

24/196



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

Escuela Nacional de Estudios Profesionales  
"ACATLAN"

"ESTUDIO CRITICO SOBRE LA OBLIGACION  
QUE SE TRANSMITE A LOS HEREDEROS DEL  
MANDATARIO, FIADOR Y DUEÑO DE LA OBRA  
A PRECIO ALZADO, EN SUS RESPECTIVOS  
CONTRATOS.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

JUAN CARLOS TORRES GARDUÑO



Santa Cruz Acatlán, Edo. Méx.

1988

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN



## **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.

I

I N D I C E

INTRODUCCION . . . . .	Pág. 1
------------------------	--------

C A P I T U L O I

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL MANDATO,  
FIANZA Y OBRA A PRECIO  
ALZADO

1. Derecho Romano ( Actos intuitu personae ) . . . . .	4
2. Derecho Español . . . . .	13
3. Derecho Alemán . . . . .	21
4. Doctrina Francesa . . . . .	26
5. Doctrina Anglosajona . . . . .	33

C A P I T U L O II

NATURALEZA JURIDICA DE LOS CONTRATOS DE  
MANDATO, FIANZA Y OBRA A PRECIO ALZADO

1. Del Mandato . . . . .	36
1.1. En cuanto a sus elementos de existencia. . . . .	39
1.2. En cuanto a sus elementos de validez . . . . .	41
1.3. De acuerdo a su finalidad jurídica . . . . .	43
2. De la Fianza. . . . .	45
2.1. En cuanto a sus elementos de existencia. . . . .	47
2.2. En cuanto a sus elementos de validez . . . . .	51
2.3. De acuerdo a su finalidad jurídica . . . . .	54
3. De la obra a Precio Alzado. . . . .	56
3.1. Elementos de existencia y validez, y su finali- dad jurídica . . . . .	58

II

C A P I T U L O III

CARACTERISTICAS Y CLASES DE LOS CONTRATOS DE  
MANDATO, FIANZA Y OBRA A PRECIO ALZADO

	Pág.
1. Del Mandato . . . . .	61
2. De la Fianza. . . . .	73
3. Del Contrato de Obra a Precio Alzado. . . . .	86

C A P I T U L O IV

BREVE ESTUDIO EXEGETICO DE LOS ARTICULOS  
2456, 2493 Y 2653 DEL CODIGO CIVIL  
DEL ESTADO DE MEXICO

1. Artículo 2456 del Código Civil del Estado de México. .	89
2. Artículo 2493 del Código Civil del Estado de México. .	108
3. Artículo 2653 en relación al Artículo 1827 del Código Civil del Estado de México . . . . .	117

C A P I T U L O V

INOBSERVANCIA DE LA OBLIGACION QUE SE TRANSMITE  
A LOS HEREDEROS DEL MANDATARIO, FIADOR  
Y DUEÑO DE LA OBRA A PRECIO ALZADO

1. En cuanto a la transmisión de obligaciones . . . . .	125
2. Pluralidad de Herederos . . . . .	131
3. Restricciones a la Personalidad Jurídica de los Herederos . . . . .	138

C O N C L U S I O N E S . . . . .	143
-----------------------------------	-----

B I B L I O G R A F I A . . . . .	146
-----------------------------------	-----

I N T R O D U C C I O N  
-----

De acuerdo con el plan que me he impuesto, debo aclarar que este trabajo es sólo un estudio crítico con el cual no pretendo introducir, en forma esquemática, una nueva reglamentación, sino que aportaré datos y consideraciones sobre los aspectos que a mi juicio no están acordes con la época actual, es decir, quiero eliminar formulismos que en otros tiempos y por razones entonces válidas, eran necesarios, sobre todo en cuanto a la obligación que se les sucede y ordena a los herederos del mandatario, fiador y dueño de la obra a precio alzado.

De la obligación que trato en los respectivos contratos, se presentan una serie de circunstancias y cuestiones tan importantes, que considero no han sido previstas por el legislador y de las cuales, en muchas ocasiones, ha de recurrirse a la interpretación y a los principios generales del derecho de obligaciones.

Mi propósito es atenuar la carga que se delega a los herederos, la cual resulta en ocasiones injusta, tratándose -- principalmente en el mandato, ya que como veremos hay tanto obligaciones como derechos tan inherentes a la persona misma, que se extinguen a su muerte y no se transmiten a sus sucesores. Por otro lado tenemos a la fianza, que aún cuando la -- transmisión sea válida, porque en verdad está fundada en derecho, nos resulta injusta por las razones y motivos expresados en el presente trabajo. Ahora bien, en cuanto al contra-

to de obra a precio alzado, no veremos tanto el hecho de que los herederos deban responder en proporción a su haber hereditario, sino el por qué tendrán que respetar, en forma por demás injusta, los términos pactados en el contrato celebrado por su antecesor, al no rescindirse éste. A lo anterior se suma la ignorancia de la existencia del acto, la minoría de edad y el estado de interdicción de los herederos.

De los últimos supuestos surge un grave problema que estudiaremos, consistente en que pasará entonces a ser responsable directo la persona que los suple, ya que existe la presunción de que la obligación que se les impone a los herederos es aplicable a quienes tienen su representación, al cual, en el presente, lo situaremos con una responsabilidad justa en razón a su función social.

Con estos breves comentarios, no se piense que me aparto de la idea de la sucesión, ya que de ningún modo quiero liberarlos de la obligación, excepto en la fianza, ya que -- desde el punto de vista lógico, incluyo dentro de los deberes del heredero, aquellos que considero bien pueden realizarse, en razón del principio de justicia y equidad.

En el orden de ideas contenido en este trabajo, creí -- conveniente estudiar cada contrato en su historia, características y clasificaciones, con el objeto de tener una noción que permitiera delimitar la obligación que expresan para con los herederos.

Por consiguiente, cabe mencionar al respecto que el criterio que tratamos de formar es exceptuar al heredero de cumplir con los conceptos del Código, ya que es evidente que la

sucesión de estas obligaciones demuestra que las disposiciones legales no permiten a los herederos otra opción más que cumplir. Sin embargo, como lo apuntamos, y en virtud de las soluciones que daremos, dichos preceptos o reglas quedarán reducidos a no ser transferibles a los herederos.

C A P I T U L O I

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL MANDATO, FIANZA

Y OBRA A PRECIO ALZADO.

1 - DERECHO ROMANO ( ACTOS INTUITU PERSONAE ).

Tradicionalmente en toda investigación jurídica, como en todo trabajo que requiera el estudio de la ciencia jurídica, es necesario llevar un orden cronológico para llegar a la si tematización, es decir, por las instituciones de base como lo es en el Derecho Romano, que guarda su lugar dentro de los -- grandes sistemas jurídicos contemporáneos, y que es el lazo -- que une a nuestra legislación con otras legislaciones.

MANDATO. - En su origen la idea fundamental que forma el contrato de Mandato como lo escriben los tratadistas es muy -- antigua, encontrándola ya en los tiempos de la época romana -- de Justiniano y de Paulo. (1) (2)

En el Derecho Romano la esencia de este contrato es la -- gratitud, considerada ésta como el principal atributo de su -- naturaleza, carácter que dejaba al procurador o mandatario en desventaja, por el hecho de que no tenían acción contra el -- mandante para que éste le pagase por los servicios prestados.

En el Derecho Romano el contrato de mandato tiene su ori -- gen en la amistad y en el deseo de hacer un servicio sin po -- der dar una fecha precisa sobre el inicio de la práctica de --

---

(1) Margadant F., Guillermo. El Derecho Privado Romano, Editorial Esfinge, Décima Edición, Méx. 1981, págs. 417-420.

(2) Iglesias, Juan. Derecho Romano, Editorial Ariel, Sexta Edición, Madrid 1972, págs. 435-438.

dicho contrato, podemos pensar que se practicó dada su valiosa utilidad en esa época.

La gratitud, motivo esencial en el contrato, se explica si se tiene en cuenta que la organización de la familia y la existencia de la esclavitud en Roma permitía la realización de fines útiles por medio de los hijos y los esclavos.

El Mandato de esta época era un contrato consensual de derecho civil, no sujeto a forma, en virtud del cual el mandatario prometía efectuar gratuitamente la gestión que el mandador le hubiere conferido, de la cual podemos citar, con razón, las siguientes definiciones :

" Mandato es un contrato por el cual una persona, el mandante, encarga a otra, el mandatario, que realice determinado acto, por cuenta y en interés de aquélla ". (3)

" Mandato, en el Derecho Romano, deriva del latín Manus Dares, que significa dar la mano con el deseo firme de hacer un servicio sin esperar retribución económica alguna ". (4)

De lo cual se deduce que en el Derecho Romano el Mandato tampoco tenía carácter representativo, en virtud de que los efectos de una obligación recaen sobre sujeto diverso -- del que la contrajo, criterio que puede consultarse en base a las ideas que nos ofrecen los tratadistas anteriores.

El contrato de Mandato, como contrato intuitu personae, se diferencia de los contratos intuitu rei, por el objeto ma

---

(3) Margadant F., Guillermo, op. cit. pág. 417

(4) Bravo González, Sara Bialostoski, Compendio del Derecho Romano  
Editorial Pax. México 1975, pág. 144.

terial de éstos y por lo tanto, dada la diferencia de la personalidad del otro contratante, en caso de muerte las partes eran sustituidas por sus herederos.

