto de obligaciones positivas y líquidas en que se les asignó un término (fecha cierta para ejecutaria), el simple transcurso del mismo, constituyen en mora de -- pleno derecho al deudor, artículo 960 (primera parte).

Tratándose de obligaciones negativas, el deudor queda constituido en mora desde el día en que ejecute el acto de que se debía abstener.

TERMINA LA MORA, artículo 959:

I. Por parte del deudor ofreciendo este la prestación más el importe de los daños y perjuicios ocasionados hasta el día del pago.

II. Por parte del acreedor, ofreciéndose este a recibir el pago y sujetándose a los efectos de la mora hasta la misma fecha.

III. Por parte de ambos, renunciando aquel que se juzgue perjudicado, los derechos que de la misma provienen.

En el caso de esta legislación del Brasil, cuando en un contrato bilateral una de las partes ha cumplido con su obligación, la ley le otorga a éste el derecho de exigir el cumplimiento de la obligación del contrato incumplido, o bien, el derecho de retención, el cual consiste precisamente, en el derecho a rehusarse a cumplir su parte hasta que la otra parte satisfaga lo que le corresponde o proporcione garantía suficiente de satisfacerla además del derecho que la misma ley concede a la parte lesionada por el incumplimiento, de reclamar la rescisión del contrato con los daños y perjuicios.

#### 4.- Legislación chilena

Respecto al incumplimiento de los contratos nos dice esta legislación que contrariamente al cumplimiento en su forma espontánea y normal, sobre las prestaciones convenidas por las partes - al constituir la obligación, puede ocurrir que uno de los contratantes no cumpla con su parte, o cumpla imperfectamente, o incurra en retraso, entonces la otra parte, el acreedor, puede poner en juego los medios que le ha conferido el ordenamiento legal empezando por constreñir al deudor a cumplir a través de la autoridad judicial. El acreedor persigue de este modo el cumplimiento en la naturaleza, o la ejecución directa o específica.

Puesto el deudor en incumplimiento luego de haber faltado la ejecución espontánea en la forma y tiempo debidos, la ley concede al acreedor tres clases de derechos:

- a). Derecho principal de ejecución natural;
- b). Derecho subsidiario de ejecución por equivalencia, que -- constituye la indemnización de perjuicios; y
- c). Derechos auxiliares o de colaboración al mantenimiento y mérito del patrimonio del deudor.

a). El primer supuesto se refiere a que a falta de acto - voluntario del cumplimiento exacto, íntegro y oportuno, que sería el comportamiento del deudor conforme a su deber de prestación, la norma creada al contratarse se hace presente.

Mediante este derecho, el acreedor intentará el cumplimiento forzado de la obligación, llegándose al empleo de medios coercitivos, inclusive con intervención de la fuerza pública, y a ve--

ces con apremios personales.

EJECUCION FORZADA EN LAS OBLIGACIONES DE DAR, la cosa seguirá siendo del dominio del deudor mientras no opere un modo de adquirir la tradición en favor del acreedor, en este caso, "el acreedor podrá perseguirla en el patrimonio del tercer adquirente, mediante el ejercicio de la acción pauliana o revocatoria. Esta acción es excepcional, aplicándose, substancialmente cuando el -- deudor insolvente ha obrado en fraude de los derechos del acreedor.

También podrá lograr la cosa mediante la resolución, cuando se ha cumplido una condición, y este cumplimiento afecta a terceros en conformidad con los artículos 1490 y 1491. Igualmente ejercitándose la acción de simulación." (5)

Es mediante el procedimiento ejecutivo como se puede obtener en las obligaciones de dar, de una manera mas rápida y efectiva, requiriéndose para tal efecto los siguientes requisitos en la -- prestación: título ejecutivo; obligación líquida y actualmente exigible; y acción no prescrita como ejecutiva ( de no más de cinco años desde que se hizo exigible la obligación).

"si tales presupuestos no se cumplieran, no queda otro camino que el de formar un título de los llamados ejecutivos, que sin contar con la voluntad del deudor, no será otro, generalmente, -- que una sentencia firme o ejecutoriada. Esta sentencia se habrá obtenido luego de seguirse el respectivo procedimiento en juicio declarativo, sea ordinario o sumario, que son los procedimientos declarativos generales." (6)

- (5) Fucyo Laneri, Fernando. D. Civil. De las Obligaciones. Vol. I. Imp. y Lito. Universo, S.A. Valparaíso, Chile. 1958, Págs. 237 y 238.
- (6) Fucyo Laneri. Ob. Cit. Págs. 209 y 210

EJECUCION FORZADA EN LAS OBLIGACIONES DE HACER, al respecto, - el artículo 1553 del Código civil chileno otorga al acreedor las siguientes facultades, (cuando ya se ha constituido en mora al -- deudor):

- 1).- "Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho con venido;
- 2).- Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por - un tercero a expensas del deudor;
- 3).- Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato."

En todos los casos de incumplimiento de un contrato, tiene el acreedor el derecho al pago de daños y perjuicios en los terminos del artículo 1553 que a la letra dice: "Si la obligación es de ha cer y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, - junto con la indemnización de la mora, ..." y el artículo 1557 agrega que en los casos de incumplimiento de una obligación de ha- cer, cuando el deudor ha sido constituido en mora, tiene el acree- dor el derecho al pago de perjuicios.

PROCEDIMIENTO EJECUTIVO EN LAS OBLIGACIONES DE HACER, el Cód-igo de Procedimientos Civiles de Chile preceptúa que:

Artículo 530. "Hay acción ejecutiva en las obligaciones de ha- cer, cuando, siendo determinadas y actualmente exigibles, se hace valer para acreditarlas algún título que traiga anarejada ejecu- ción de conformidad al artículo 434."

Artículo 532. "Si el hecho debido consiste en la suscripción - de un instrumento o en la constitución de una obligación por par-

te del deudor, podrá proceder a su nombre el juez que conozca del litigio, si, requerido aquel, no lo hace dentro del plazo que le señale el tribunal."

Finalmente, el artículo 533 del mismo ordenamiento legal dispone que "cuando la obligación consista en la ejecución de una obra material el mandamiento ejecutivo contendrá:

1. La orden de requerir al deudor para que cumpla la obligación;
2. El señalamiento de un plazo prudente para que dé principio al trabajo."

EJECUCIÓN FORZADA EN LAS OBLIGACIONES DE NO HACER, el artículo 1555 del ordenamiento legal chileno dispone que "toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho.

Pudiendo destruirse la cosa hecha, y siendo su destrucción necesaria para el objeto que se tuvo en mira al tiempo de celebrar el contrato, será el deudor obligado a ella, o autorizado el acreedor para que la lleve a efecto a expensas del deudor.

Si dicho objeto puede obtenerse cumplidamente por otros medios en este caso será oído el deudor que se allane a prestarlos.

El acreedor quedará de todos modos indemne."

PROCEDIMIENTO EJECUTIVO DE LAS OBLIGACIONES DE NO HACER, el artículo 544 del Código de Procedimientos civiles establece, "las disposiciones que preceden se aplicarán también a la obligación de no hacer cuando se convierta en la de destruir la obra hecha, con tal que el título en que se funda consiste de un modo expreso

todas las circunstancias requeridas por el inciso 2o. del artículo 1555 del Código civil, y no queda tener aplicación el inciso 3o. del mismo artículo.

En caso de que tenga aplicación este último inciso, se procederá en forma de incidente."

Los párrafos del artículo 1555 del Código civil a que alude la anterior norma adjetiva son los siguientes: (anteriormente transcritos)

Párrafo 2o. que se le autorice a él mismo (al acreedor), para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor;

Párrafo 3o. Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato.

b). Segundo de los derechos que la ley concede al acreedor que ha sido víctima de incumplimiento por parte de su deudor. DERECHO SUBSIDIARIO DE EJECUCION POR EQUIVALENCIA, QUE CONSTITUYE LA INDEMNIZACION DE PERJUICIOS.- DEFINICION - Es "la obligada restauración del desequilibrio patrimonial ocasionado por el incumplimiento culpable de la obligación, satisfaciendo al perjudicado los daños y perjuicios que le originaron." (7)

Tratándose de obligaciones de hacer, el artículo 1553 del Código civil dispone:

"Si la obligación es de hacer y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, ...

3.- Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato."

También en la fracción 2o. del mismo artículo 1553 anteriormente mencionado, se refiere a un derecho subsidiario de ejecución -

(7) Fueyo Laneri. Ob. Cit. Pág. 249, Num. 230

por equivalencia cuando dice que: "se le autorice a él mismo (al acreedor) para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor."

Tratándose de obligaciones de no hacer, el artículo 1555 dispone que "toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, ..."

Los supuestos para poder ejercitar el derecho subsidiario de ejecución por equivalencia, son los siguientes:

- 1).- Falta de cumplimiento de la obligación contraída;
- 2).- Que dicha obligación no se haya cumplido perfectamente; y
- 3).- Retardo en el cumplimiento de la misma.

La indemnización de perjuicios comprende: tanto el daño emergente como el lucro cesante, provengan estos de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

Exceptuándose los casos en que la ley limita expresamente al daño emergente, artículo 1556.

Para que el acreedor tenga derecho a pedir la indemnización, deberá aportar las pruebas necesarias para demostrar que:

- 1). El deudor ha faltado al cumplimiento de su obligación contraída;
- 2). Dicha obligación no se ha cumplido perfectamente; y
- 3). El deudor se ha retardado en el cumplimiento de la misma.

Al respecto de los perjuicios a que se condene a pagar al deudor, la Corte Suprema de la República de Chile, en sentencia del 19 de abril de 1944 ha determinado que: "los perjuicios contrac--

tuales constituyen compensación y no pueden ser objeto de lucro" (8).

c.- Finalmente, respecto al último de los derechos enumerados al principio de este inciso, (de la legislación chilena), que se refiere a los DERECHOS AUXILIARES O DE COLABORACION, AL MANTENIMIENTO Y MERITO DEL PATRIMONIO DEL DEUDOR, únicamente me concretaré a enumerar los mas importantes, pues analizar cada uno de ellos rebasaría los fines que me propongo en el presente trabajo, y son los siguientes:

- I. Acción pauliana;
- II. Saneamiento en caso de evicción;
- III. Saneamiento en caso de vicios ocultos;
- IV. Derecho de retención.

En resumen, respecto a los derechos que esta legislación chilena otorga al acreedor son: los de obtener a través de la ejecución forzada el cumplimiento de la obligación contraída por parte del deudor, y en caso de que lo anterior no fuere posible, exigir la ejecución por equivalente, consistiendo esta en una indemnización compensatoria o bien que de acuerdo a la naturaleza del negocio pueda ser ejecutada por otra persona, por cuenta -- del deudor, además de contar dicho contratante con el derecho de resolver el contrato, esto cuando a consecuencia de la falta de cumplimiento por parte del deudor resulte la prestación no idonea para el acreedor y en cualquiera de los casos deberá el deudor cubrir el pago de daños y perjuicios.

(8) Fueyo Laneri. Ob. Cit. Pág. 256, Num. 242

## 5.- Legislación argentina

En ésta legislación argentina, se establece que en los contratos bilaterales las obligaciones a cargo de las partes son correlativas a las de la otra parte, pues sería injusto que únicamente uno de los contratantes pudiera exigir el cumplimiento sin haber cumplido lo que le corresponde. "En el Derecho romano para evitatar estas injusticias, la persona a quien se demandaba el cumplimiento del contrato, podía hacer rechazar la demanda por me--dio de una excepción de dolo Exceptio doli, a la cual los comentadores han dado despues el nombre de Exceptio non adimpleti contractus." (9)

El anterior principio lo ha consagrado el Código civil argen--tino en su artículo 1201 en los términos siguientes: "en los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probase haberlo ella cumplido u ofreciese cumplir-lo, o que su obligación es a plazo."

Del contenido de este artículo se deduce lo siguiente:

a). Únicamente se podrá demandar el incumplimiento por la persona o parte que ha cumplido lo que le corresponde. Si la obligación se tratara de dinero en efectivo, por ejemplo, que dicho pago sea depositado ante la autoridad judicial, (consignación de -pago);

b). Que el acreedor ofrezca cumplir lo que a el le corresponde, pero este ofrecimiento deberá ser en forma fehaciente como -por ejemplo, otorgar fiador para que garantice el cumplimiento -de su obligación; y

(9) Salvat M., Raynundo. Tratado de D. Civil Argentino. Fuentes de las Obligaciones. Tomo I. Vol. V. Bs. Aires. 1946. Pág. -124

c). En el caso de que la obligación fuere a plazo, el acreedor no tendrá la necesidad de garantizar su cumplimiento, o sea, no será necesario el otorgar una garantía adicional a la establecida al contratar.