No así con el contrato de Mandato que en caso de muerte, no hay sustitución, ni la obligación pasa por sucesión a los herederos, ya que las partes se obligan esencialmente, respetándose, digámoslo de esta forma, moralmente, ya que como se trataba de un contrato intuitu personae ninguna de las partes a la muerte de una, tenía la obligación de continuar la relación jurídica, con los herederos del de cuius. (De aquí nuestro planteamiento del presente estudio).

En el Derecho Romano también existía el Mandato Post Mortem en donde algunos tratadistas romanos aceptan que por la muerte del mandatario se disuelve el mandato, hasta como suena lógico no hay ningún problema, sin embargo consideran que si el de cuius murió estando íntegro el mandato, es decir, no se ha llevado a cabo esto no les compete la acción de Mandato a sus herederos, pero se dice que las cosas que por el difunto se comenzaron, deben terminarse por los herederos.

FIANZA. - Por el extenso material que existe para el estudio de este contrato y para no ser muy repetitivos, omitiremos características y clasificaciones de este contrato en el Derecho Romano y nos enfocaremos en forma global a su estudio.

Utilizando como guía las ideas del Maestro Floris Margadant, pero haciendo mía la redacción, encontré que en el Derecho Romano lo consideraban como un contrato accesorio, que dependía de una obligación válida principal, conteniendo el mis

mo principio que lo accesorio no puede contener más de lo -- principal. (5)

Se dice que la fianza nació de la stipulatio, utilizando la fórmula que consistía en el intercambio de una pregunta y una respuesta, ya que podía utilizarse en una amplia gama de negocios. ( Sponcio Fideipromissio, o una fideiussio ).

En el Derecho Romano existían formas de garantizar las obligaciones, las cuales eran sacramentales, solemnes y formales, ya que se perfeccionaban por las palabras que deberían pronunciarse, así es como surge la STIPULATIO que daba origen a tres formas de stipulatio que eran las siguientes :

Sponcio : Esta forma de obligarse surge pronunciando la palabra sponde, en el sponcio sólo podrían intervenir personas que tuvieran el carácter de religiosas, razón por la --- cual no era una forma de garantizar alguna obligación.

En virtud de que en la sponcio sólo intervenía gente -- que tuviera carácter religioso y al no ser práctica esta forma de garantizar, pronto se buscó otra forma en donde se pudiera obligar a los extranjeros y así es como surge la FIDEI PROMISSIO. En esta figura la forma de obligar era a través - de las siguientes palabras sacramentales : ¿Idem fidespromittis?, y fideipromittio era la respuesta.

Las dos formas anteriores garantizaban obligaciones verbis y cuando el fiador pagaba por el fiado, el fiador estaba en posibilidad de ejercitar la acción Mandati Contrari en -- contra del fiado.

---

(5) Margadant F., Guillermo, op. cit., págs. 385-388.

Con la Fideipromissio surge un relajamiento, debido a una sobreprotección para el fiador por parte de los juristas romanos llegando a hacer inoperante esta forma de garantía.

Otra forma de garantía es el Mandatus pecunie credendas que también se conocía como mandatum cualificativo, esta figura se desenvolvía a través del Mandato, por medio del cual el mandante solicitaba al mandatario prestara alguna suma a otra persona en caso de que ésta no pagara la suma prestada al mandatario, lo haría el mandante en lugar del tercer obligado. Así es como del Mandato surge una fianza, en este caso no se formalizaba por medio de la pronunciación de palabra alguna, pues era un contrato de buena fe.

En Roma los medios más usuales para las garantías de crédito, fueron las garantías reales ( prendas e hipotecas ) y las personales ( fianza ). Como ya sabemos, las garantías reales eran más eficaces ya que el crédito estaba garantizado con el valor de la casa o la cosa misma para garantía, a diferencia de las personales.

Abocándome no sólo al estudio del Maestro Floris Margadant y Bravo González, sino con apoyo de diferentes tratadistas vemos que en el Derecho Romano, los mismos romanos consideraban como un honor y a la vez como un deber, ser aceptados como fiadores de sus amigos. Esto permitió que intervinieran los legisladores romanos, dando como resultado la expedición de las siguientes leyes; que sin variantes sustanciales con el concepto vertido por distintos autores modernos

las expongo de la siguiente manera : (6) (7)

Lex Apuleya : Protegiendo al fiador, ya que consagraba y permitía el derecho del fiador de exigir al acreedor repartir toda la obligación entre los cofiadores solventes, medida que muchas legislaciones contemporáneas han tomado por lógica y justa.

Lex Furia : Que muchos tratadistas actuales consideran como un grave error, pues la responsabilidad que se repartía era ahora entre cofiadores solventes o no, limitando a los fiadores a un plazo de dos años para exigir sus responsabilidades.

Lex Ciceria : En donde el acreedor quedaba obligado a comunicar a cada fiador quiénes eran cofiadores.

Lex Cornelia : Que limitaba la responsabilidad a cada fiador respecto a un mismo acreedor, a un máximo anual de veinte mil sestercios. Esto llevó consigo la creación de otra figura con el mismo fin, llamada FIDEIUSSIO, que era un contrato verbis; igualmente apareció la BENEFICIUM EXCUSSIONIS, la cual consistía en perseguir en juicio, primero al acreedor y posteriormente, y en caso de que su patrimonio no alcanzara a saldar la obligación, en contra del fiador. Ahora bien, en el campo procesal encontramos como antecedentes las Prades Sacramente, que consistían en que las partes que intervenían en un litigio, deberían garantizar la veracidad de sus afirmaciones externadas en el litigio y la forma de garantía que se utilizaba para tales fines era haciendo el depósito de una apuesta o dando un fiador solvente.

(6) Margadant F., Guillermo, op. cit., pág. 386

(7) Bravo González, Agustín, op. cit., págs. 122-124.

En este contrato el Derecho Romano guarda absoluto silencio sobre si la obligación del fiador, cuando muera éste pase a sus herederos, por lo que consideramos que por tratarse de actos materiales, generalmente pecuniarios, dicha obligación tal vez pudo transmitirseles, hablando teóricamente; - sin embargo, en el capítulo de sucesiones del Derecho Romano, se manifiesta que con la muerte acabarán todos los derechos del difunto y efectivamente, los derechos que tenía el difunto se extinguen definitivamente, sin transmitirse a otra persona, pero retomando nuestra idea inicial, hay derechos y obligaciones que sobreviven a la muerte y pasan a los sucesores, tal es el caso, por ejemplo, de los derechos de propiedad y los derechos de crédito.

#### OBRA PRECIO ALZADO.

Al contrato de obra en el Derecho Romano se le conocía con el nombre LOCATIO-CONDUCTIO OPERIS, aunque también existía la LOCATIO CONDUCTIO, la cual no tiene una similitud exacta, ya que dentro de la clasificación del derecho contemporáneo abarca una diversidad de contratos, a los cuales sólo los señalaremos :

- 1 - Arrendamiento ( locatio - conductio rerum ).
- 2 - Contrato de Aparcería.
- 3 - Contrato de Trabajo ( locatio-conductio operarum ).
- 4 - Contrato de Obra ( locatio - conductio operis ).

Por último también abarca el contrato de obra ( locatio conductio operis ), por virtud del cual el conductor es obligado a realizar determinada obra para el locator, mediante -

el pago de un precio cierto.

Siguiendo los pasos de estudiosos del Derecho, encuentro interesante que las particularidades del contrato de obra en el Derecho Romano, del cual es una de las ramas de la Locatio - Conductio como se vió con antelación, se perfecciona por el mero consentimiento de las partes y acarreando derechos y obligaciones recíprocas para ambos contratantes, teniendo al igual la característica de bilateral. (8)

El contrato en tratamiento, que en Roma se regulaba bajo el capítulo de Arrendamiento de Servicios, se distingue por dos tipos de contratos : La Locatio Operarum y la Locatio Operis; el aplicable al contrato sujeto a estudio es Locatio Operis, el cual consistía en que una de las partes presta sus servicios, recibe de la otra parte la tradición de una cosa - por la que tiene que realizar su trabajo.

Se llama Locator al que es entregada la cosa y Conductor al que debe ejecutar el trabajo. Resulta de ello que el Locator es quien paga la merces y ésta no es debida sino después que la obra ha sido terminada y aprobada por el Locator; si la obra efectuada perece antes de haber sido aceptada, el Conductor Operis no puede reclamar su salario y soporta los riesgos a menos que la pérdida resulte de un caso de fuerza mayor. Si la pérdida sobreviene después de la recepción y aprobación de los trabajos, el Locator debe las merces y los riesgos son para él.

Este contrato se diferencia del contrato de trabajo ---

---

(8) Petit Eugene. Derecho Romano, Segunda Edición. Editorial Nacional, México 1971, pág. 404.

por el hecho de que el objeto de éste es la prestación de servicios, y de aquél el resultado de un trabajo.

En el Derecho Romano el Locator encomendaba la obra, en tanto que el Conductor era el que la ejecutaba.