El mismo principio anteriormente mencionado priva para el caso de cumplimiento defectuoso, así lo dispone el artículo 510 del propio Código civil cuando dispone que "en las obligaciones recíprocas, el uno de los obligados no incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir la obligación que le es respectiva."

Por lo que se refiere al pacto comisorio de acuerdo con la legislación anterior, este era considerado "como la cláusula en virtud de la cual se estipula que el contrato será resuelto si una de las partes no cumple sus obligaciones." (10)

El artículo 1304 precestuaba lo siguiente: "si no hubiera pacto expreso que autorice a una de las partes a disolver el contrato si la otra no cumpliera, el contrato no podrá disolverse y solo podrá pedirse su cumplimiento."

El texto de este artículo fué sustancialmente reformado en el año de 1960, habiendo quedado como sigue:

Artículo 1304. "En los contratos con prestaciones recíprocas se entiende implícita la facultad de resolver las obligaciones emergentes de ellos en caso de que uno de los contratantes no cumpliera su compromiso. Mas en los contratos en que se hubiese cumplido parte de las prestaciones, las que se hayan cumplido quedarán firmes y producirán en cuanto a ellas, los efectos correspondientes."

(10) Salvat M. Ob. Cit., Pág. 132

dientes.

No ejecutada la prestación, el acreedor podrá recuperar al incumplidor el cumplimiento de su obligación en un plazo no inferior a quince días, salvo que los usos o un pacto expreso establecieran uno menor, con los daños y perjuicios derivados de la mora; transcurrido el plazo sin que la prestación haya sido cumplida quedarán resueltas sin más, las obligaciones emergentes del contrato con derecho para el acreedor al resarcimiento de daños y perjuicios.

Las partes podrán pactar expresamente que la resolución se produzca en caso de que alguna obligación no sea cumplida con las modalidades convenidas; en este supuesto la resolución se producirá de pleno derecho y surtirá efectos desde que la parte interesada comunique a la incumplidora, en forma fehaciente, su voluntad de resolver.

La parte que haya cumplido podrá optar por exigir a la incumplidora la ejecución de sus obligaciones con daños y perjuicios. La resolución podrá pedirse aunque se hubiese demandado el cumplimiento del contrato; pero no podrá solicitarse el cumplimiento cuando se hubiese demandado la resolución." (11)

Los elementos contenidos en la norma anteriormente transcrita son los siguientes:

- 1).- Se trata de una cláusula natural para los contratos bilaterales;
- 2).- El pacto comisorio contenido en esta norma no opera en

(11) Sánchez-Medial, Ramón. La resolución de los contratos por incumplimiento. Porrúa. México. 1964. Págs. 37 y 38.

Forma retroactiva, por lo tanto todos los actos que se hubieran realizado antes de que se produzca el incumplimiento quedan firmes;

3.- Para poder constituir en mora al deudor deberá ser apercibido o requerido por el acreedor, pudiendo utilizar este cualquier medio, ya sea judicial; o en lo extrajudicial, esto es, por medio de Notario e inclusive, considerando que el legislador argentino no especifica con claridad las formas de requerir al deudor para el cumplimiento de las obligaciones contraídas, el suscrito considera que esta interpelación podría ser por medio de carta con acuse de recibo o telegrama o por cualquier otro medio que conste fehacientemente dicho requerimiento, sin olvidar por supuesto, que dicho requerimiento también puede hacerse en presencia de dos testigos.

4.- Deberá el acreedor, otorgar al deudor un plazo de quince días o más, para que este cumpla, salvo que según la naturaleza del contrato o que en el mismo se haya estipulado expresamente un plazo menor a los quince días.

5.- El deudor deberá cubrir al acreedor el pago de daños y perjuicios, durante el tiempo otorgado para cumplir;

6.- Transcurrido el plazo concedido por el acreedor sin que el deudor cumpla, será declarado este en incumplimiento con la sanción del resarcimiento de daños y perjuicios;

7.- Forma como opera el pacto comisorio:

a). Por declaración judicial, cuando no se haya estipulado expresamente mediante una cláusula en el contrato.

b). También opera de pleno derecho "inso jure", cuando así ha sido estipulado en dicho contrato, con el único requisito de que el acreedor comunique a la parte incumplidora en forma fehaciente su deseo de resolver el contrato;

8.- El acreedor puede ejercitar en forma sucesiva las acciones de "cumplimiento" en contra del deudor, cuando dicho acreedor considere que aun es posible el cumplimiento de la prestación, o en su caso, la acción de "resolución" del contrato para de esa forma desvincularse de su obligación. Pero en el caso de que el acreedor hubiese elegido en primer lugar la acción de resolución en -- contra del deudor ya no podrá ejercitar la de cumplimiento.

9.- Finalmente, el acreedor tendrá derecho de exigir el pago de daños y perjuicios en ambos casos, o sea, tanto si hubiera demandado el cumplimiento o resolución de la obligación.

En conclusión, podemos afirmar que esta legislación cuenta con las normas legales referentes al incumplimiento de las obligaciones contractuales mas recientes y consiguientemente la que contiene disposiciones legales más ágiles en la actividad de circulación de los bienes, pues en esta legislación argentina expresamente se otorga la facultad a las partes para resolver la obligación contraída en el caso de que una de las partes incumpla sin necesidad de tener que recurrir a la autoridad judicial; con las únicas condiciones de que así se hubiere estipulado expresamente en una cláusula del contrato; y además, que la parte interesada -- comunique a la incumplidora en forma fehaciente su voluntad de resolver. Asimismo, de acuerdo a esta legislación, el acreedor cuen

ta, según ya lo tratamos anteriormente, con el derecho sucesivo - de pedir judicialmente la ejecución forzada de la prestación, y - de no ser esto posible, pedir la resolución cuando primero se hubiere pedido el cumplimiento, teniendo el acreedor en uno u otro caso el derecho de exigir el pago de daños y perjuicios.

## 6.- Legislación alemana

De acuerdo a esta legislación, cuando por causas imputables al deudor se hace definitivamente imposible cumplir con la prestación ha de responder éste por su incumplimiento. Asimismo, nos comenta Karl Larenz, que cuando la prestación consista en dinero, - el deudor queda indefinidamente obligado a cumplir su obligación aun cuando su insolvencia no le sea imputable a él, deduciéndose de esto que aparentemente no opera en deudas de dinero la prescripción.

Si el acreedor quiere demandar indemnización de daños por incumplimiento, argumentando que se ha hecho imposible la prestación por parte del deudor, tendrá que demostrar dicho acreedor la imposibilidad en el cumplimiento, cuando sea negada esa imposibilidad por el deudor.

Una vez que el acreedor ha demostrado la imposibilidad en el incumplimiento por parte del deudor y por ese motivo se ha pronunciado sentencia en contra del deudor incumplido, el juez debe de conceder un plazo conveniente al deudor para que cumpla, y en caso de que en ese plazo no cumpliera el deudor, entonces se le podrá condenar al pago de una indemnización de daños y en su caso, posteriormente a la ejecución forzada. Para el caso de la indemnización de daños, el acreedor deberá aportar elementos a fin de determinar el monto de la pérdida sufrida.

Sobre este tema del incumplimiento de acuerdo a la legislación alemana, el artículo 325 de su Código civil prescribe que "si la prestación que incumbe a una parte, derivada de un contrato bila-

teral, se hace imposible a consecuencia de una circunstancia de - la que ha de responder, la otra parte puede exigir indemnización a causa de no cumplimiento o desistir del contrato. En caso de imposibilidad parcial, si el cumplimiento parcial del contrato no tiene para ella interés alguno, está autorizada a exigir indemnización de daños a causa del no cumplimiento de toda la obligación, de conformidad con el parágrafo 280, párrafo 2o., o a desistir de todo el contrato. En lugar de la prestación de indemnización de - daños y del derecho de resolución puede también hacer valer los - derechos señalados para el caso del parágrafo 323.

Lo mismo vale en el caso del parágrafo 283 si la prestación no es ejecutada hasta el transcurso del plazo o si en ese tiempo no está realizada en parte."

De la transcripción del artículo anterior se desprenden las siguientes características respecto al incumplimiento de los contratos:

1).- Exigir indemnización de daños a causa del no cumplimiento esto es, que por falta de cumplimiento por parte del deudor, de - su obligación contraída con motivo de la celebración de un contrato, es responsable este de la pérdida sufrida por su incumplimiento en el patrimonio de su acreedor. La estimación de daños puede ser, según la teoría de la "diferencia" o de la teoría de la "subrogación".

La teoría de la diferencia consiste en que el acreedor puede - reclamar como daño lo que debía haber obtenido de ganancia, de haberse cumplido la prestación por parte del deudor, o sea que, si

por ejemplo, en el caso de un contrato de permuta, el acreedor ha**u** bía determinado ganar 1,000 marcos, serán éstos los que reclame -- como daño si se trata de la compra de determinada mercancía y el vendedor incumple, suponiendo que dicha mercancía se adquiere en otra parte, pero a un precio superior, los daños ocasionados al a**u** creador serán, precisamente, la diferencia de precio en que se -- compró esa mercancía en otro lugar. Es importante hacer notar que la adquisición de dicha mercancía tiene que ser en la misma fecha en que debió ser entregada la del contrato original, porque si es**u** ta es comprada en fecha posterior, en que ya hubiesen variado los precios debido al transcurso del tiempo, esto no podrá ser imputa**u** ble al deudor.

Cuando el incumplimiento se trate de dinero en efectivo, el -- monto de los daños se calculará de acuerdo al interés legal, esto cuando no se trate de una operación entre comerciantes, en donde se considerará conforme al tipo de interés en el mercado, a la fe**u** cha del incumplimiento del contrato. Por último, en el caso de -- que el acreedor aún no hubiese cumplido con su prestación y el -- contrato deviniese imposible, por incumplimiento de una de las -- partes, el acreedor sin tener que cumplir con su parte, demandará únicamente el caso de daños ocasionados por aquel, consistentes -- en la diferencia de precio entre una y otra prestación.

Conforme a la teoría de la "subrogación", "a la prestación que se ha hecho imposible, reemplaza como subrogado, su valor expresa**u** dos en dinero; el cual puede ser reclamado por el acreedor a cambio de su contraprestación, y el derecho que tiene a ésto el deu-

dor permanece intacto." (12)

Cuando la prestación se ha hecho imposible de cumplir por parte del deudor, y el acreedor ya ha entregado su parte y éste demanda indemnización de daños, el deudor tiene derecho a conservar su contraprestación, ya que el importe de los daños que reclama el acreedor, corresponden al valor de su obligación, o sea que en este caso se está subrogando el valor de la prestación -- que debe cumplir el deudor, por dinero en efectivo que equivale a los daños indemnizatorios que reclama el acreedor.

2).- Sin embargo, a causa del no cumplimiento por parte del deudor, el acreedor cuenta también con el derecho de "desistir del contrato. En cuyo caso se produce como consecuencia la extinción de los deberes de prestación recíprocos, pudiendo el acreedor, en el supuesto de que por su parte haya cumplido ya su prestación, reclamar el reintegro de lo entregado." (13)

3).- Otro derecho con que cuenta el acreedor para el caso de que el deudor no cumpla con su parte, o no la cumpla totalmente, si para el acreedor no existe interés la prestación tiene el derecho a desistirse de la totalidad del contrato, con el ejercicio de la acción de indemnización de daños, pero en este caso deberá reintegrar al deudor lo que de él hubiese recibido. También y por las mismas razones puede el acreedor desistirse de todo el contrato, sin poder en este caso exigir indemnización de daños.

Finalmente agregaré, respecto a este tema, que cuando conforme a lo dispuesto por el artículo 326 del Código civil alemán -- una parte está en mora en cuanto a la prestación que le incumbe,

(12) Larenz, Karl. Derecho de las Obligaciones. Ed. Rev. de Derecho Priv. Madrid. Tomo I, Pág. 334

(13) Larenz, Karl. Ob. Cit. Pág. 329

la otra puede señalarle un plazo prudente para la efectucción de la prestación con la declaración de que rehusará la aceptación -- después del transcurso del plazo. Pero puede ocurrir que el contrato haya perdido interés para el acreedor debido a la mora en -- que se encuentra el deudor, entonces el acreedor podrá rehusar la prestación, sin necesidad de determinación de un plazo.

Cuando el incumplimiento tiene lugar a causa de una circunstancia de la que no ha de responder la otra parte, ésta responde según las disposiciones de un enriquecimiento injusto, o sea que el deudor únicamente será responsable por lo que hubiese recibido, -- teniendo en este caso las partes la facultad de resolver el contrato de común acuerdo.

La relación que en síntesis podemos señalar respecto a los derechos que la legislación alemana concede a quien ha sido víctima del incumplimiento de una obligación contractual, son los siguientes: a). el de ejecución por equivalente, consistente este derecho en poder exigir la indemnización compensatoria, sea en forma parcial por haber habido inicio en el cumplimiento de la prestación, pero si este cumplimiento parcial del contrato no tiene para el acreedor interés alguno, está autorizado para exigir indemnización de daños a causa del no cumplimiento de toda la obligación; b). Otro derecho con que cuenta el acreedor es el de conceder a la otra parte un plazo prudencial para la efectucción de la prestación con la declaración de que rehusará la aceptación de dicha prestación después del transcurso del plazo concedido, pudiendo entonces desistirse del contrato o exigir la indemnización de daños a causa del no cumplimiento; c). Por último, respecto de es

te tema, la legislación alemana concede a las partes la resolución de la obligación, por declaración frente a la otra parte, -- pero dicha resolución está excluida cuando el titular de la prestación ha sido culpable de un menoscabo notable; de la pérdida o de ulterior imposibilidad de restitución del objeto recibido; -- también la resolución está excluida si el titular ha transformado la cosa recibida en una cosa de distinta clase por especificación o transformación; o bien, cuando el titular ha enajenado o gravado con el derecho de un tercero el objeto recibido o una -- parte importante de él.

## 7.- Nuestras legislaciones de 1870 y 1884

Hago el estudio del incumplimiento de los contratos en los Códigos civiles de 70 y 84 en forma conjunta, debido a que estos ordenamientos legales son muy similares, tienen casi idénticos los contenidos de sus normas, ya que estuvieron influenciados por la misma doctrina jurídica.

En estas legislaciones se disponía que la falta de cumplimiento de los contratos produce la responsabilidad civil. Lo cual no es otra cosa que la obligación que tiene uno de los contratantes de indemnizar el daño o perjuicio que causó al otro contratante. Siendo una consecuencia inmediata de la falta, con lo cual se ofendieron derechos ajenos que por ley a nadie está permitido

Al respecto, los artículos 1574-I y 1458-I de los Códigos de 1870 y 1884 respectivamente, disponen que: son causas de responsabilidad civil: I. "La falta de cumplimiento de un contrato." Y los artículos 1575 y 1459 de dichos Códigos agregan que: "el contratante que falte al cumplimiento del contrato sea en la sustancia, sea en el modo, será responsable de los daños y perjuicios que cause al otro contratante. Mas cuando el no haber cumplido - lo pactado no reconoce por origen un hecho propio, sino del otro contratante, o ello ha provenido de fuerza mayor o caso fortuito a los que aquel de ninguna manera haya contribuido." no será responsable de indemnización alguna.

Habrán sin embargo casos en que una de las partes en un contrato sin haber dado causa al caso fortuito o fuerza mayor, responde del cumplimiento o en su caso incumplimiento de su obligación en el contrato si así se convino, y sería por ejemplo cuando un

transportista se comprometa en las circunstancias que sean a transportar una mercancía que se encuentra en el Puerto de Veracruz, para determinada fecha y en esos días en que tiene que cumplir con su obligación, azota a ese puerto un huracán que hace imposible acercarse a donde se encuentra la carga. A esto se refieren nuestros Códigos anteriores, artículos 1573 y 1463 respectivamente, cuando estipulan que: "nadie está obligado al caso fortuito sino... cuando ha aceptado expresamente esa responsabilidad."

EL DAÑO O EL PERJUICIO MATERIAL, los Códigos que comentamos -- nos dicen que se extiende por daño la pérdida o menoscabo que el contratante haya sufrido en su patrimonio por la falta de cumplimiento de la obligación, artículos 1580 y 1464 respectivamente. -- Se reputa perjuicio, la privación de cualquiera ganancia lícita -- que debiera haberse obtenido por el cumplimiento de la obligación artículos 1581 y 1465.

EL DAÑO MORAL, aun cuando nuestros Códigos anteriores no tomaron como principio general, la indemnización en caso de daño moral, sino únicamente cuando se comprobara que el responsable hubiera incumplido con el objeto de lastimar la afectación de la otra parte. Al respecto, los artículos 1587 y 1471 de los Códigos en comento respectivamente preceptúan que: "al fijar el valor y el deterioro de una cosa, no se entenderá al precio estimativo o de afectación á no ser que se pruebe que el responsable destruyó la cosa con el objeto de lastimar la afección del dueño: el aumento que por estas causas se haga, no podrá exceder de una tercera parte del valor común de la cosa."

LA IMPUTABILIDAD AL DEUDOR.- LA CULPA, esta no es otra cosa --

que la omisión de la diligencia que exige la naturaleza de la obligación y corresponde a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Luego entonces, en los casos en que habiendo culpa por parte del deudor estará este obligado a la indemnización. Es importante señalar que siempre que la pérdida de la cosa se realice en poder del deudor, se presume por culpa suya, mientras no se pruebe lo contrario. Al respecto, existen dos categorías de culpa contractuales: la dolosa y la no dolosa.

CULPA NO DOLOSA, de acuerdo con nuestros ordenamientos civiles anteriores al actual de 1928, se reputa 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. En estos casos la calificación de la culpa o negligencia queda al prudente arbitrio del Juez, según las circunstancias del hecho, del contrato y de las personas.

EL DOLO, siempre que concurra en los contratos se produce la responsabilidad, artículos 1576 y 1460 respectivamente, "porque no sería justo permitir por su medio el despojo del patrimonio ajeno, cuando la base de los contratos es la buena fe, que desde luego destruye el dolo; por esto entre las reglas del derecho se encuentra una que dice, a nadie aprovecha su propio dolo, regla que esté enteramente conforme con el derecho natural y que comprende no solo el dolo presente sino también el futuro; pues este como aquel produce perjuicios injustos que es preciso resarcir. Y es tan severa la ley en este punto, que no permite pacto alguno a cerca de la responsabilidad que pudiera nacer, declarando nulo el que tiene por objeto la renuncia del derecho de exigirla." (14)

(14) Calva, Esteban. Instituciones de D. Civil. Tomo II. México. Imprenta de Díaz de León y White. 1875. Pág. 92

LA MORA, esta es: el retardo en el cumplimiento de la prestación, PRESUPUESTOS, para que se dé la mora necesita tratarse de una obligación que aun pueda ejecutarse; que se trate de una obligación líquida; que dicha obligación aun sea idonea para el acreedor; y que se haya hecho la respectiva interpelación al deudor - conforme lo dispone la ley: por medio de Notario o en presencia - de dos testigos.

EPOCA EN QUE COMIENZAN LOS EFECTOS O CONSECUENCIAS DE LA MORA:

a). Tratándose de prestaciones de hacer; la obligación no depende de plazo cierto, al deudor le empezará a correr la responsabilidad solamente el día en que fuere interpelado. La interpelación es el acto por el cual el acreedor intima o manda intimar al deudor que cumpla con su obligación. La intimación la puede hacer el acreedor ante Notario o ante dos testigos.

b). Tratándose de prestaciones a plazo, en estos casos el deudor se constituye en mora por el solo transcurso del tiempo. O sea que si al vencimiento de la obligación no cumple una de las partes con lo que le corresponde, automáticamente empieza su responsabilidad civil o contractual.

c). En las obligaciones de no hacer, con la sola contravención de parte del obligado o de una de las partes en un contrato quedará sujeto al pago de daños y perjuicios, además de tener dicho deudor la obligación de deshacer lo hecho, mientras esto sea posible ya sea por el propio deudor, o por el acreedor por cuenta de aquel.

LA INDEMNIZACIÓN, conforme a lo que hemos tratado anteriormente en el sentido de que la falta de cumplimiento por una de las partes de su obligación contractual traía como consecuencia la -

responsabilidad civil, vimos también en forma breve los supuestos en que se puede dar el incumplimiento, y cuando el incumplimiento sobreviene por caso fortuito o fuerza mayor resultaba inimputabilidad para el deudor.

Si conforme a nuestras anteriores legislaciones, se ha incumplido por dolo o culpa, la sanción que esas leyes imponían al deudor, eran a las que se refieren los artículos 1579 y 1463 de los Códigos de 1870 y de 1884 que prescribían lo siguiente: "la responsabilidad civil, además de importar la devolución de la cosa o su precio, o la de entre ambos en su caso, importará la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios."

Conforme a nuestras anteriores legislaciones civiles de 1870 y 1884, tenían derecho a reclamar la indemnización o pago de la responsabilidad civil: los que tenían derecho de pedir el cumplimiento de la obligación y por aquel (o aquellos) a cuyo favor lo establecía expresamente la ley, siendo los siguientes:

- 1).- Directamente el acreedor;
- 2).- Sus herederos, en caso de sucesión; o
- 3).- Sus acreedores, cuando para ello justificaran legítimo interés, artículos 1569 y 1473 respectivamente.

## CAPITULO III

## NUESTRO DERECHO VIGENTE EN LA MATERIA

## 1.- Generalidades

INCUMPLIMIENTO, consiste este, en la situación antijurídica que se produce por la falta de realización de la prestación, o que la prestación debida quede o resulte insatisfecha en los términos en que se contrajo, protegiendo el Derecho al acreedor contra el deudor para imponerle a este las consecuencias de su conducta. Considerándose de esto que son necesarios determinados requisitos para que opere el incumplimiento de las obligaciones siendo estos - los siguientes:

I. La existencia de una obligación;

II. Falta de realización de la prestación;

III. Insatisfacción de la prestación en los términos en que se contrajo;

IV. Tanto uno como el otro de los actos numerados con el dos y el tres de ésta enumeración, deben de ser antijurídicos.

I. Sobre el primer punto que se estipula, es necesario básicamente la existencia de una obligación válida para que se pueda legalmente exigir su cumplimiento.

II. En el segundo de los anteriores supuestos, puede ocurrir que se trate de una obligación de dar, hacer o no hacer. Cuando la obligación se trate de dar cosa cierta y determinada, puede esta consistir en la traslación del dominio; enajenación temporal del uso o goce; en la restitución de cosa ajena; o en el pago de - cosa debida. En estos casos puede el deudor ser compelido judicial

mente a cumplir con su obligación, que consiste en la ejecución - forzada, misma que es materia de análisis del próximo apartado -- del presente capítulo.

Cuando el incumplimiento recaiga en una obligación de hacer, y esta se trata de cosa genérica, o sea que puede ser ejecutada por el deudor directamente, o por otra persona, tendrá el derecho el acreedor a pedir que a costa de aquel se ejecute por otro (2027). Si el hecho consiste en una prestación (que únicamente pueda ser ejecutada por el deudor), será este responsable de los daños y -- perjuicios que su falta de cumplimiento ocasione. Tanto en este -- como en el anterior supuesto se trata de obligaciones positivas.

Cuando el incumplimiento recaiga en una obligación negativa (- de no hacer), por el solo hecho de la contravención por parte del deudor, obligará a éste al pago de daños y perjuicios y si hubiese obra material, podrá exigir el acreedor que sea destruída a -- costa de aquel (2028). Esta obligación según se desprende de lo anterior, puede ser reparable o irreparable y aunque en ambos casos el deudor está obligado al pago de daños y perjuicios, en el caso de que el incumplimiento sea reparable, la pena consistirá tam- -- bién, en restituir las cosas al estado anterior del incumplimien- to.

III. Puede también ocurrir que la obligación no sea cum- plida en los términos en que se pactó. Consistiendo éstos por e- -- jemplo en inejecución parcial o fuera de tiempo. En ambos casos -- deberá observarse, si se trata de obligaciones en que se fijó pla- zo, la responsabilidad civil se empezará a computar desde que se ha cumplido este. Cuando no se ha fijado plazo, interesa saber si

se trata de obligaciones de dar, en cuyo caso la exigibilidad ocurre treinta días después de la interpelación, sea esta judicial o extrajudicial, (ante Notario, o ante dos testigos), si la obligación consistiere en una prestación de hacer, la exigibilidad comenzará cuando después de haber sido requerido por el acreedor, - ha transcurrido el tiempo necesario para la realización de la misma, (2104 y 2080)

Cuando la obligación sea negativa (de no hacer), la sola contravención por parte del deudor, hace exigible la responsabilidad (en este caso el Código no proporciona ninguna regla).