El Conductor contrataba personal para la ejecución de la obra y por ende respondía de los actos de éste, ya sea de su dolo y de su culpa, grave o leve, en tanto el Locator, como tenía la obligación de proporcionar los materiales, respondía de los vicios ocultos de los mismos que hubiese entregado al Conductor. Cabe mencionar que es requisito indispensable que el Locator proporcione los materiales, o cuando menos parte principal del material, ya que la concepción en el derecho actual sería que estaríamos frente a una compraventa de obra.

Observemos que diversas relaciones contractuales se extinguían con la muerte, tales como el mandato, aunque otras relaciones no terminaban en forma automática con la muerte del sujeto.

Dentro de este contrato, en donde el heredero recibe por herencia el inmueble objeto de la edificación, es evidente -- que al momento de hacerse la transmisión sobre la propiedad, -- la sucesión tenga una carga que consiste en que muerto el dueño de la obra, sus herederos responderán del pago al empresario. Se podría justificar que por ser un acto material divisible, que entra dentro del conjunto de bienes, créditos y -- deudas, la diferencia es que no tiene el contrato de mandato y sería discutible en el contrato de fianza.

2 - DERECHO ESPAÑOL.

MANDATO.

En el derecho antiguo no existía una regulación directa del mandato en general y en su especie civil hasta las partidas con el nombre de contratos de gestión, y como lo han escrito los autores españoles, pueden comprenderse los que consisten en la realización de un servicio por uno de los contratantes en favor del otro, para lo cual la forma genérica gratuita de estos contratos es la del mandato, en virtud de que en el derecho común y la codificación, una persona mandante, encomiende a otra denominada mandataria, la realización de una gestión sin remuneración y basada en la confianza depositada en ella; las normas del mandato también son utilizadas por los comerciantes para los encargos de venta de mercancía que se hacen unos a otros, aunque entonces pierde la gratuidad y se convierte en comisión mercantil, denominándose comisionista al mandatario, regulada por primera vez en las ordenanzas de Bilbao, que es recogida por la codificación.

(9)

También nos hablan que la prestación de servicios con carácter oneroso presenta una naturaleza más compleja que la del mandato, hay períodos en que la contratación tiene poca importancia, pues los trabajos se realizaban por los siervos, como entre los romanos y visigodos, o por vasallos, como en el mundo feudal.

---

(9) Cita. L. Lalinde, Abadía. Derecho Histórico Español, Editorial Arias. Barcelona 1974, págs. 472-480

Históricamente los ordenamientos se muestran favorables al que recibe los servicios, aunque se observa algún proteccionismo al que los presta, como en Castilla desde la baja Edad Media, y en las Indias respecto a los indígenas.

La codificación del mandato surgió en el proyecto del Código Civil de 1951, el cual define el contrato como un contrato por el que uno se encarga gratuitamente de dirigir los negocios que otro le comete.

Definición que consigna como carácter esencial del mandato la gratitud que era tradicional en el Derecho Romano, - aunque es inexacta la expresión de dirigir los negocios para caracterizar al contrato en la generalidad de los casos, -- que tampoco recoge nuestro Código Civil.

En España, con anterioridad a la publicación del Código Civil, los autores siguieron diferentes criterios de definición, sirviéndose de términos generales, como lo apunta el tratadista Escriche que define al mandato.

" Como un contrato consensual por el que una de las --- partes confía la gestión o desempeño de uno o varios negocios a la otra que los toma a su cargo ". (10)

Siguiendo al mismo autor de la definición anterior vemos que en el Derecho Castellano, anterior al Código Civil, - podía contraerse el mandato tanto expresa como tácitamente para su constitución, en cuanto al objeto en el Derecho Español anterior, todo negocio podía ser objeto del mandato, con

---

(10) Escriche, Compendio del Diccionario Real de España. Tomo I, Editorial Cárdenas. Primera Edición, México 1979. pág. 934.

tal de que no se opusiere a las leyes o a las buenas costumbres, es decir, que fuese una cosa lícita. El contrato de mandato podía celebrarse primero por beneficio o utilidad -- del mandante, como si uno encarga a otro la administración -- de sus bienes; segundo, por utilidad del mandante y mandatario, como si uno encarga a otro que compre una cosa para los dos o bien para beneficio de un tercero; como si uno encarga a otro que salga fiador de tal persona o que administre sus bienes, aunque no resulte de utilidad al mandante. También puede constituirse para la utilidad tanto del mandante o de un tercero, como en el caso de encargar a uno que administre los bienes que tiene en tal punto el mandante y el tercero o bien en la utilidad sólo del mandatario, como si encargase a otro que empleara sus fondos en la adquisición de una finca.

De los muy variados conceptos y caracteres que se le da al mandato, podríamos decir que en el Derecho Español no --- existía ninguna disposición concreta ni relativa a la gratuidad, sino que la mayoría de los tratadistas, siguiendo la -- tradición romana, consideraban ese carácter como esencial, - otros, como lo comentamos, lo afirman como meramente natu-- ral.

A manera de no ser tan repetitivo y abocándome sólo al objetivo de mi estudio sobre la transmisión de las obligaciones a los herederos del mandatario, me apoyo en la siguiente definición de García Goyena.

" Que el mandante escogió la probidad e industria del - mandatario, su confianza fue personal, por otra parte, el -- mandatario se decidió a admitir su cargo con cariño, también

en forma personal hacia el mandante, por lo que debe pues expirar el mandato por la muerte del mandatario ". (11)

En consecuencia de tal definición, el elemento personalísimo de ambos contratantes desaparece, porque en la codificación española, a la muerte del mandatario se prevee, en principio, la extinción del mandato, sin embargo se impone a los herederos del fallecido la obligación de una diligente atención posterior.

FIANZA - Es importante señalar que el contrato, en el Derecho Español, se equipara con un carácter consensual, confiándose mediante un apretón de manos, celebración de comidas, la intervención de cantidades dadas en garantía, solemnizaciones ante el Consejo.

Sin embargo, y de acuerdo con los conceptos de tratadistas españoles, ello no significa que el consentimiento no sea bastante para producir el contrato, también la forma escrita era muy frecuente, con intervención de notarios y escribanos municipales que lo redactaban siendo su papel probatorio. (12)

En cuanto los elementos del contrato, encontramos que la capacidad contractual para participar o para obrar, viene afectada por la edad, sexo y condición social, así como por enfermedad corporal y mental, por lo tanto, son incapaces para contratar los menores de edad o los que aún sobrepasándola, - continúan bajo el poder de los padres, y otra de las principales

---

(11) García Goyena, Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español. Tomo IV, Madrid, pág. 52.

(12) García Goyena, op. cit. pág. 183

les es por la condición social, la cual es de los siervos, - destacada entre los visigodos y en Castilla, además, otra -- condición social que veda la contratación en determinados ca sos es la de los religiosos que en los fueros castellanos no pueden fiar en ninguna ocasión.

En España los contratos de garantía son contratos accesorios, cuya función es asegurar el cumplimiento de una obli gación generalmente unilateral, que puede ser de naturaleza personal o real. El contrato personal de garantía recibe el nombre de fianza ( fiadura ), y por él, una persona que por ofrecer su fe recibe el nombre de fiador, garantiza el cum-- plimiento de una obligación con su persona o con sus bienes.

En el Derecho Español antiguo, con arreglo al Derecho -- común, la fianza puede dar lugar a una obligación meramente natural, como cuando se presta por el siervo, puesto que éste no tiene capacidad contractual, ya que dicha capacidad -- viene afectada por la condición social.

El apogeo de la fianza, a juicio de Escriche, tiene lugar en la alta Edad Media, en que puede garantizar todos los negocios cuando se responde con los bienes. La responsabili dad no excede de la obligación que garantiza. (13)

Las mayores restricciones para ser fiador, se encuen-- tran en la Edad Media, afectando a los caballeros que reci-- ben salario del rey, eclesiásticos, personas sin bienes in-- muebles y en Castilla a los labradores de solariegos, a dife-- rencia de los de Behetría.

---

(13) Escriche, op. cit. pág. 156

En el siglo XVI se incapacita a los labradores como fiadores de sus señores. La mujer casada aparece incapacitada para fiar a su marido y a terceros en los sistemas romanistas.

Ya en la codificación actual de la fianza, la idea de la fianza implica todavía la existencia de una obligación principal y la de una garantía prestada para asegurar su cumplimiento, extendida la fianza, existe cuando un sujeto distinto del obligado con carácter principal, ha asumido la obligación de pagar en defecto del primer obligado, por lo que se dice que las características de este contrato, como ya lo hemos mencionado, es un contrato accesorio consensual que puede ser gratuito u oneroso, que necesita reunir todos y cada uno de los elementos de existencia y de validez para su constitución.

En cuanto a la transmisión de la obligación a los herederos del fiador, la impone sin dar ninguna ampliación al respecto, ni profundizar, sólo la menciona en la codificación.

#### OBRA A PRECIO ALZADO

El Derecho Español antiguo admitió, al igual que Roma, dentro del arrendamiento, la cesión de una cosa para la realización de una obra con ella, y aún la cesión del trabajo personal ( locatio conductio operis y la locatio conductio operarum ), aunque en el Derecho común siempre existe una cierta unidad del arrendamiento, en el Derecho histórico se produce una disgregación de diversos tipos, encontrándose el

de servicios, que la codificación conoce como contrato de trabajo.