Todos los anteriores supuestos se denominan en doctrina, mora cuya consecuencia para el deudor es la de pagar indemnización moratoria que consiste en los daños y perjuicios que serán tratados con mas amplitud en el inciso "g" del presente capítulo.

Es necesario, asimismo, hacer notar que únicamente la "mora" - tiene lugar cuando la prestación aun es posible e idonea, de lo contrario devendrá de plano el incumplimiento de la obligación.

(Que sea posible, a esto me refiero en el sentido de que el cumplimiento aunque tardío, se pueda aún realizar porque la cosa no se haya destruido o devenido inservible. Que sea idonea quiere decir que la prestación aun cuando su cumplimiento sea tardío pueda ser de utilidad para el acreedor.

IV. Que el incumplimiento sea antijurídico, lo cual quiere decir que si la falta de cumplimiento es ocasionada por caso - fortuito o fuerza mayor convertirá en inimputable al deudor para efectos del pago de los daños y perjuicios, con las excepciones - desde luego, de que este no hubiese dado causa o contribuido a e-

llo; que haya aceptado expresamente esa responsabilidad o cuando - la ley se la imponga (2111). En todos los demás casos, habrá anti-juridicidad contractual por el solo hecho de no cumplir con su obligación en las condiciones y términos en que se contrajo, ocasionando con ello que la ley le imponga la sanción de pagar al acreedor los daños y perjuicios correspondientes.

LA CULPA, consiste esta, en "la intención, falta de cuidado o negligencia para generar un daño y que el Derecho considera a efecto de establecer una responsabilidad". (1) Tanto la doctrina como los sistemas de Derecho tradicionales han requerido de la culpa para efectos de imponer las sanciones correspondientes al deudor por la falta de su obligación contractual, así, se habla de tres grados de culpa: grave, media y levísima, siendo la culpa lata o grave la que se deba observar en los contratos como el de depósito; - culpa leve, que se refiere a la conducta normal y es la que corresponde a un buen padre de familia, es la que se debe de observar normalmente en todos los negocios jurídicos; finalmente la culpa levísima se tomará en cuenta por ejemplo en los contratos de comodato.

En nuestra legislación vigente ya no se requiere generalmente de culpa por parte del deudor para que sea sancionado con el pago de daños y perjuicios, así el artículo 2134 dispone "el que estuviera obligado a prestar un hecho y dejara de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios ...", esto para las obligaciones de hacer, para las de dar, el artículo 2135 adopta los mismos principios que para las obligaciones de hacer, en cuanto a las obligaciones de no hacer, e

(1) Gutiérrez y González. Ob. Cit. Pág. 451, Num. 561

artículo 2026 preceptúa "el que estuviera obligado a no hacer alguna cosa, quedará sujeto al pago de daños y perjuicios en caso de contravención ..."

Sin embargo como decía anteriormente, que aunque el Código civil vigente se aperta generalmente de la culpa, hay cierto tipo de contratos en los que el Código sí alude a la culpa, por ejemplo, en las obligaciones de dar, el artículo 2025 dispone que, "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", tratándose según el criterio romano de la "culpa abstracta", también vuelve el Código a requerir del elemento culpa, en el artículo 2023-II, que a la letra dice: "en los casos de enajenación con reserva de posesión, uso o goce de la cosa hasta cierto tiempo, se observarán los siguientes reglas: II. Si la pérdida fuere por culpa de alguno de los contratantes, el importe será de la responsabilidad de este ..."

La culpa in abstracto, como señalaba anteriormente, debe entenderse como lo determina el artículo 2026; la culpa in concreto, es en la que incurre el deudor cuando no procede con la diligencia y cuidado que acostumbra poner en sus propios negocios.

En los contratos onerosos como el arrendamiento, (2425-II) y en la compraventa (2292), el deudor responde de la culpa leve y de la grave, en los de comodato (2502), el comodatario responde de los tres grados de culpa, levísima, leve y grave; en el de depósito, artículo 2522, responderá únicamente de la culpa grave.

## a.- La ejecución forzada

Consiste la ejecución forzada, en el ejercicio de la acción que en contra de su deudor hace valer el acreedor víctima de un incumplimiento ante la autoridad judicial, habiendo demostrado los extremos de su pretensión conforme a lo dispuesto por el Código de Procedimientos Civiles.

Naturaleza jurídica. Teniendo como presunuesto el ejercicio de la acción ante la autoridad judicial que hace valer el acreedor -- por motivo de incumplimiento de una obligación contractual, deducimos que esta acción representa un derecho personal de crédito, sin embargo una vez dictada la Sentencia condenatoria en contra del demandado y realizada con esto la ejecución forzada mediante la cual se embargan bienes suficientes para garantizar el importe de la deuda más el monto de los daños y perjuicios, constituye dicho embargo un derecho real de garantía en favor del acreedor para hacerse pagar su deuda con el producto del remate de los bienes embargados.

Cuando la ejecución voluntaria de la prestación el obligado se le negado a realizar, la ley proporciona al acreedor el derecho y los medios para exigir su cumplimiento.

"No siempre es posible dar una satisfacción efectiva al acreedor ... Para saber en que casos esta ejecución efectiva y forzada es o no es posible, hay que distinguir según la naturaleza variable del objeto de las diferentes obligaciones." (2)

a).- Ejecución forzada en obligaciones de dar dinero. Cuando el objeto del contrato lo constituye la entrega de una suma de dinero una vez dictada la sentencia condenando al deudor a indemnizar al

acreedor víctima del hecho ilícito con el importe de la deuda mas los intereses causados por concepto de daños.

Ante la negativa del deudor a cumplir con la sentencia dictada ordena el juez se prive a aquel de bienes suficientes para cubrir las sumas mencionadas, una vez que dichos bienes se sacan a remate judicial, la cantidad obtenida se destinará a pagar a la víctima, y si hubiere algún excedente se pondrá a disposición del deudor.

b).- Ejecución forzada de entregar cosa cierta. En este caso, cuando el objeto existe en el patrimonio del deudor y no haya imposibilidad por destrucción u ocultación de la cosa por parte del deudor a través del embargo se podrá obtener la entrega o uso, según lo pactado, podrá asimismo obtener el acreedor la restitución o pago de la cosa si esta ya no existiera en el patrimonio del deudor, sea porque se hubiese consumido o pericido.

En este caso la obligación se convierte como en el primer supuesto o sea, en una obligación de dar una suma de dinero y entonces la orden del juez será en el sentido de embargarle al deudor bienes suficientes para cubrir el importe de la cosa debida, mas los daños y perjuicios, constituyendo en este caso, un pago por equivalente.

c).- Ejecución forzada en obligaciones de hacer, en nuestra legislación vigente, a diferencia del Derecho romano primitivo en que se permitía la coacción directa en la persona del deudor en caso de incumplimiento de su obligación sometiendo a éste a trabajos forzados, o privándolo de su libertad e incluso golpeándolo para obligarlo a cumplir. En Derecho moderno, repito, y aun desde

la época del Derecho clásico romano, dicha coacción se ejerce sobre el patrimonio del deudor, que se traduce en una ejecución del valor por equivalencia. Sin embargo en el caso de la ejecución -- forzada en las obligaciones de hacer, existen dos excepciones de la forma para obtener el cumplimiento de la obligación incumplida.

I. A través de los medios de apremio que en los términos del artículo 73, establece el Código de Procedimientos Civiles.

II. Por medio de la sustitución por otro en los casos en que -- la naturaleza del negocio lo permita. Al respecto, el artículo -- 2027 del Código civil preceptúa que "si el obligado a prestar un hecho, no lo hiciera, el acreedor tiene derecho de pedir que a -- costa de aquel se ejecute por otro, cuando la sustitución sea posible ..."

d).- Ejecución forzada en obligaciones de no hacer. En este caso, la sentencia dictada en favor de la víctima del hecho ilícito que será con fundamento en la disposición sustantiva contenida en el artículo 2028, pudiendo esta consistir en hacer, según disposición de la última parte de dicho artículo que a la letra dice: ". .. si hubiere obra material, podrá exigir el acreedor que sea destruída a costa del obligado." Y en su caso la condena de no hacer se podrá convertir, en una de dar, esto cuando no se trate de obra material, y que la condena se traduzca en una indemnización -- compensatoria.

## b.- Acción de rescisión

En esta parte del tema que se refiere al derecho que tiene el contratante, (en los casos de contratos bilaterales), de liberarse por su parte de la obligación contraída una vez que ha cumplido lo que a él le corresponde, o encontrarse en posibilidad de -- cumplir, cuando su co-contratante ha faltado de manera culpable, a lo que por su parte se obligó al celebrar el contrato de que se trate.

En estos casos, siempre se ha procurado proteger al acreedor o al contratante que ha sufrido el incumplimiento. Este derecho ha venido evolucionando a través del tiempo, según nos podemos percatar líneas abajo, habiendo llegado en la actualidad, de acuerdo a nuestro Código civil vigente a proteger no únicamente al acreedor como lo hacen los Códigos tradicionales, individualistas, sino al contratante en relación con terceras personas como producto del medio social en que se hayan inmersas.

La acción de rescisión o pacto comisorio como también se le conoce, llamada también en doctrina como resolución por incumplimiento. En el primer caso o sea de la rescisión, nos explica el maestro Gutiérrez y González que es una especie del Género resolución. Por su parte el maestro Borja Soriano nos dice que ambas palabras, rescisión y resolución son sinónimas; en este sentido será como las consideremos en el presente trabajo.

**PACTO COMISORIO.-** Antecedentes. Nos explican Flaniol y Ripert, que en el Derecho romano no se conoció el pacto comisorio (resolución por incumplimiento), sino únicamente en el contrato de arren

damiento en que "el caracter sucesivo de las prestaciones hacía - sensible la correlación entre las obligaciones ..." (3)

No ocurrió lo mismo con los demás contratos, sin embargo la -- práctica estableció un principio para el contrato de compraventa que consistía en incluir una cláusula en dichos contratos median- te la cual se estipulaba la resolución del mismo por falta de pago del precio en el plazo convenido. Esta cláusula se llamó lex commissoria.

"En los contratos innominados, la parte que cumplía su obligac- ión sin recibir la contra-prestación disponía de una acción res- titutoria condictio causa data causa non secuta. Pero ello no -- constituyó desde el punto de vista técnico, la resolución del con- trato; ..." (4)

Es hasta la época del Derecho canónico, continúa diciéndonos -- el autor, cuando a fin de asegurar "la fe dada y sancionar la re- gla formulada por sus doctores, según la cual no está obligado a cumplir lo prometido en favor de quien no cumple a su vez su pro- mesa, admitió que se podía pedir a los tribunales la liberación -- de toda obligación en ese sentido." (Henri Canitant), citado por Planiol y Ripert. (5)

Y en la legislación francesa, con la influencia del Derecho ca- nónico y la condictio de los contratos innominados de la época ro- mana, a través de Doumoulin, es cuando surge por primera vez, la resolución judicial. Esta considerada como una cláusula natural -- para todo tipo de contratos, la cual, al igual que en el Derecho

(3) Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge. Tratado Práctico de D. Civil Francés, Trad. por Dr. Mario Díaz C. Cultural. Habana. 1946, - Pág. 594, Num. 420

(4) Planiol y Ripert. Ob. Cit. Pág. 595, Num. 420

(5) Planiol y Ripert. Ob. Cit. Pag. 595, Num. 420

canónico se tiene que pedir a los Tribunales la liberación de toda obligación en caso de incumplimiento de uno de los contratantes.

DERECHO ESPAÑOL ANTIGUO. Esta legislación, nos dice el maestro Ortíz-Urovidei, consagra el principio romano de la lex commissoria para los contratos de compraventa, concediéndosele al igual que en dicha época romana, únicamente al vendedor el derecho de exigir el cumplimiento o resolver la venta en el caso de que el comprador no cumpla con su obligación en el plazo convenido, teniendo el derecho en este caso, de retener el anticipo que hubiere recibido, pero habiendo escogido cualquiera de las acciones antes mencionadas, no se podrá arrepentir de manera que deje aquella por seguir la otra. Ley XXXVIII del título V de la Quinta partida.