Después de esta disgregación, y como lo enuncia Escriche, el Código Civil Español define al contrato de obra como la ejecución, conviniendo que el que la ejecute ponga solamente el trabajo o su industria y que también suministre el material. - En caso de que se haya obligado a poner el material, él debe sufrir la pérdida por destrucción de la cosa, a excepción de la morosidad al recibirla, siendo también que el empresario no puede cobrar el estipendio, ya que es obligación de éste responder por los vicios de la destrucción, haciéndose extensiva esta obligación al arquitecto, además de responder por las personas que ocurran en la construcción. (14)

Aquel contratista o arquitecto que contrate a ajuste alzado en la construcción, con base en un plano conviniéndose el aviso, no podrá incrementar el precio sin autorización del dueño.

El contratista tiene derecho de retención en caso de que no se le haga el pago, y si éste no se hubiese pactado, se efectuará al entregar la cosa.

Hemos expuesto que es el contrato por el que una de las partes contratista - empresario - artífice, se obliga frente a otro dueño - principal - comitente, a la producción de un determinado resultado con su actividad independiente a cambio de un precio cierto.

---

(14) Escriche, Joaquín, op. cit. pág. 157.

Siguiendo al mismo autor - Escriche - vemos que para calificar a un contrato de ejecución de obras, pueden tenerse en cuenta las siguientes circunstancias : Que el contratista realice su trabajo de manera independiente, en el sentido de no estar dirigido por el comitente en la ejecución de la obra, si no que su trabajo corresponde al ejercicio de una profesión, ahora bien, también puede ser el caso de que el empresario sea remunerado mediante un precio alzado, esto es, - determinado globalmente en consideración al resultado que se ha de alcanzar; también otra circunstancia es que el contratista posea una habilidad y conocimientos técnicos adecuados para la ejecución de la obra. Es importante señalar que el empresario generalmente trabaja con herramientas de su propiedad. Se dice también que no es esencial que realice la obra personalmente, si no que es suficiente con que la dirija.

El Código Civil Español contempla algunos supuestos que ya habíamos comentado : Que el empresario tiene derecho a recibir el precio de la obra y a retener en prenda la cosa mueble hasta que se le pague; también confiere al dueño de la obra el derecho a desistirse por su sola voluntad de la construcción, aún cuando se haya empezado o igualmente indemnizando al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener; prevee además como causas de extinción del contrato, la muerte del artífice o empresario y la imposibilidad de acabar la obra el contratista, por lo que se deduce -- que el contrato se rescinde por declaración unilateral del -- dueño o por muerte del contratista, teniendo en los dos casos que indemnizar al contratista o a sus herederos por los gas--

tos del trabajo realizado.

### 3 - DERECHO ALEMAN.

Dentro de las fuentes germánicas primitivas se ha discutido si los antiguos pueblos germánicos conocieron el Mandato. Algunos tratadistas como Pertile; " se pronuncian por la afirmativa, fundándose al efecto en que no afectara las relaciones privadas de una persona en contraer obligaciones por medio de terceros y era fácil para ellos, por la ausencia de -- vínculos de forma; se trataba de una constitución directa e -- inmediata entre el representado y el tercero, por lo que en -- el Derecho Franco fue igualmente previsto el mandato y admiti -- da la representación". (15)

Ahora bien, si no se trataba de la actuación de un derecho ya existente, o de la defensa de un derecho, la representación no tenía lugar.

Esto es manifiesto, ante todo, en los derechos jurídicos, por lo que en las legislaciones germánicas el Mandato tuvo raras aplicaciones, es decir no existió acto jurídico o material para el cual no se recurriera a mandatarios, por lo que vino a desnaturalizarse y confundirse, contra la naturaleza -- que tuvo en el Derecho Romano que no admitió la intervención de un tercero en el cumplimiento de actos esencialmente personales; se extendió el oficio y las atribuciones del Mandato a hechos y operaciones personalísimas.

---

(15) Cita Enneccerus, Derecho de Obligaciones, Vol. II. Traducción Española. Editorial Barcelona, 1974. pág. 319

También en un principio el mandato judicial fue mirado con desconfianza por los pueblos germánicos. Estos no admitían la representación procesal ya que lo consideraban una lesión al derecho.

El Código Civil Alemán, en vigor desde el primero de enero de 1900, citado por Enneccerus, regula con plena independencia la representación y el mandato y habla que; "la concepción teórica del mandato es una de las más originales, es decir, no contiene una innovación, sino por el contrario, marca un retorno al Derecho Romano. La gratitud es elevada de nuevo a la categoría de elemento esencial del contrato que nos ocupa, en cuanto al objeto, utiliza el Código para designarlo la PALABRA de negocio". (16)

El Derecho Positivo Alemán no sujeta el consentimiento a forma determinada, el mandato de adquirir una finca en propio nombre y de transmitirla después al mandante, no puede aplicarse a la adquisición anterior, toda vez que la obligación de enajenar, es una consecuencia legal que debe constar por escrito, puede por igual el mandato conferirse tácitamente.

Afirma Enneccerus en cuanto al objeto : " Que los autores alemanes deducen con acierto de la palabra negocio utilizada por su Código, que no es necesario que el encargo tenga por objeto la realización de actos jurídicos, pueden ser objeto del mandato cualquiera de los negocios de naturaleza, -

---

(16) Enneccerus, op. cit. págs. 320-321

de hecho o de derecho, siempre que no choquen contra una prohibición legal o contra las buenas costumbres ".

En cuanto a la extensión del mandato, en caso de duda termina el mandato por la muerte del mandatario. Si el mandato terminase, debe el heredero del mandatario notificar inmediatamente la defunción del mandante y si hubiere peligro en el aplazamiento, continuar cuidando el negocio hasta que el mandante pueda proveer de otro modo, entendiéndose que el mandato continuará hasta ese momento.

FIANZA. - El autor ya citado entiende que la fianza como figura jurídica usual, en el Derecho Alemán, da a entender que responde por otro, concepción que también se agrega a una relación obligatoria ya existente, como por ejemplo en el contrato de mutuo, de manera que el fiador se coloca al lado del deudor y promete al acreedor responder. También ello acontece en una segunda relación de deuda entre acreedor y fiador.

Como ya lo expresé, el objetivo de la fianza es reforzar el crédito del deudor principal.

En cuanto a su forma, diremos que mientras tanto la entrega de una cosa se realiza de visible entrega al acreedor, la simple promesa de fianza carece de tal manifestación externa y será por ello peligrosa emitiéndola de modo simplemente verbal, por esta razón exige el legislador la forma escrita, pero sólo para la declaración unilateral del fiador y no para la aceptación de la fianza por el acreedor; por consiguiente el que únicamente afianza verbalmente, aunque sea bajo solemne afirmación, permanece jurídicamente libre de --

responsabilidad y no puede intentarse contra él acción alguna.

OBRA A PRECIO ALZADO. - El objeto de este contrato podrá ser tanto la reparación o transformación de una cosa, -- como cualquier otro resultado del trabajo o de la prestación de un servicio.

Siguiendo las ideas del mismo autor - Enneccerus - encontramos que el legislador denomina a las partes comitente y empresario, apartándose del lenguaje vulgar, en cuanto que en éste la última palabra sólo se utilizaba para aludir a -- las grandes obras y desde el punto de vista económico ha de observarse que se utiliza por igual la palabra empresario en oposición a la de trabajador. (17)

Es necesario puntualizar, aún cuando ya lo hemos estudiado, que la legislación alemana admite que como contraprestación de la obra, hay una remuneración que ciertamente no -- necesita consistir en dinero, pues en otro caso se trataría de un mandato. De aquí podemos hacer la diferencia principal de este contrato por el de servicios que se concentra en una prestación única, la cual no deja de ser única aunque es -- té pactada su distribución en prestaciones parciales, mientras que el contrato de servicios presupone, por el contrario, una prestación constante durante un lapso de tiempo y -- representa una relación de tracto sucesivo, por lo que el -- contrato de obra culmina desde el punto de vista jurídico.

---

(17) Enneccerus. op. cit. pág. 415.

La legislación alemana estudia también la diferencia -- que implica la compra - venta con este contrato, que consiste en que la primera da lugar a una transmisión de bienes, - mientras que el contrato de obra concibe, como una forma de ayuda o asistencia para la elaboración o producción de bienes, la recepción de la obra concluida, que no es otra cosa que la aprobación de la obra realizada conforme al contrato.

TERMINACION. - Como el contrato no es en el fondo una - duración permanente, no puede hablarse de una terminación en el sentido utilizado para el arrendamiento de uso o para el contrato de servicios, sino que en esta cuestión la existencia del contrato de obra normalmente tiene lugar con el cumplimiento bilateral.

#### 4 - DOCTRINA FRANCESA

MANDATO - En el Derecho Francés antiguo, el mandato podía celebrarse incluso tácitamente y sin que interviniese -- ninguna declaración expresa de voluntad de las partes, además, como en todas las legislaciones de esa época, también -- admitió la teoría romana, es decir, es de esencia que el mandato es gratuito, en donde el mandatario se encargue, por un simple oficio de amistad, del negocio, el cual constituye la materia del mandato y que el mandante no se obligue a pagar una suma en dinero o de ninguna otra forma.