"Igualmente en la Ley 3, título 6 de la referida Partida quinta se previno que en los contratos innominados el contratante que hubiera cumplido con la obligación a su cargo, frente a la otra parte que hubiere dejado de cumplir su respectiva obligación, tenía - el derecho de elegir, de cobrar lo que dió, o de demandar al otro los daños, o los menoscabos que le vinieran por esta razón." (6)

Por lo que respecta a nuestras legislaciones de 1870 y 1884, es indudable la influencia que tuvieron en su redacción tanto de la española, a través del Proyecto del Código Civil de don Florencio García Goyena, de 1851, como del Código Napoleónico.

Referente a nuestro Código civil vigente, aún cuando en esencia sigue los principios del Código francés, se ha apartado sin embargo de la base de prescribir textualmente en dicha norma legal, la condición de que la resolución tenga que promoverse judicialmente,

(6) Sánchez-Medal Urquiza. Ob. Cit. Pág. 12, Num. 5

y así, el artículo 1949 de nuestro Código civil de 1928 preceptúa 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. También podrá pedir la resolución aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible."

Sin que lo anterior quiera decir que siempre en todos los casos, la facultad de resolver la obligación por parte de quién ha sufrido el incumplimiento, la pueda hacer valer de pleno derecho, sino únicamente en los casos en que se haya estipulado expresamente dicha cláusula en el contrato. Sin embargo considero yo, que en ningún caso debería otorgársele el derecho al acreedor de resolver inso jure la obligación, pues casos habrá y muchos, así lo estimo personalmente, en que por el simple temor infundado de uno de los contratantes, de que la otra parte en ese contrato no cumpla, ejercite el derecho de resolver la obligación contraída. -- Ciertamente que hacer valer ese derecho (ejercicio de la acción), siempre ante los tribunales, representa pérdida de tiempo y dinero, pero eso mismo puede hacer meditar o inclusive que procure el contratante que se vea afectado por el incumplimiento, tratar de solucionar dicho problema en forma amistosa, o a través de la resolución convencional en los términos que propone el maestro Borja Soriano, citando a Baudry-Lacantinerie cuando dice que "puede su

ceder que el contratante que ha faltado al cumplimiento de su obligación así lo reconozca y de acuerdo con el otro contratante consienta en la resolución. Esta resolución convencional producirá -- los mismos efectos que si una de las partes hubiera demandado judicialmente la resolución a la otra parte y que ésta hubiera confesado la demanda, por lo que el juez hubiere pronunciado sentencia declarando la resolución." (7)

El pacto comisorio consiste, nos explica el maestro Ortíz-Urquidí. "no en la facultad, frente al incumplimiento de una de las partes, de poder exigir judicialmente por la otra la resolución del negocio, sino en la facultad que dicha parte tiene de resolver el negocio por sí y ante sí, esto es, de propia autoridad y por ello sin necesidad de recurrir a los tribunales, siempre, naturalmente, que no haya un principio de ejecución."(8)

Sin embargo, la opinión del maestro Ortíz-Urquidí es muy controvertida doctrinalmente, habiéndose formado en nuestro país, dos -- grandes corrientes, por una parte los que siguen la doctrina del -- maestro Ortíz-Urquidí, como lo es el maestro Gutiérrez y González que dice: "Estimo por mi parte que el pacto comisorio aunque no se plasme en forma expresa, al estar implícito en los contratos tal y como lo dice el artículo 1949, éste como norma supletoria debe hacer operar el pacto de pleno Derecho, y rescindir el contrato sin necesidad de declaración judicial."(9)

En sentido contrario se pronuncia el maestro Borja Soriano cuando dice: "La resolución, en principio, debe demandarse judicialmente. Así se desprende de la palabra exigir contenida en los artícu-

(7) Borja Soriano. Ob. Cit. Pág. 488, Num. 1001

(8) Ortíz-Urquidí. Ob. Cit. Pág. 514. Num. 549

(9) Gutiérrez y González. Ob. Cit. Pág. 537. Num. 694

los 1350 del Código de 1884 y 1949 del Código de 1928 y se precisa claramente en el artículo 1421 del primero de estos Códigos. No -- bastaría, pues, (agrega el mencionado autor, citando a Baudry-La-- cantinerie et Barde), que la parte respecto de la cual la obliga-- ción no se ha cumplido, manifestara a la otra por acto extrajudi-- cial su voluntad de resolver el contrato." (10)

Y el profesor Sánchez Medal, opina citando inclusive al profe-- sor Borja Soriano, que "la norma general para la resolución del -- contrato bilateral es en el sentido de que la parte perjudicada -- que quiera resolverlo por incumplimiento de la otra, debe promover el juicio correspondiente ante autoridad judicial y que, por tanto en principio, dicha resolución no opera de pleno derecho." (11)

FUNDAMENTOS DEL PACTO COMISORIO, el pacto comisorio, nos dice - el maestro Ortíz-Urquidi, descansa "sobre una base de indiscutible prosapia privatista." (12) en la que de acuerdo a la doctrina clásica de la causa final, agrega el maestro, en el caso de los con-- tratos bilaterales o sinalagnáticos, la causa de la obligación de una de las partes constituye la obligación de la otra, por lo tan-- to, si en un contrato de prestaciones recíprocas uno de los contra-- tantes incumple con su parte, la obligación de la otra parte en el mismo cesa.

Finalmente, respecto a este tema del pacto comisorio o rescisión nos explica el maestro Gutiérrez y González que de acuerdo a nuestra legislación civil vigente, existen tres tipos de pactos co-- misorios:

a). Uno exclusivo de la compra venta, consagrado en el artículo

(10) Borja Soriano. Ob. Cit. Pág. 487. Num. 1000

(11) Sánchez-Medal Urquiza. Ob. Cit. Págs. 56 y 57

(12) Ortíz-Urquidi. Ob. Cit. Pág. 515. Num. 549

2312 que a la letra dice "puede pactarse válidamente que el vendedor se reserve la propiedad de la cosa vendida hasta que su precio se haya pagado."

b). Otro pacto comisorio exclusivo de la prenda e hipoteca, artículos:

2883. "El deudor, sin embargo, puede convenir con el acreedor en que éste se quede con la prenda y el precio que se fije al vencimiento de la deuda, ..."

2916. (Ultimo párrafo) "Puede también convenir con el deudor - en que se le adjudique en el precio que se fije al exirirse la -- deuda, pero no al constituirse la hipoteca. .." (Ambas disposiciones legales, anteriormente transcritas, disponen en la parte final de las mismas, "que dicho convenio no puede perjudicar los derechos de tercero")

c). Por último, el pacto comisorio genérico a todos los contratos bilaterales, contenido en el artículo 1949, mismo al que nos hemos referido mas ampliamente en el presente inciso.

### c.- Acción de cumplimiento

El ejercicio de esta acción es el medio legal con que cuenta el contratante que ha sufrido el incumplimiento de la obligación contraída por su co-contratante, cuando el acreedor cree que aun pueda ser posible el cumplimiento del negocio.

Esta parte del presente trabajo, tiene estrecha relación con el inciso "a" de este mismo capítulo, el cual se refiere precisamente a la ejecución forzada, porque es a través de este medio, del que se vale el juzgador, una vez que ha conminado al deudor a que cumpla voluntariamente con su obligación contraída y ante la negativa de cumplir por parte del mencionado deudor, es que el Estado a través del juez, valiéndose de los medios legales con que cuenta, obtiene por medio de la ejecución forzada, el cumplimiento de la obligación que contrajo el contratante incumplido.

ANTECEDENTES. La acción de cumplimiento, tal vez sea la institución jurídica mas antigua en el Derecho. Nos explica el profesor - Sánchez-Medal, que en el Derecho romano, el único derecho que se le concedía al acreedor que hubiera sufrido el incumplimiento por parte de su co-contratante, era el de exigir la ejecución del contrato incumplido. Al efecto, cuando se presentaba el incumplimiento en el contrato de compraventa, la contraparte que había sufrido dicho incumplimiento "Únicamente estaba facultada para exigir el cumplimiento del contrato ... por lo que si el comprador se hallaba en insolvencia quedaba expuesto el vendedor al peligro de perder la cosa y no poder cobrar tampoco el precio de ella." (13)

Derecho canónico. En esta legislación, que es en donde verdade-

(13) Sánchez-Medal Urquiza. Ob. Cit. Pág. 5. Num. 3

ramente se brinda protección jurídica a la fe dada en los contratos, es en donde tiene su origen el principio jurídico, pacta sunt servanda el cual quiere decir que toda clase de pactos legalmente celebrados, deben cumplirse, asimismo en esta legislación canónica a la parte que no cumplía con su obligación o que menospreciaba su promesa dada, se le imponían censuras eclesiásticas.

Bajo el sistema del Derecho canónico, nos dice el autor citado, "el poder público era impotente para asegurar el cumplimiento de los contratos, aparece el juramento promisorio de los canonistas por virtud del cual las respectivas obligaciones en un determinado contrato se asumían no sólo frente a la otra parte, sino también y principalmente ante Dios, de tal suerte que el incumplimiento de semejantes obligaciones daba competencia para intervenir a los tribunales eclesiásticos." (14)

Por lo que se refiere al Derecho Español antiguo, en que como sabemos estuvo en vigor la Ley de las Siete Partidas, se establece precisamente, en la Partida quinta, Ley 38 del Título 5, el derecho a favor del vendedor, en los contratos de compraventa, para demandar el pago de la totalidad del precio y la validez de la venta

Es a partir de la legislación francesa de 1804 en que a través de la influencia del Derecho romano y del Derecho canónico, cuando se regula sistemáticamente la acción de cumplimiento en favor del contratante que no ha recibido la prestación respectiva, imponiéndose además al contratante incumplidor la sanción de cubrir al acreedor, el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por dicho incumplimiento.

Nuestros Códigos civiles que habiendo adoptado los principios de la legislación francesa, regularon esta institución jurídica (de la acción de cumplimiento) en los artículos 1466 y 1350 de los Códigos de 1870 y 1884 respectivamente, estipulando que "el perjudicado podrá escoger entre elegir el cumplimiento de la obligación ..." Y los artículos 1537 y 1421 de los mismos ordenamientos legales, agregan que "si el obligado en un contrato dejare de cumplir su obligación podrá el otro interesado exigir judicialmente el cumplimiento de lo convenido ..." concediendo dichas normas legales, además el derecho a favor del acreedor, de cobrar el importe de los daños y perjuicios causados por la falta de cumplimiento voluntario y oportuno de la obligación contraída.

Por lo que se refiere a nuestro Código civil vigente, el artículo 1248, consagra la acción de cumplimiento en los siguientes términos: "el perjudicado (por el incumplimiento de un contrato bilateral) podrá ... exigir el cumplimiento ... de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios ..."

Para poder hacer valer el derecho que nos otorga el artículo 1248 antes transcrito (únicamente en lo conducente a la acción de cumplimiento), es necesario determinar la clase de obligación que se trate.

a). Cuando se refiera a una obligación de dar, el acreedor podrá solicitar el secuestro de la cosa, según que la prestación consista en la traslación del dominio de cosa cierta. Pero si la obligación consiste en una enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta, el acreedor tiene el derecho de exigir que el juez lo pon-

ga en posesión de la cosa; y si dicha obligación se trata de la -- restitución de cosa ajena o pago de cosa debida, la solicitud a la autoridad judicial consistirá en que a través de la ejecución forzada se cumpla con dicha prestación por parte del contratante incumplido, artículo 2011.

b). Si se trata de obligaciones de hacer, el acreedor tendrá el derecho de pedir que a costa de aquel se ejecute por otro, cuando la sustitución sea posible, artículo 2027.

c). Finalmente, cuando dicha obligación consista en un no hacer y de haber obra hecha en violación a esa obligación, puede el afectado pedir la demolición de la obra a costa del obligado, artículo 2028.

Es importante hacer notar que el ejercicio de esta acción de -- cumplimiento, se puede hacer valer tanto para contratos unilaterales como para contratos bilaterales o sinalagmáticos, por lo tanto los principios generales anteriormente enumerados son aplicables -- para ambos tipos de contratos, aun cuando la norma jurídica contenida en el artículo 1948, a que antes he aludido, únicamente se aplique a los contratos bilaterales.

#### d.- Sanesamiento en caso de evicción

Diferentes formas de incumplir con una obligación se presentan en la actividad social de una comunidad, pero todas, o casi todas están previstas por nuestra legislación, sin que quiera decir -- cuando me refiero a "casi todas", que en el caso de que se presentara una forma diferente de incumplimiento de la obligación contraída y que no estuviera contemplada o regulada en la legislación, dejara impune al infractor de la sanción correspondiente, -- por lo que a previsión de que se presentara alguno de estos casos el legislador atinadamente ha previsto esta posibilidad creando -- al efecto el artículo 18 del Código civil que estipula que "el silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley no autoriza a los -- jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia", que en relación con el 185<sup>o</sup> del propio ordenamiento legal, le proporcionan al juzgador los elementos necesarios para resolver o más -- aún, no dejar de conocer de cualquier controversia que se le presente.

Y concretamente sobre el asunto de la evicción y el sanesamiento el maestro Gutiérrez y González opina que "es correcto afirmar que se comete un hecho ilícito, no solo cuando de plano se incumple la obligación, negándose a ejecutarla, sino también cuando una conducta no está de acuerdo con lo que dicta la voluntad de -- las partes en el contrato, la buena fe, el uso y la ley." (15)

LA EVICCIÓN, hay evicción cuando el que adquire alguna cosa -- fuere privado del todo o parte de ella por sentencia que cause ejecutoria, en razón de algún derecho anterior a la adquisición, --

(15) Gutiérrez y González. Ob. Cit. Pág. 544. Num. 702

artículo 2119. Por su parte el maestro Rojina Villegas nos dice -- que habrá evicción cuando el enajenante dispone de una cosa que no es de él, o que solo parcialmente le pertenece, o bien que dicha cosa tiene un gravamen, el cual es ocultado al adquirente.

Los presupuestos para que se de la evicción, conforme al contenido del artículo 2119 antes transcrito, y la opinión de los tratadistas y de la doctrina, son los siguientes:

1.- que se trate de una obligación de dar, traslativa de dominio, por ejemplo, en los contratos de compraventa, de permuta, de donación y algunos casos de mutuo.

2.- que quien haya transmitido la propiedad de la cosa, aun -- cuando habiéndose acreditado como propietario de la misma, no lo sea; lo sea únicamente en parte o bien, que la cosa haya tenido algún gravamen que no dió a conocer el enajenante al adquirente.

3.- Es necesario también, por parte de quien ejercita la acción de evicción, que cuente con un derecho anterior al del adquirente, en los términos de la fracción IV del artículo 2140. (interpretado a contrario sensu) "el que enajena responde por la evicción: IV. - Si la evicción procede de una causa anterior al acto de enajenación, imputable al que enajena, ..."

Sin embargo, el maestro Rojina Villegas nos dice, que "en la -- doctrina se acepta un caso en que se considera que aunque el derecho del tercero nazca después de la adquisición, es imputable al enajenante, y este caso ocurre cuando viene a consumarse la prescripción de un tercero, días después de la enajenación." (16)

EL SANDEAMIENTO, una vez que el adquirente ha sido privado de la

cosa, por sentencia ejecutoriada, cuenta éste con el derecho de poder exigir al enajenante que le transmitió la propiedad de la cosa que le fué privada, le restituya lo que dicho adquirente por su parte entregó, además de los accesorios.

Si se tratara de evicción parcial, el que la hubiera sufrido -- cuando con el derecho de elegir entre pedir la restitución equivalente a lo que le fué privado o bien, rescindir el contrato, artículo 2134. Este mismo principio se observará cuando en un solo contrato se hayan enajenado dos o mas cosas sin fijar el precio de cada una de ellas y una sola sufriera la evicción, artículo 2135.

Es preciso saber, según nos explica el maestro Gutiérrez y González, si el que enajenó actuó con dolo o simplemente con culpa, -- sea por ignorancia o negligencia, lo anterior con el fin de determinar la sanción que le impone la ley al enajenante.

Si el enajenante actuó de buena fe, artículo 2126, estará obligado a entregar al que sufrió la evicción: I. El precio íntegro -- que recibió por la cosa; II. Los gastos causados en el contrato, -- si hubieran sido satisfechos por el adquirente; III. Los causados en el pleito de evicción y en el de saneamiento; IV. El valor de -- las mejoras útiles y necesarias, siempre que en la sentencia no se determine que el vendedor satisfaga su importe.

Cuando el que enajena hubiere procedido de mala fe, tendrá las obligaciones que expresa el artículo anterior, con las agravaciones siguientes: I. Devolverá, a elección del adquirente, el precio que la cosa tenía al tiempo de la adquisición, o el que tenga al -- tiempo en que sufra la evicción; II. Satisfará al adquirente el im

porte de las mejoras voluntarias y de mero placer que haya hecho - en la cosa; III. Pagará los daños y perjuicios.

Se asimila a los anteriores supuestos el que prescribe el artículo 2128 cuando dispone que: "si el que enajena no sale sin justa causa al pleito de evicción, en tiempo hábil, o si no rinde prueba alguna, o no alega, queda obligado al saneamiento como si hubiera actuado de mala fe."

De acuerdo a nuestro Código civil, se establecen reglas comunes en cuanto a la restitución del pago de la cosa por parte del enajenante, independientemente de que hubiera actuado de buena fe o con mala intención:

a). En cuanto a los frutos. El artículo 2130, establece que: si el adquirente fuere condenado a restituir los frutos de la cosa, - podrá exigir del que enajenó la indemnización de ellos o el interés legal del precio que haya dado.

b). Reconocimiento de los derechos de tercero. A esto se refiere el artículo 2132 cuando dice que: "si el que enajena, al ser emplazado, manifiesta que no tiene medios de defensa y consigna el precio por no quererlo recibir el adquirente, queda libre de cualquier responsabilidad posterior a la fecha de consignación." Y el artículo 2137 agrega que: "si al denunciarse el pleito, o durante él, reconoce el que enajenó el derecho del que reclama, y se obliga a pagar conforme a las prescripciones de este capítulo, sólo será responsable de los gastos que se causen hasta que haga el reconocimiento, y sea cual fuere el resultado del juicio."

c). Respecto a las mejoras hechas a la cosa por el que enajenó

y que se hubiesen hecho antes de la enajenación, se le tomarán a cuenta de lo que debe pagar, siempre que fueren abonadas por el -- vendedor, artículo 2133.

Casos en que el enajenante no responde de la evicción: I. Cuando así se hubiere convenido; II. Cuando el adquirente ha renunciado el derecho; III. Si conociendo el que adquiere el derecho del -- que entabla la evicción la hubiere ocultado dolosamente al que enajena; IV. Si la evicción procede de una causa posterior al acto de enajenación, no imputable al que enajena, o de hecho del que adquiere, ya sea posterior al mismo acto; V. Si el adquirente, luego que fué amolezado, no denunció el pleito de evicción al que enajenó; VI. Si el adquirente y el que reclama transigen o comprometen el negocio en árbitros, sin consentimiento del que enajenó; VII. -- Si la evicción tuvo lugar por culpa del adquirente. VIII. Si el -- que enajena y el que adquiere proceden de mala fe, artículo 2129.

Se puede convenir entre las partes que se aumenten o disminuyan los efectos de la evicción e inclusive estipular en el contrato -- que el comprador no la reclamará en ningún caso, artículo 2121, o se será nulo todo pacto que exima al que enajena de responder por dicha evicción, siempre que hubiere mala fe de parte suya, artículo 2122. Si el adquirente ha renunciado el derecho al saneamiento para el caso de evicción, llegado que sea este debe el que enajena entregar únicamente el precio íntegro que recibió por la cosa, artículo 2123.

## e.- Saneamiento en caso de vicios ocultos

En las obligaciones de dar que como vimos en el inciso anterior puede tratarse de la compraventa, permuta, donación y algunos casos de mutuo, el que enajena, además de cumplir con la obligación de transmitir la propiedad, entregar la posesión garantizando la tenencia pacífica y continua de la misma, debe también asegurar que la cosa que está enajenando procure al adquirente una posesión útil. Al respecto, el artículo 2142 estatuye que: "en los contratos comutativos, el enajenante está obligado al saneamiento por los defectos ocultos de la cosa que la haga impropia para los usos a que se destina, o que disminuyan de tal modo este uso, que al haberlo conocido el adquirente no hubiere hecho la adquisición o habría dado menos precio por la cosa."

La naturaleza de los vicios ocultos, nos dice el maestro Borja Soriano, citando a Planiol, "varía según la naturaleza de la cosa: es un vicio de construcción en una casa, un defecto de calidad en un objeto mueble, la pérdida de la facultad de germinar en granos adquiridos para la siembra, etc." (17)

Para que al enajenante se le pueda imputar la obligación de responder por los vicios ocultos, es necesario en primer lugar: que efectivamente dichos vicios sean ocultos, pues si los mismos son apreciados a simple vista, o sin serlo a simple vista, que debían haberlos conocido el adquirente, debido a su profesión u oficio, artículo 2143;

Es necesario además que los vicios sean nocivos a la utilidad de la cosa, por lo tanto si los vicios no disminuyen la utilidad -

(17) Borja Soriano. Ob. Cit. Pág. 518. Num. 1090

de dicha cosa, no procederá la rescisión o disminución del valor -- del contrato;

Otro requisito necesario para que proceda el saneamiento en caso de vicios ocultos, es el de que dichos vicios sean anteriores a la enajenación de la cosa, en los términos del artículo 2157, el cual prescribe: que "los peritos declararán terminantemente si los vicios eran anteriores a la enajenación y si por causa de ellos no -- puede destinarse la cosa a los usos para que fue adquirida."

Un caso de excepción en que el enajenante no responde del saneamiento por vicios ocultos, es el que se refiere el artículo 2162, -- cuando estatuye que "el enajenante no tiene obligación de responder de los vicios redhibitorios si el adquirente obtuvo la cosa por remate o por adjudicación judicial."

Consecuencias para el enajenante de una cosa con vicio oculto:

1). Soportar la rescisión del contrato, además de los gastos que por él hubiere hecho el adquirente, artículo 2144;

2). En el caso de que la venta hubiere sido en abonos, que el -- vendedor le rebaje una cantidad proporcionada del precio, a juicio de peritos, artículo 2144, ésta acción es llamada estimatoria o -- actio minoris;

3). Si la enajenación fué de contado, deberá el vendedor responder por una indemnización compensatoria que se determinará a juicio de peritos.

En los casos en que el adquirente pueda elegir la indemnización, o la rescisión del contrato, una vez hecha por él la elección del -- derecho que va a ejercitar, no puede usar del otro sin el consenti-

miento del enajenante, artículo 2146. Si el adquirente ha elegido la acción de rescindir el contrato, por vicios ocultos, en los términos del artículo 2146 antes transcrito, tendrá el derecho dicho adquirente a exigir el pago de daños y perjuicios conforme a lo dispuesto por el artículo 2145. A este respecto, en la legislación francesa, nos dice Planiol citado por Borja Soriano que "a su vez, el adquirente tiene el derecho a que el enajenante le devuelva el precio si ha sido pagado." (18)

Enajenándose dos o mas cosas juntamente, ya sea en un precio alzado o señalándole a cada una de ellas un precio diferente, el vicio de una da sólo lugar a la acción redhibitoria respecto a ella, y no respecto a las demás, a no ser que aparezca que el adquirente no habría adquirido la cosa sana sin la viciosa, artículos 2150 y 2152.

Si la cosa enajenada pereciere o mudare de naturaleza a consecuencia de los vicios que tenía y eran conocidos del enajenante, éste sufrirá la pérdida y deberá restituir el precio y abonar los gastos del contrato con los daños y perjuicios, artículo 2147; si el enajenante no conocía los vicios, solamente deberá restituir el precio y abonar los gastos del contrato, en el caso de que el adquirente los haya pagado, artículo 2148; si la cosa enajenada con vicios redhibitorios se pierde por caso fortuito o por culpa del adquirente, le queda a éste, sin embargo, el derecho de pedir el menor valor de la cosa por el vicio redhibitorio, artículo 2160.