Como se apuntaba, la posibilidad del mandato tácito se daba no sólo por la aceptación tácita del mandatario, sino -- también en cuanto a la misma policitud u oferta tácita -- del mandato.

Ahora bien, el Código Civil Francés sólo habla en términos expresos del mandato, formado por escrito o verbalmente y este silencio, observado en orden al mandato tácito, ha dado lugar a opuestas opiniones. Algunos tratadistas se pronuncian por la inadmisibilidad, fundados en que si la aceptación del mandato puede ser tácita, da a entender que siempre debe ser expresa. (18)

La admisibilidad del mandato tácito la permite el Código Civil Francés, por lo cual los principios son ciertos, el mandato es un contrato consensual, en donde sólo basta para su perfección que el consentimiento de las partes exista, --

---

(18) Bonbecase, Julián. Tratado Práctico del Derecho Civil Francés, Contratos, págs. 151-157.

cualquiera que sea su forma. Sin embargo, cabe hacer notar una ligera duda, ya que parecería indicar que la voluntad -- del mandatario pueda ser manifestada tácitamente y la del -- mandante deberá ser expresada ya por un escrito, ya por medio de palabras.

Por lo que respecta al objeto, según la expresión empleada por el Derecho Francés, es hacer alguna cosa, la cual debe entenderse no en el sentido de hecho material, sino interpretarse en el sentido de hecho jurídico, que consiste en representar al mandante.

En conclusión, el mandato tendrá por objeto, con inducción de actos materiales, la ejecución de actos jurídicos.

No nos podía faltar la definición del contrato de mandato en el Derecho Francés, siendo tal vez la más completa la que nos dan Colin y Capitan (19).

" El contrato de mandato consiste en el poder de hacer algo para el mandante, siendo nulo el mandato teniendo un objeto imposible o ilícito ".

Ahora bien, de la breve cuestión al problema que desarrollamos por considerarlos importantes, veamos ahora la extinción del contrato.

No encontramos ningún antecedente en el Derecho Francés antiguo sino hasta su codificación en su artículo 2010 que a la letra dice :

" Que en caso de muerte del mandatario, deben sus here-

---

(19) Colin y Capitan, Curso Elemental de Derecho Civil, Tomo V, pág. 671.

deros dar aviso al mandante y de proveer entre tanto a lo que las circunstancias exijan en interés de éste ". (20)

Continuando con el mismo autor al margen de las causas ordinarias de extinción de los contratos, el mandato está sometido a algunas causas especiales, porque se concierta casi siempre intuitu personae y supone una confianza recíproca entre las partes, en principio por descansar sobre la recíproca confianza de las partes y el mandato termina por la muerte de una de ellas, ocurriría de modo distinto si las partes hubieren decidido lo contrario, ya sea expresa o tácitamente. Por ejemplo : que se hubiera pactado que el mandato no ha sido -- concertado en consideración a la persona del difunto.

El legislador protege a las partes y a los terceros contra la cesación súbita del mandato por muerte : El mandante está protegido por las dos reglas siguientes : 1º El asunto comenzado, a la muerte del mandante, debe ser acabado por el mandatario, si existe peligro en la tardanza. 2º La muerte del mandatario deja subsistente, con cargo a los herederos, - la obligación de avisar al mandante y de proveer entre tanto a lo que exijan las circunstancias.

A juicio de Pothier, " La muerte del mandatario pone fin al mandato, pues la confianza que el mandante tiene es completamente personal y no pasa a sus herederos ". (21)

FIANZA. - En el Derecho Francés, la fianza, al igual que en otras legislaciones, como en la nuestra, contiene los ele-

---

(20) Colin y Capitan, op. cit. Tomo V, pág. 672.

(21) Cita. Ripert Boulanger, Contratos Civiles, Tomo VIII. Editorial La Ley, 1965, pág. 441 .

mentos esenciales, e insisto, no puedo evitar ser repetitivo, por la naturaleza y función normal de este contrato.

Como es costumbre, el Derecho Francés se fundó en la teoría romana, y no cabe duda que ésta, indistintamente, se refiere por igual a la fianza, como por ejemplo : El deudor responde del cumplimiento de las obligaciones con todos sus bienes, presentes y futuros, pero puede ocurrir en garantía legalmente establecida, es decir, a instancia suya o del acreedor, podrá valerse de un fiador, constituyéndose la fianza, - la cual no puede exceder de lo que es debido por el deudor, - ni ser contratada bajo condiciones onerosas.

La fianza no se presume debe ser expresa y no se puede - extender más allá de los límites en que ha sido contratada.

Siguiendo al mismo autor, vemos que el deudor obligado a presentar fiador, debe señalar uno que tenga la capacidad de contratar bienes suficientes para responder del objeto de la obligación y cuyo domicilio se halle en la jurisdicción de la corte donde deba ser prestada la fianza. En caso de la aceptación del fiador por el acreedor, sobreviene su insolvencia y debe serle dado otro, ya que el fiador no está obligado con el acreedor a pagarle sino en defecto del deudor que debe ser primeramente discutido en sus bienes, a menos que éste haya - renunciado al beneficio de discusión o que se haya obligado - solidariamente con el deudor, pues dicho compromiso se regula por los principios establecidos por las deudas solidarias.

Ahora bien, la responsabilidad del deudor, en caso de su muerte pasa a sus herederos, precepto que sólo se reglamentó, pero del cual no hay una razón justificada por su estipulación.

al no aclarar la manera o en qué casos de obligaciones pudie-  
ra proceder.

CONTRATO DE EMPRESA ( OBRA A PRECIO ALZADO ).-

Este contrato en el Derecho Francés, se caracteriza ---  
principalmente por la dependencia jurídica del contratista --  
por lo que desde el punto de vista de responsabilidad, el due-  
ño de la obra no es el responsable de los accidentes ocurri-  
dos al contratista.

Ahora bien, y siguiendo los pasos del maestro Bonnecase,  
vemos que dentro de este contrato no se confiere ningún poder  
de representación, por lo que no creará relaciones jurídicas  
similares al mandato y por lo tanto al no haber representa-  
ción del dueño de la obra hacia el contratista, los contratos  
celebrados por éste no le obligan. (22)

En consecuencia, el contrato de empresa crea la obliga-  
ción de ejecutar y terminar la obra. (23)

Autores modernos dicen que el Código Civil Francés habla  
de dos clases de contratos de arrendamiento : el de cosas y -  
el de obras. De este último los redactores enfocaron dos ca-  
tegorías especiales de arrendamiento de obras o de industria,  
siendo el contrato de transporte, que depende del Derecho Mer-  
cantil, y las obras por ajuste o precio alzado, es decir, las  
convenciones por las cuales una persona se compromete a hacer  
una obra sobre la base de una materia prima, entendiéndose --  
por la fabricación de cosas mobiliarias o cons -----

---

(22) Bonnecase, Julián, op. cit., pág. 154

(23) Colin y Capitan, op. cit., pág. 683

trucción un un inmueble.

La esfera del arrendamiento de obras es mucho más amplia, no está limitada a la fabricación y a la construcción, ni siquiera en los casos en los cuales se ejecuta sobre una cosa corporal. Limpieza, pintura, reparaciones, etcétera; - se extiende al trabajo puramente intelectual, comprende pues relaciones con los abogados, profesores particulares, médicos, con sus clientes, por lo que pensamos que los legisladores del Código Civil Francés no quisieron restringir el arrendamiento de obras a los trabajos sobre cosas corporales.

Lo que hoy en día el lenguaje jurídico moderno opone al arrendamiento de servicios el arrendamiento de obras o de industria; el contrato de trabajo al contrato de empresa. Cabe recordar que los romanos trataban la diferencia entre la locatio operarum, en la que el obrero arrienda sólo su trabajo y la locatio operis, en donde una persona se obliga a ejecutar un trabajo sobre una cosa que se le suministra o le es entregada por el dueño. En consecuencia, el suministro de la materia ya no es el elemento característico del contrato de empresa.

En el contrato de empresa, el dueño era el locator porque colocaba o entregaba la cosa en manos del contratista y éste era el conductor porque la recibía y la confeccionaba, de aquí se creó toda una confusión, porque también el conductor recibía el nombre de obrero.

Es por lo que, si se estudia la definición de este contrato, nos permite distinguirlo de contratos parecidos, como el de trabajo, mandato, compraventa y depósito.

Siguiendo al mismo autor encontramos que, el contrato de empresa es un contrato consensual, sinalagmático y a título oneroso; para su formación no se exige de forma alguna, siendo el precio un elemento esencial.

En cuanto a su extinción ; termina por muerte del contratista, no cabría una excepción, ya que el contratista, al tener obligación de hacer la obra la ejecute por medio o de encargados o subcontratistas, conserva la dirección y la responsabilidad de los trabajos, y por consiguiente, su responsabilidad es determinante, hablando en términos del principio intuitu personae, el contrato debe terminar con la muerte del contratista. El dueño, cuando se disuelve por la muerte, está obligado a pagarles a los herederos el valor de los trabajos ejecutados y el de los materiales suministrados o preparados en proporción al precio fijado.

Pero nos preguntamos : ¿ Qué sucede en caso del fallecimiento del dueño ? ¿ Se abriría la sucesión con todas sus cargas legales, o se pensaría que es su único patrimonio y que al no existir éste dejaría en desamparo a sus herederos ?

Julián Bonnecase define a este contrato diciendo : " Contrato sinalagmático, en el cual una de las partes se obliga a realizar un trabajo determinado, mediante una remuneración y sin estar bajo la dependencia de otra parte, el tipo de este contrato es aquél por el cual uno se compromete a construir un inmueble o un buque proporcionando los materiales ". (24)

---

(24) Bonnecase, Julián, op. cit., pág. 154

5 - DOCTRINA ANGLOSAJONA.

Fundándose en la obra de Luis Muñoz, pongo de relieve - las siguientes ideas para la explicación de los contratos: (25)

MANDATO - El Derecho Inglés se aparta de la teoría romana y dentro de éste hay tres tipos de mandato que pueden ser: universal, general y especial.

El mandato universal confiere el poder de hacer todo lo que es legal conforme a ley sobre los contratos. El mandato general limita el poder al mandatario a la gestión de tal o - cualquier negocio y en cuanto al mandato especial, se limita a un acto determinado.

También puede ser el mandato verbal, escrito o sellado, expreso o tácito.

Es importante que el mandante haya tenido pleno conocimiento de los hechos que el mandatario haya efectuado, tratándose de un mandato verbal o tácito, a efecto de quedar ratificado.

Frente al mandante está obligado el mandatario a tener - todos los cuidados ordinarios que exija la tarea que se le ha sido confiada, si el mandato exige conocimientos particulares, la ignorancia de éstos no constituye una excusa. El mandatario gratuito es solamente responsable de la culpa lata, en - tanto que el mandatario salariado lo es también de la culpa - leve. Sin embargo debe ser indemnizado de la pérdida y compromiso resultantes de su mandato, excepcionalmente cuando la

---

(25) Luis Muñoz, Teoría General de los Contratos. Editorial Cárdenas. Primera Edición, México 1980. pág. 295.

pérdida provenga de la culpa del mandatario es necesario que sea notable. La responsabilidad del mandante y mandatario no son solidarias.

Expira el mandato ya por la revocación del mandante, ya por la renuncia del mandatario. Los terceros deben ser avisados de la revocación para que cese la responsabilidad del mandante, así por ejemplo, es un socio que se retira, pero cuyo nombre continúa figurando en la razón social, es decir, continúa siendo responsable frente a terceros.

La revocación no puede perjudicar al mandatario cuando tiene un interés pecuniario en la ejecución de su mandato, o cuando ha dado anticipo al mandante, que son garantizados -- por mercancías de éste.

Finaliza además el mandato, por muerte del mandante, -- por su quiebra, por demencia o muerte del mandatario, por la expiración del plazo, por la destrucción del objeto, por la ejecución del fin del mandato.

FIANZA . - En el Derecho Anglosajón, encontramos poco material con respecto a este contrato. Tenemos así que la Strict Guarantee puede limitarse a un negocio jurídico o garantizar todos los actos que se celebren en un caso determinado, no importando cual sea su naturaleza, o bien por un período determinado para una sola clase de actos se debe proporcionar al acreedor una garantía cuando la deuda principal es distinta del pago de una suma de dinero.

El contract of indemnity, como contrato de garantía --- también guarda la misma función, la cual es por consiguiente que una persona promete dar al acreedor, para el caso de que

otra incurra en responsabilidad.

OBRA A PRECIO ALZADO . - La Doctrina Anglosajona, aún -- cuando ha abandonado el sistema romano, por considerarlo un - derecho moderno se funda en las anteriores ideas del derecho, así tenemos que el contrato de obra a precio alzado, guarda - la nota característica, pues su función se rige, al igual que las demás legislaciones, es decir, se admite inicialmente la idea romana, y para su estudio basta remitirnos a los anteriores puntos.

C A P I T U L O    I I

NATURALEZA JURIDICA DE LOS CONTRATOS  
DE MANDATO, FIANZA Y OBRA A PRECIO ALZADO.

1 . DEL MANDATO :

La utilidad del contrato de mandato, es la parte eminentemente esencial para lo que se utiliza, ya que en nuestra ausencia podrá ocuparse de nuestros asuntos.

El contrato de mandato ha tenido fundamentalmente una evolución marcada al desaparecer como elemento esencial la gratitud, en virtud de como lo señala el Código Civil actual.

" Solamente será gratuito el mandato cuando así se haya convenido expresamente ". (26)

Desvirtuando completamente el sentido que marcaba en la época romana, cabe hacer notar la evolución del Código Civil de 1928 en relación con el Código de 1884, del que con posterioridad nos ocuparemos. Ahora, por principio, hablaremos del mandato en general.

La doctrina moderna caracteriza al mandato por el conferimiento al mandatario del poder de obrar por cuenta y en nombre del mandante. Otro rasgo característico importante se encuentra en su fundamento legal, teniendo como función jurídica recaer sobre actos jurídicos, los cuales ha de ejecutar el mandatario por cuenta del mandante. Es oportuno mencionar que el Código Civil de 1884, en su artículo 2342 decía respecto del mandato :

---

(26) Codificación, artículo 2403 del Código Civil para el Estado Libre y Soberano de México. Editorial Cajica, S.A. Quinta Edición, Pue. México 1986, pág. 450

" El mandato o procuración es un acto por el cual una persona da a otra la facultad de hacer en su nombre alguna cosa ". (27)

Definición que incurre en diversas y notorias deficiencias, las cuales es conveniente hacer notar en forma comparativa con la definición que da el Código Civil actual y encontramos : Que el mandato propiamente es el contrato, en tanto que la procuración es el instrumento en que consta el mandato, es decir que de acuerdo a la definición del Código Civil de 1884, es un acto, y de acuerdo al Código actual es un contrato.

Se critica a dicho Código porque no consignaba en la definición la característica del contrato de mandato, siendo esa característica la especialidad que se lleva a efecto de realizar el mandato, ya que simplemente señalaba que el mandante encargaba al mandatario la realización de determinados actos, aclarando que en el citado ordenamiento legal se trataba de corregir la deficiencia, precisando que pueden ser objeto del mandato todos los actos lícitos, para los que la ley no exija la intervención de personal autorizado, por lo cual el término lícitos también puede aplicarse a los actos jurídicos.

Los términos del contrato de mandato en el anterior -- planteamiento, serían, primero su especialidad, que se refiere a los actos que pueden ser objeto del contrato, y en

---

(27) Cita, Rojina Villegas. Compendio de Derecho Civil, Tomo IV, Contratos. Editorial Porrúa. Décima Tercera Edición, México 1981, pág. 264.

segundo lugar sería la ausencia de la idea de representación, ya que los negocios son del mandante, como si él los hubiera hecho, de aquí se deriva nuestra tercera opinión, es decir, - los efectos del negocio se entienden por cuenta del mandante, lo que implica que no existe este contrato cuando los actos - se ejecutan en nombre y por cuenta del mandante, ya que en la definición del Código actual simplemente se refiere al mandato no representativo y para efectos de no ser repetitivo, estas clases de contrato se estudiarán más adelante.

Ahora bien, si sabemos que el concepto del mandato es -- uno de los conceptos fundamentales del Derecho, pasaría tal vez a ser indefinible en el sentido de que no pueda reducirse a otros conceptos más generales que lo comprendan, ya que esta institución significa, tal y como su nombre lo indica de - mandar, pero nos preguntaríamos : ¿ Qué es el poder y la representación ? Nuestra respuesta para ello la consultaríamos con Zamora y Valencia, quien nos dice : (28)

" La distinción salta a la vista, si se toman los conceptos de una y otra, y sus características, el mandato es un -- contrato, la representación no, el mandato nace por el acuerdo de voluntades y la representación se origina directamente por la ley o de un procedimiento fundado en una norma de Derecho; el mandatario sólo puede realizar actos jurídicos, en cambio el representante legal o voluntario puede realizar actos jurídicos o materiales; y en cuanto al poder, es un acto unilate-

---

(28) Zamora y Valencia. Contratos. Editorial Porrúa. Primera Edición, México 1981, pág 185.

ral de voluntad por medio o por conducto del cual se confiere la representación voluntaria que sólo se confieren facultades para la realización a nombre del poderdante ".

1. 1. En cuanto a sus elementos de existencia :

Sabemos que los elementos esenciales son aquellos que -- dan nacimiento al contrato y se puede puntualizar que los elementos de existencia de toda relación contractual son generalmente el consentimiento y el objeto.

El contrato de mandato en estudio, como relación contractual sinalagmática perfecta, acepta en su estructura lo si--- guiente :

CONSENTIMIENTO. - En primer lugar figura el consentimiento de las partes contratantes, las que constituyen el elemento personal del contrato y las cuales son el mandante y el -- mandatario.

MANDANTE. - Elemento personal que da el negocio, asunto o relación por medio de la cual el mandatario se obliga a ha- cer algo por cuenta del mandante.