Prescripción de las acciones redhibitoria y estimetoria. El artículo 2149, estatuye que "las acciones que nacen de los derechos que

(18) Borja Soriano. Ob. Cit. Pág. 519. Num. 1094

tiene el adquirente que ha sufrido una disminución o pérdida de la cosa por vicios ocultos prescriben o se extinguen a los seis meses, contados desde la entrega de la cosa enajenada, con excepción de lo establecido por el artículo 2139 en relación con el 2133, que prescriben lo siguiente: artículo 2133.- Si la finca que se enajenó se halla gravada, sin haberse hecho mención de ello en la escritura, - con alguna carga o servidumbre voluntaria no aparente, el que adquirió puede pedir la indemnización correspondiente al gravamen o la rescisión del contrato. Y el artículo 2139 agrega que: "las acciones rescisorias y de indemnización a que se refiere el artículo que precede, prescriben en un año, que se contará, para la primera, desde el día en que se perfeccionó el contrato, y para la segunda, desde el día en que el adquirente tenga noticia de la carga o servidumbre."

Finalmente, respecto al presente tema, me referiré al supuesto en que las cosas han sido remitidas a lugares distintos de la enajenación. Sobre esto el artículo 2161 estatuye que "el adquirente de la cosa remitida de otro lugar que alegare que tiene vicios redhibitorios, si se trata de cosas que rápidamente se descomponen, tiene obligación de avisar inmediatamente al enajenante, que no recibe la cosa; si no lo hace, será responsable de los daños y perjuicios que su omisión ocasione."

## f.- Derecho de retención

Me he referido en los incisos anteriores del presente capítulo a algunos de los derechos que el Estado otorga al acreedor, tendientes a la protección de su patrimonio considerado este tanto en lo pecuniario como en lo moral, y concretamente, acerca del "derecho de retención", coinciden los autores en estimar a este, (al derecho de retención), "como la facultad que la ley otorga al acreedor, víctima de un hecho ilícito, para retener, hasta que el deudor cumpla su prestación, un bien propiedad de éste, y el cual no entregó al acreedor en garantía de su obligación." (19)

El derecho de retención puede clasificarse, conforme a la naturaleza del contrato o negocio jurídico en general, en los siguientes grupos:

1). Retención propiamente de la cosa en poder del acreedor, al amparo de normas jurídicas generales que le otorgan esa facultad, - como por ejemplo en los contratos de compraventa; en favor del vendedor, cuando el comprador no paga el precio, (ventas al contado, - artículo 2286), o cuando existen elementos suficientes para suponer que el comprador no podrá cumplir con su obligación, aun cuando se le haya concedido un plazo para ese efecto, (artículo 2287); en favor del comprador, cuando este fuere perturbado en su posesión o derecho, o tuviere justo temor de serlo, artículo 2289. En estos supuestos, repito, la ley otorga el derecho de retener por sí mismo - la prestación, lo mismo ocurre en los contratos de permuta, (aplicando por analogía los mismos artículos que para la compraventa); - en los contratos de mandato, artículos 2579, 2577 y 2578; en los --

(19) Gutiérrez y González. Ob. Cit. Pág. 561. Num. 739

contratos de obra a precio alzado, en su categoría de construcción de un bien mueble, artículo 2644; respecto a los contratos de transporte, artículo 2662; en los contratos de hospedaje, artículo 2699

b). En todos los tipos de contratos anteriormente mencionados, reitero, la ley concede el derecho de retener la cosa, sin necesidad de ningún trámite judicial, adicional. No ocurre lo mismo en el contrato de depósito, en que conforme a lo dispuesto por el artículo 2533, que establece la obligación de pedir judicialmente la retención, cuando no le sean pagados o se le asegure el pago de las expensas.

c). Otro caso diferente en cuanto al procedimiento para retener lo constituye el contrato de arrendamiento que según el artículo 2422, si al término del arrendamiento quedare un saldo a favor del arrendatario, deberá el arrendador depositarlo judicialmente.

d). Por último, en el caso del comodato, en que en ningún caso ni bajo ninguna circunstancia autoriza la ley al comodatario a retener la cosa dada en comodato, artículo 2509.

CONCERNIENDO AL DERECHO DE RETENCION, considero que es fácil concluir, que el derecho de retención, conforme a lo visto anteriormente, que se trata precisamente de un derecho que procede de la ley.

CONCERNIENDO JURIDICA DEL DERECHO DE RETENCION, al respecto, el maestro Gutiérrez y González opina que el "derecho de retención es una facultad que se otorga a la víctima de un hecho ilícito, la cual reposa en un principio de defensa privada que la ley autoriza con una orientación de economía procesal, y que implica una idea

de compensación."

"No tiene nada de extraordinario (agrega el autor), sostener -- que reosa este derecho sobre la idea de una defensa privada, pues si se considera el derecho de compensación en forma de extinguir -- las obligaciones, se ve como ahí también opera este principio de -- justicia privada por economía procesal y equidad." (20)

(20) Gutiérrez y González. Ob. Cit. Pág. 565. Num. 743

### g.- Exigir el pago de daños y perjuicios

El contratante que no ha obtenido la prestación o la ha recibido en condiciones diferentes a lo pactado, sea en lo que respecta a -- tiempo o calidad, y le han ocasionado por ese hecho una merma en su patrimonio, la ley a fin de brindarle la protección debida, le otorga el derecho de exigir a su deudor el pago de daños y perjuicios.

Aun cuando esta figura jurídica, (de los daños y perjuicios), ya la hemos abordado en cada uno de los incisos anteriormente tratados principalmente en el presente capítulo; en este inciso trataremos -- de señalar los elementos generales que conforme a doctrina y la ley se requiere para que proceda el derecho a favor del contratante que ha sufrido el incumplimiento del negocio, de exigir el pago de da-- ños y perjuicios.

Conforme a nuestro Código civil vigente, el derecho a reclamar -- el pago de los daños y perjuicios, proviene de dos fuentes: por la violación de un deber jurídico o extracontractual (daño moral) y la otra por el incumplimiento de una obligación contractual.

En el primer caso, del daño moral, nos explica el maestro Rojas Villenas que consiste en la lesión sufrida por la víctima en sus va -- lores espirituales. A esto se refiere el artículo 1916 del Código -- cuando estatuye que: "por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, o bien en la consideración que de si misma tienen los demás.

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el -- responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante --

una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual, como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá - quien incurra en responsabilidad objetiva, por el uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas por sí mismas ... etc., así como el Estado, el cual tiene la obligación de responder de los daños causados por sus funcionarios en el ejercicio de las funciones que les estén encomendadas. .."

Respecto a la otra fuente (de donde surge el derecho al cobro - de los daños y perjuicios): del daño patrimonial, que es a la que nos referimos con mas amplitud, por corresponder al tema del presente trabajo. "Implica (dicho daño), todo menoscabo sufrido en el patrimonio por virtud de un hecho ilícito, así como la privación de cualquiera ganancia que legítimamente la víctima debió haber obtenido y no obtuvo como consecuencia de ese hecho." (21)

Los artículos 2108 y 2109, estatuyen lo siguiente:

Artículo 2108. "Se entiende por daños la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación." Y el 2109 agrega que: "Se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación." Según podemos darnos cuenta, que las normas legales anteriormente transcritas, nos proporcionan la definición de daños y perjuicios.

Ahora bien, para que proceda el derecho de exigir el pago de daños y perjuicios a favor de quien sufrió el incumplimiento, es necesario que se cumplan los siguientes elementos:

(21) Rojas Villegas. Ob. Cit. Pág. 297, Num. 4

a). LA CULPA. Nos dice el maestro Rojina Villegas que "desde el punto de vista de la doctrina tradicional, la culpa es un elemento esencial para que nazca la obligación de reparar el daño -- causado. Dentro del concepto lato de culpa, se entiende también el dolo." (22)

La culpa consiste, según el maestro Gutiérrez y González en -- "la intención, falta de cuidado o negligencia para generar un daño y que el Derecho considere a efecto de establecer una responsabilidad." (23)

De las opiniones de los autores antes mencionados podemos deducir que la actuación humana debe desenvolverse dentro de un marco de legalidad que la sociedad ha organizado para el fin de preservar los derechos de cada uno de sus componentes, contando dicha sociedad organizada en Estado, con los medios necesarios para reprimir cualquier hecho ilícito que se suscite entre sus miembros, y concretamente respecto al daño patrimonial que sin duda constituye un hecho ilícito, se refiere el artículo 1910 de nuestro Código civil cuando establece que: "El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, o menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima."

#### CATEGORIAS DE CULPA CONTRACTUALES:

LA CULPA NO DOLOSA, consiste esta, nos dice el maestro Borja Soriano, citando a Baudry-Lacantinerie et Barde, en una negligencia cometida sin intención de perjudicar. Sobre esto mismo, el artículo 2025 del Código prescribe que: "hay culpa o negligencia --

(22) Rojina Villegas. Ob. Cit. Pág. 302

(23) Gutiérrez y González. Ob. Cit. Pág. 451 Num. 561

cuando el obligado ejecuta actos contrarios a la conservación de la cosa o deja de ejecutar los que son necesarios para ella."

DOLO, en cuanto a la culpa dolosa, el autor antes mencionado, citando a los hermanos Mazeaud y a Paudry-Lacantinerie, dice que "hay dolo cuando el deudor intencionalmente no ejecuta su obligación, comete esta falta con el deseo de causar un perjuicio a su acreedor." (24) Y el artículo 1206 estatuye que "la responsabilidad procedente de dolo es exigible en todas las obligaciones. ."

b). RELACION DE CAUSALIDAD. Es indispensable también para que pueda ejercitar el derecho de exigir el pago de daños y perjuicios quien los ha sufrido, que demuestre la existencia de una relación de causalidad entre el hecho y el daño. Al efecto, el artículo 2110 del Código, estatuye que: "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."

AUSENCIA DE CAUSALIDAD. Nos explica el maestro Rojas Villegas que "para el Derecho habrá falta de causa, cuando el daño se produzca por culpa de la víctima, hecho de tercero, caso fortuito o fuerza mayor." (25)

Cuando el hecho dañoso haya sido producido por un tercero, impondrá saber para efectos de imputabilidad del cargo, si ese --tercero actuó por cuenta propia o bajo la dependencia del demandado. Sobre esto, el maestro Gutiérrez y González opina que "la responsabilidad por el hecho ilícito recae normalmente en quien verifica la acción o realiza la omisión. Pero también puede reca

(24) Borja Soriano. Ob. Cit. Pág. 458. Num. 941

(25) Rojas Villegas. Ob. Cit. Pág. Num. 15

erle la responsabilidad cuando una persona a su cuidado o una cosa que posee, es el conducto por el que se genera el daño." (26)

Momento a partir del cual nace la obligación de pagar los daños y perjuicios. Es importante determinar, de acuerdo a nuestro Código civil actual, a partir de que momento surge la responsabilidad y como consecuencia, la obligación de pagar los daños y perjuicios causados por el deudor que ha incumplido con su obligación contraída.

Al respecto, el Código en sus artículos 2104 y 2105, que en relación con el 2080 del propio ordenamiento legal, nos dá las reglas necesarias para determinar a partir de que momento surge la responsabilidad en contra del deudor, siendo las siguientes:

I. En las obligaciones de dar y en las de hacer, si se ha fijado un plazo para cumplir, con el simple transcurso de dicho plazo sin que alguno de los obligados cumpla con su prestación en los términos en que se pactó, se hará responsable del pago de los daños y perjuicios;

II. Si se tratare de las mismas obligaciones antes mencionadas (de dar o de hacer), pero que no se haya fijado plazo para cumplir se observarán las reglas siguientes:

a. Si se trata de obligaciones de dar, no podrá el acreedor exigirlo sino después de los treinta días siguientes a la interpe-lación que se haga;

b. Tratándose de obligaciones de hacer, el pago debe efectuarse cuando lo exija el acreedor, siempre que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación.

III. Y si se tratare de obligaciones de no hacer, el solo hecho de su contravención originará la responsabilidad del deudor con la consecuente sanción de pagar daños y perjuicios.

Esta figura jurídica, del pago de daños y perjuicios, consiste de acuerdo a nuestra legislación, en una sanción que se impone sobre el patrimonio del deudor, sin embargo es necesario hacer mención que dicha pena pecuniaria no siempre ha prevalecido en las legislaciones, y así, en el Derecho romano primitivo, se permitía hacer coacción en la persona del deudor insolvente, habiendo originado el descontento de los plebeos que lograron que el deudor respondiera de sus compromisos solamente con su patrimonio, principio que perduró hasta la actualidad en la mayor parte de las legislaciones.

### 3.- Causas de incumplimiento no imputables al deudor: el caso fortuito y la fuerza mayor

En los incisos anteriores del presente capítulo e inclusive - en el capítulo anterior, hemos analizado en forma breve, las consecuencias jurídicas que acarrea al que ha cometido un hecho ilícito, consistente este en incumplimiento de la obligación contraída. También hemos tratado de las sanciones que el legislador impone al que ha cometido dicho hecho ilícito. Sin embargo, en nuestra legislación civil se contemplan algunos casos en que aun cuando alguno de los contratantes ha faltado al cumplimiento de su obligación, las consecuencias jurídicas no le son imputables, o le son imputables únicamente en forma parcial, lo que quiere decir en este último caso, que el deudor únicamente deberá soportar sus propias pérdidas, pero no así las sufridas en el patrimonio de su co-contratante como es el caso de lo dispuesto por el artículo 1914 del Código, el cual estatuye que: "Cuando sin el auxilio de mecanismos, instrumentos, etc., ... y sin culpa o negligencia de ninguna de las partes, se producen daños, cada una de ellas los soportará sin derecho a indemnización." Siendo este caso, recíproco, en el que las pérdidas sufridas deban ser soportadas por cada una de las partes. Además del anterior supuesto existen otros casos de irresponsabilidad determinados por la ley, siendo los siguientes:

- a).- El caso del artículo 1910;
- b).- La prescripción; y
- c).- El caso fortuito y la fuerza mayor.

Pero como analizar los dos primeros de éstos suuestos significaría realizar otras tantas tesis accesorias, únicamente me concreto a enumerarlas en la forma que lo he hecho, para avocarme al análisis detallado del otro suuesto denominado: caso fortuito o fuerza mayor.

Al respecto, el artículo 2111 del Código precentúa que: "Radio está obligado al caso fortuito sino cuando ha dado causa o contribuido a él, cuando ha aceptado expresamente esa responsabilidad o cuando la ley se la impone."

De la transcripción de la anterior norma legal se desprenden los siguientes elementos:

I. La inmutabilidad sobrevenida por el caso fortuito o la fuerza mayor. Y las excepciones que a dicha regla general estatuye la ley;

II. Cuando se haya dado causa o contribuido a dicho caso fortuito o fuerza mayor;

III. Cuando se ha aceptado expresamente esa responsabilidad; y

IV. En los casos en que sea impuesta por la ley.

I. El caso fortuito o la fuerza mayor, deberá ser producido ya sea por un fenómeno de la naturaleza o bien por actos de autoridad, al respecto el maestro Borja Soriano nos explica que existen dos categorías de caso fortuito o de fuerza mayor; siendo las primeras las provocadas por accidentes naturales como: las enfermedades; la muerte, el rayo, el granizo, la helada, las nevadas muy abundantes, las inundaciones, los temblores de tierra, etc. Y los otros constituyen hechos del hombre, como son: la guerra, la invasión, el bombardeo, el bloqueo, los ataques de bandi-

dos, los abusos de la fuerza, los robos. Estando considerados dentro de esta categoría, nos dice el autor, "el hecho del Principe. Entendiéndose por este en términos genéricos, todos los impedimentos que resulten de un orden o de una prohibición que emana de la autoridad pública." Baudry-Lacartinerie et Barde citado por el maestro Borja Soriano (27)

Esto en uno como en otro caso, deben representar un obstáculo general, lo cual significa que debe tratarse de un obstáculo insuperable para toda la localidad en que la obligación deba de ser cumplida, por ejemplo, en el caso de la erucción de un volcán, en que se ordena por la autoridad evacuar a toda la población. La excepción a esta regla general es cuando la prestación debiera ser cumplida por determinada persona y esta sufre un accidente que la impidiera a cumplir.

Otro requisito para que se pueda alegar caso fortuito o fuerza mayor será el que dicho acontecimiento sea imprevisible o siendo previsible que resulte inevitable. Será imprevisible, cuando se trate por ejemplo de un temblor o terremoto que destruya la cosa objeto del contrato jurídico. Se tratará de un hecho que aun cuando sea previsible resulte inevitable, sería el caso, por ejemplo de una tormenta de agua, la cual ya ha durado mas de un mes e impide al contratista en el caso de un contrato de obra, a terminar la construcción que se había comprometido entregar terminada a determinada fecha, pero por causa de la lluvia tan abundante hace que dicho contratista no cumpla en la fecha pactada.

Y por último, para que el fenómeno de la naturaleza o acto de

(27) Borja Soriano. Ob. Cit. Pág. 472, Num. 974.

autoridad, sea considerado como caso fortuito o fuerza mayor, es necesario que dichos actos produzcan una conducta dañosa en contra de los intereses del acreedor, pues de lo contrario resultaría sin importancia jurídica el mencionado acontecimiento.

II. Las excepciones a la ausencia de responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor son, según ya lo hemos anotado anteriormente. Cuando se haya dado causa o contribuido a dicho caso fortuito o fuerza mayor. Estaremos en un supuesto de éstos, en los casos en que el deudor se encuentra en mora o bien que tratándose se por ejemplo de un contrato de depósito y ocurriera un incendio provocado por el depositario o que sin ser provocado por el depositario esté el mismo en el lugar del siniestro y en vez de proteger la cosa depositada espera a que la misma se consuma por el fuego. El Código señala también un caso en el artículo 2716 - cuando estatuye que: "cuando la deuda de una cosa cierta y determinada procediere de delito o falta, no se extinguirá el deber del pago de su precio, cualquiera que hubiere sido el motivo de la pérdida, a no ser que, habiendo ofrecido la cosa al que debió recibirla, se haya éste constituido en mora."

III. Otro caso de excepción es el que se refiere al pacto en que se acepta expresamente el riesgo, desde luego con las excepciones que marca la ley para el caso de los contratos de arrendamiento, según el artículo 2757 del Código, el cual estatuye que: "Será nulo el convenio de que todas las pérdidas que resultaren por caso fortuito sean de cuenta del arrendatario de ganado." Así como el caso del arrendamiento de fincas rústicas, artículo 2455 -

que estatuye: "El arrendatario no tendrá derecho a la rebaja de la renta por esterilidad de la tierra arrendada o pérdida de frutos provenientes de casos fortuitos ordinarios; pero sí en caso de pérdida de más de la mitad de los frutos, por casos fortuitos extraordinarios.

Entendiéndose por casos fortuitos extraordinarios: el incendio guerra, peste, inundación insólita, langosta, terremoto u otro acontecimiento igualmente desacomunado y que los contratantes no hayan podido razonablemente prever."

IV. En nuestra legislación existen casos en que por disposición de la misma, siempre estará el deudor obligado a responder del cumplimiento de su obligación aún en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, esto aplicado especialmente al contrato de comodato, en los términos del artículo 2504 que establece lo siguiente: "El comodatario responde de la pérdida de la cosa si la emplea en uso diverso o por más tiempo del convenido, aun cuando aquella sobrevenga por caso fortuito." Y el artículo 2505 del mismo ordenamiento legal agrega: que "si la cosa perece por caso fortuito, de que el comodatario haya podido garantizarla empleando la suya propia, o si no pudiendo conservar más que una de las dos ha preferido la suya, responde de la pérdida de la otra."

## CONCLUSIONES

1.- El incumplimiento de un contrato es considerado como un hecho ilícito.

2.- Tal incumplimiento produce responsabilidad y trae como consecuencia, por ende, la imposición de una sanción.

3.- Las sanciones pueden ser convencionales o legales. Consisten las primeras en las que se fijan en las cláusulas penales de los contratos, y las segundas en las establecidas por la ley.

4.- Para que la responsabilidad exista, se requiere que el incumplimiento sea imputable al deudor, que éste esté en mora y que haya daños y perjuicios.

5.- La mora consiste en el injustificado retardo en el cumplimiento de la obligación.

6.- Se entiende por daños la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación, y por perjuicios la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación.

7.- No obstante que en principio todo incumplimiento en las obligaciones contractuales trae como consecuencia la imposición de una sanción, existen, sin embargo, situaciones en que el contratante incumplidor no responde. Tales son los eventos en que el incumplimiento es debido a caso fortuito o fuerza mayor.

8.- La regla contenida en la conclusión anterior consistente en la falta de imputabilidad por caso fortuito o fuerza mayor tiene las siguientes excepciones:

- a. Cuando el deudor ha dado causa o contribuido al caso -- fortuito o fuerza mayor;
- b. En los casos en que se ha aceptado expresamente esa responsabilidad; y
- c. Cuando la ley se la imponga.

9.- En conclusión: si en el caso de incumplimiento de una obligación, tal incumplimiento no es imputable al deudor, o siéndole imputable no está en mora o no hay daños y perjuicios, o habiendo estos no hay imputabilidad ni mora, no habrá responsabilidad civil.

10.- En concreto y en resumen: solo habrá responsabilidad contractual si se reúnen las tres condiciones mencionadas en las conclusiones 4 y 9, pues faltando cualquiera de ellas o dos o con mayor razón las tres, no existirá dicha responsabilidad.

## BIBLIOGRAFIA

- Bevilaqua, Achilles.  
Código Civil Brasileiro. 3ra. Ed. Livraria Editora, Freitas Bastos. R. de Janeiro. 1933.
- Borja Soriano, Manuel.  
Teoría General de las Obligaciones. Porrúa, México. 1982
- Bravo González, Agustín.  
2do. Curso de Derecho Romano. Pax-México. 1976
- Calva, Esteban.  
Instituciones de Derecho Civil. Tomo II. México, Imprenta de Díaz de León y White. 1875.
- Calva, Esteban.  
Instituciones de Derecho Civil, según el Código del Distrito y Territorios de la Baja California, Imprenta de Francisco de León, - México 1883.
- Carbonnier, Jean.  
Derecho Civil. Trad. por Manuel M. Zorrilla R., Bosch Barcelona. 1960
- Castán Tobeñas, José.  
Derecho de las Obligaciones. T. tres; Reus, Madrid. 1967.
- Castán Tobeñas, José.  
Derecho Civil Español, Común y Foral, 10ma. Ed. tomo 3ro., Madrid 1967.
- Diez-Picazo, Luis.  
Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Tecnos, Madrid. Vol. I, 1970.
- Fueyo Laneri, Fernando.  
Derecho Civil de las Obligaciones. Vol. I. Imp. y Lito. Universo, Valparaíso, Chile. 1958.
- García Tellez, Ignacio.  
Motivos, Colaboración y Concordancias del Nuevo Código Civil Mexicano. 1932.

## II

Giorgi, Jorge.

Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno. Vol. IV. Madrid  
Imprenta de la Revista de Legislación. 1911.

Gutiérrez y González, Ernesto.

Derecho de las Obligaciones. 5ta. Ed. Cajica, México. 1982.

Larraz, Karl.

Derecho de las Obligaciones. Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid.  
Tomo I. Trad. por Jaime Santos Briz. 1960.

Mazaand, León y Enrique. Hnos.

Lecciones de Derecho Civil. Tomo II. Vol. II. Trad. Luis Alcalá-  
Zamora y Castillo. Ed. Buenos Aires. 1960.

Mazaand, L. y H. Hnos.

Lecciones de Derecho Civil. Parte II. Vol. III. Ed. Bs. Aires,  
1960.

Artíz-Hernández, Raúl, Dr.

Derecho Civil, Porrúa, México. 1977.

Picciol, Marcelo y Ribert, Jorge.

Examen práctico de Derecho Civil. Trad. Por Dr. Mario Díaz Cruz.  
P. Cto. Cultural. La Habana. 1946.

Polini Villalón, Rafael.

Compendio de D. Civil. Teoría General de las Obligaciones. Porrúa  
México. 1982.

Salvat N., Fernando.

Tratado de Derecho Civil Argentino. Fuentes de las Obligaciones.  
Tomo I. Vol. V. Bs. Aires. 1946.

Sánchez Medul, Ramón.

De los Contratos Civiles, 3ra. Ed. Porrúa, México. 1976.

Sánchez-Medul Urquiza, José Ramón.

La resolución de los Contratos por Incumplimiento. Porrúa, Méxi-  
co. 1934.

D I C C I O N A R I O S

Diccionario Jurídico Omeba.  
Bs. Aires Argentina. 1942.

Diccionario de Derecho.- De Pine, Rafael.  
Porrúa. México. 1983.

Diccionario Enciclonédico Quillet.- Doce tomos  
Ed. Cumbre. México. 1983.