MANDATARIO. - Es la persona que se obliga a ejecutar al- gún negocio por cuenta del mandato.

Simplificando, y a manera de no desarrollar este punto - como se lo merece, se determina que el consentimiento se pre- senta cuando una parte encomienda la ejecución de actos jurí- dicos y la otra está conforme con ejecutarlos.

En el contrato de mandato nos encontramos con una regularidad, es el único en que el silencio produce efectos jurídi- cos. Dicha situación está prevista expresamente en el segun- do párrafo del artículo 2401 del Código Civil del Estado Li--

bre y Soberano de México, que a la letra dice :

" 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 rehusen dentro de los tres días siguientes".

(29)

OBJETO. - Como objeto de los contratos señala el Código Civil actual que el obligado debe dar, y el hecho que debe hacer o no hacer.

Pueden ser objeto de un contrato los actos jurídicos presentes y futuros.

La cosa objeto del contrato debe reunir las siguientes características : Que exista en la naturaleza, que sea determinado o determinable en cuanto a su especie, que esté en el comercio, que indiferentemente de su carácter positivo o negativo, sea posible y lícito.

Es decir, dentro de este contrato, al objeto lo constituyen los actos jurídicos. Dichos actos deben ser posibles, lícitos y que no requieran en este caso la intervención personal del interesado.

Con la unión de estos requisitos, el contrato nace, se perfecciona cuando quedan integradas sus partes constitutivas, siendo los elementos consentimiento y objeto.

A continuación creo oportuno citar algunas tesis de varios autores, englobándolas a los demás contratos en cuestión.

---

(29) Codificación. Artículo 2401 del Código Civil del Estado de México Ob. Cit. pág. 450

Carnelutti habla de " Requisitos y los clasifica en estáticos entre los que comprende la capacidad de las partes, la idoneidad del objeto y la legitimación, y en dinámicos, - asimismo estos los subdivide nuevamente en internos o elementos y en externos o circunstancias ". (30)

Betti. - " Distingue entre los elementos constitutivos que residen dentro y presupuestos necesarios que se dan o -- hay fuera de la estructura del contrato y añade que para que al negocio pueda atribuirse efectos jurídicos congruentes a su típica función social, y por lo tanto con el propósito -- práctico normal de las partes, debe lógicamente existir una correlación entre tales efectos y algunas circunstancias intrínsecas al negocio, las que para diferenciarlas de los elementos constitutivos de él, hemos denominado presupuestos de validez ". (31)

El contrato de mandato es un contrato de tipo autónomo de existencia propia, esto es, abarca la totalidad de los elementos necesarios para su validez con normas jurídicas propias e independientes, todo esto aceptando la clasificación de los contratos admitidos por el Derecho Mexicano.

1. 2. En cuanto a sus elementos de validez.

Los elementos de validez, al igual que los de existencia, constituyen gran importancia para los contratos, porque de éstos depende que surta sus efectos legales. Algunos tratadistas manifiestan que dichos elementos son una parte vital del

---

(30) Fuente. Transcrito de apuntes de Derecho Civil - Contratos Civiles.

(31) Fuente. Transcrito de apuntes de Derecho Civil - Contratos Civiles.

contrato, ya que tienen una función integrada a la vida del mismo.

El mandato presenta lo siguiente :

LA CAPACIDAD. - En primer término tenemos la capacidad de las partes, la cual es una aptitud para soportar o adquirir derechos y obligaciones, y con esto recibe el nombre de capacidad jurídica.

En el contrato de mandato la capacidad debe presentarse en toda su extensión, es decir, para contratar y para ejecutar no basta la capacidad general, bastaría en caso de un mandato representativo, pero tratándose de un menor emancipado, el cual sí puede contratar, no podría ejecutar porque le faltaría autorización judicial.

En el mandato judicial, por tratarse de personas que requieren de un título legal, no se podría decir que es una incapacidad sino que sólo serían restricciones como acertadamente lo expresa el Código.

En cuanto a la capacidad de los consortes, éstos requieren autorización judicial para contratar entre ellos, excepto cuando el contrato sea el mandato por pleitos y cobranzas o para actos de administración, por lo tanto se necesita de la autorización judicial para que los cónyuges celebren entre sí un mandato para actos de dominio.

FORMA. - En cuanto a su forma, el Código actual la especifica detalladamente, el contrato de mandato va a constar en escritura pública o en carta poder firmada por dos testigos, y ratificadas las firmas del otorgante y testigos ante notario, ante jueces o autoridades administrativas correspondientes :

1 - Cuando sea general.

2 - Cuando el interés del negocio para que se confiere - llegue a cinco mil pesos o exceda de esa cantidad.

3 - Cuando en virtud de él haya de ejecutar el mandata-- rio, a nombre del mandante, algún acto que conforme a la Ley debe constar en instrumento público.

Ahora bien, se otorgará escrito privado firmado ante dos testigos, sin que sea necesaria la previa ratificación de fir mas, cuando el interés del negocio para que se confiere exceda de doscientos pesos y no llegue a cinco mil.

Cuando el mandato no exceda de doscientos pesos, sería - un contrato consensual en oposición a formal.

La forma del mandato judicial - contiene las reglas apli cables al mandato en general.

La validez jurídica del contrato de mandato depende de - su forma, en caso contrario afectaría al contrato de nulidad relativa, la cual puede ser invocada por cualquiera, incluso por terceras personas si procedieron de buena fe, puesto que les afecta la inobservancia, sin embargo hay una excepción a la regla contenida en el artículo 2412 del Código sustantivo de la materia : " Si el mandante, el mandatario y el que haya tratado con éste proceden de mala fe, ninguno de ellos tendrá derecho de hacer valer la falta de forma del mandato ". Y volviendo a la inobservancia de la forma, la omisión de los requisitos previstos con anterioridad anula al mandato.

1. 3. De acuerdo a su finalidad jurídica.

Los contratos que desempeñan una función jurídica, son a aquellos que desempeñan una función consistente en la prepara-

ción de un contrato o en la comprobación de un derecho o en la representación y ejecución de actos jurídicos, por lo que esta última característica es la que nos interesaría, ya que está ligada al contrato de mandato.

En el contrato de mandato es importante hablar de su función jurídica, ya que genera exclusivamente la ejecución de actos jurídicos, es decir, su naturaleza jurídica sólo puede tener por objeto la consecución de fines útiles para el otorgante.

La representación eminentemente es el papel primordial del mandato, y que en ella descansa la función jurídica del contrato, ya que al ser otorgado el mandato se dirá normalmente: Tendrás tal nombramiento, harás tal labor o función, percibirás tales emolumentos, es decir, se confiere al representante un acto de voluntad del representado.

El contrato en cuestión debe estudiarse en su aspecto sustantivo o funcional, es decir, contenido y finalidad; y en su aspecto estructural porque vemos desde un primer punto de vista que se manifiesta como entidad instrumental que sirve a todo mundo; y desde un segundo punto de vista, como entidad más estrictamente técnica jurídica, por la forma que debe revestir, por lo que se le considera como un instrumento práctico que realiza las más variadas finalidades de la vida jurídica, por lo tanto llega a ser, tal vez, una institución jurídica de la cual se sirve uno continuamente, sin preocuparse por conocer su verdadera esencia y la disciplina que guarda en el ordenamiento jurídico.

Por último diremos que la función jurídica basta para de

mostrar la veracidad y riqueza de las funciones prácticas que puede ejercitar este contrato.

## 2 . DE LA FIANZA.

A fin de contar con un antecedente de la fianza, fundamentalmente lo vemos en el Derecho Romano en la época republicana clásica, encontrando la intercessio en sus tres formas - de SPONSIO, FIDEIPROMISSIO y FIDEIUSSIO, quedando de ellas, - en tiempo de Justiniano, la última, la más perfecta, duradera, con desaparición, por desuso, de las otras dos.

En las épocas primitivas de Roma, la fianza, considerada en sí misma, respondía a la desconfianza en el deudor y a --- cierta confianza de éste en el acreedor, es decir, para que - el deudor lograra un préstamo o cantidad que en su haber debía devolver.

La fianza podía ser para obligaciones civiles o para las meramente naturales, el fiador no se obligaba a sí mismo, sino que obligaba ya a sus herederos, procediendo tal obligación, aún cuando había varios fiadores, en donde cada uno se consideraba obligado por el todo, como regla general, por lo cual se aprecia que la fianza ha sido siempre considerada como un contrato de garantía, en virtud de que una persona se - obliga a resarcir al acreedor los perjuicios que sufra a consecuencia del incumplimiento del deudor; para tal fin tiende a asegurar el cumplimiento de alguna o algunas obligaciones - principales.

De lo anterior, sin duda, la fianza es uno de los tipos de garantía cuyas características son propias e inconfundibles, como por ejemplo la obligación accesoria que asume el -

fiador frente al acreedor para el cumplimiento, que no es propia del fiador sino del deudor principal.

En nuestro Código Civil actual se define a la fianza : -  
" Como un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace " .

El profesor Rafael Rojina Villegas, precisa con toda certeza que la definición anterior no cubre lo fundamental de la fianza, lo cual sería su accesoriidad, por las relaciones jurídicas que la misma fianza engendra, por lo que dicho autor la define de la siguiente manera :

" La fianza es un contrato accesorio por el cual una persona se compromete con el acreedor, a pagar por el deudor la misma prestación, o una equivalente o inferior, en igual o -- distinta especie, si éste no lo hace " . (32)

Acertadamente se agrega a la definición anterior el monto de lo que el fiador estará obligado a pagar en caso de no hacerlo, o por incumplimiento del deudor, es decir, el fiador se obliga, ya sea a menos, pero nunca a más de la obligación principal.

Sin embargo, su carácter accesorio, que no trata el Código Civil, es muy importante porque derivará consecuencias jurídicas tal cuales se explicarán y detallarán más adelante, - pero diremos que toda clase de obligaciones lícitas y por consiguiente válidas, pueden estar sujetas a ser garantizadas a través de la fianza, con su carácter de accesoriidad.

---

(32) Rafael Rojina Villegas. op. cit., pág. 328

El contrato de fianza es un acto jurídico, precisamente de naturaleza civil, caracterizado por el conjunto de circunstancias y regularidades que lo hace ser ajeno a cualquier otra finalidad de estipulación mercantil, ya que dentro de este contrato se protege el patrimonio del acreedor en la relación jurídica principal y se facilita el otorgamiento de créditos que generalmente no tienen como finalidad el lucro, por medio de este contrato se manifiesta comúnmente la seguridad de los créditos particulares.

En resumen, si la definición legal da una idea del contenido del contrato, es necesario hacer mención de sus características jurídicas, así hay que expresar que se trata de un contrato accesorio, que va a servir de garantía, y en virtud de este contrato, el fiador se obliga a pagar por el deudor, si éste no cumple.

#### 2. 1. En cuanto a los elementos de existencia.

Como ya ha quedado puntualizado, el eje central de todo contrato son sus elementos de existencia, ya que independientemente de que sean los más importantes para constituirse, son los que le dan vida. Ahora bien, los elementos del contrato a estudio, al igual que del anterior, son los mismos, pero claro, con diferencias muy radicales por tratarse de cuestiones totalmente diversas y diferentes.

Así tenemos que en el contrato de fianza los elementos esenciales son : el consentimiento, el objeto y por último la existencia de la obligación principal.

CONSENTIMIENTO. - Que lo podríamos definir en este contrato, como el acuerdo de voluntades en virtud de las cuales

se forma entre acreedor y fiador, para el cumplimiento de una obligación principal, cuando el deudor anterior no cumple. - Notamos que la fianza no hace que desaparezca la obligación primaria de cumplir a cargo del deudor principal, por tal razón se sostiene, e incluso el mismo Código Civil manifiesta, que no es necesario el consentimiento del deudor principal, - esto es, que la fianza puede otorgarse aún en contra de su voluntad. Sin embargo, el consentimiento del fiador necesariamente debe ser expreso y no tácito, es decir, cuando existan signos exteriores como son constar por escrito, lo cual permita conocer la intención y no cuando sólo hay signos que permitan suponerla, la estipulación debe ser expresa.

El contrato de fianza nace en virtud de quedar integrado el consentimiento de los contratantes.

Ahora bien, en cuanto al consentimiento tratándose en -- los casos de fianza judicial o de la fianza otorgada en póliza por una institución autorizada, por la regla de nuestro Código sustantivo, esos actos sólo tendrán el carácter unilateral, no presentando la bilateralidad de los contratantes en -- cuanto a su voluntad, ya que en éstos no es requisito indis-- pensable la voluntad entre acreedor y fiador, es decir, el -- consentimiento no se presenta, más aún que en dichos actos no se exige la presencia material o la intervención del acreedor.

Tratándose de fianza judicial, como su mismo nombre lo indica, serían aquellas que el consentimiento lo suple el tribunal o juzgado al determinar la cuantía de la fianza y, claro, prevalecería el consentimiento del fiador en aceptar dichos - requisitos legales, otorgándose ya el acta judicial de la ---

fianza, además aún en contra de la voluntad del acreedor, del cual en estos términos no es necesaria su intervención legal o jurídica, aunque sólo prevalezca el consentimiento del fiador. Dicha fianza se caracteriza como acto jurídico unilateral, pues sólo basta la manifestación de éste ante el tribunal para que se generen las obligaciones de garantía que guarda.

De lo anterior se desprende que para formar el consentimiento, sólo es necesario que el fiador se someta a tal acto, siendo válida y eficaz la fianza, aún en el supuesto que el acreedor la rechazara y tratara de exigir otra garantía.

OBJETO. - En cuanto al objeto de la fianza, mismo que se presenta en todos los contratos, pero con modalidades diferentes, se presenta en la fianza de dos maneras, que son las siguientes :

OBJETO DIRECTO. - El cual consiste en crear la obligación subsidiaria del fiador de pagar por el deudor si éste no lo hace.

OBJETO INDIRECTO. - El cual consiste en el hecho o cosa que debe entregar o cumplir el fiador, iguales o distintos a los del deudor.

Como comentario diremos que al hablar del objeto directo no lo debemos confundir con la obligación subsidiaria que asume el fiador, con los beneficios de orden y ejecución, es decir, la obligación del fiador siempre será condicionada aún cuando se renuncia a los beneficios anteriores, siempre será condicionada su obligación, sujetándose al caso de que el deudor no cumpla; sólo bastaría el vencimiento de la deuda prin-

principal o que ésta sea exigible conforme a derecho, de tal manera que el acreedor, aún cuando el fiador haya renunciado al beneficio de orden, debe ya sea interpelar al deudor y en caso de incumplimiento podrá demandar al fiador.

Como se ha explicado anteriormente, el objeto indirecto sería la prestación que deberá pagar el fiador, que podrá -- ser de dos tipos, ya sea de dar o de hacer.

En nuestro Derecho positivo existen los siguientes tipos de obligaciones : De dar, entre las cuales se encuentran las que se refieren al pago de la cosa debida, en las cuales encuadran las obligaciones del fiador. También el fiador -- puede asumir una obligación de hacer, cuando el hecho puede ejecutarse por persona distinta, es decir, el fiador podrá -- realizarla en lugar del deudor. En cuanto a las obligaciones de no hacer, no se contemplan dentro de las funciones -- del fiador, porque tiende siempre éste a responder por el -- deudor de las prestaciones debidas y no de la omisión de las mismas.

#### EXISTENCIA DE LA OBLIGACION PRINCIPAL. -

Un tercer elemento en el contrato de fianza, es la exig -- tencia de una obligación principal, que se presenta por las funciones típicas que se derivan del contrato a estudio, sin embargo su principal fuente se desprende de la función garan -- tizadora que cubre este contrato, es decir, si la obligación principal no llega a existir o no tiene la validez deseada, el contrato de fianza que es accesorio tampoco puede tener -- vida jurídica, por lo cual, y en consecuencia, será inexis-- -- tente si lo es también la obligación principal, ya que la --

existencia misma de la fianza dependerá de la realización de esas obligaciones; de igual forma, cuando la obligación principal dependa de una condición suspensiva la fianza también quedará sujeta a tal modalidad.

2. 2. En cuanto a sus elementos de validez.

CAPACIDAD. - En cuanto a la capacidad, la única que se exige es la general para contratar. En la legislación anterior sólo era capaz el hombre, ya que la mujer era incapaz, a excepción de determinados casos. Actualmente la incapacidad sigue los pasos de la anterior, siendo sólo de la esposa, cuando pretenda ser fiadora de su marido y además requerirá de autorización judicial cuando la fianza trate de la enajenación de bienes inmuebles para hacer el pago.

El menor incapacitado no podrá otorgar fianza cuando se obligue a pagar por el deudor, mediante la transmisión del dominio de un inmueble.

Los padres en ejercicio de la patria potestad, los tutores, representantes de un ausente, síndicos, albaceas, no podrán dar fianza en nombre de sus representados.

Después de esta recopilación de datos, en cuanto a la capacidad jurídica, diremos que la autorización judicial para que la esposa sea fiadora, no se daría cuando resulten perjudicados los intereses de ella. Sin embargo, tratándose de otorgar fianza a fin de que su marido obtenga la libertad bajo caución, no será necesario, o bien no se necesita para ello autorización judicial.

La incapacidad del menor, diremos que siempre y cuando no se trate de enajenación, gravamen, o hipoteca de bienes -

raíces, tendrá para sí la libre administración de sus bienes, pero en caso contrario necesitará autorización.

Ahora bien, la capacidad jurídica que debe presentar el fiador en la constitución del contrato de fianza, debe presentar su solvencia llamada también capacidad económica, es decir, la ley exige al fiador una determinada solvencia que no es otra cosa que tener bienes suficientes para responder de la obligación primaria.

Ausencia de vicios. -

Todo contrato, para su validez requiere estar exento de los vicios como lo son la lesión, dolo, violencia y el error. Cuando se presentan, quien puede tener la acción sería en este caso el fiador y atacar dicho contrato mediante la acción o excepción de nulidad relativa.

Con respecto a la lesión, ésta se presenta cuando ; el deudor primitivo o principal fuese explotado por el acreedor, aprovechándose para obtener un lucro indebido. El fiador no podrá invocar la nulidad por causa de lesión, ya que es obvio que si se afecta la obligación principal, pasa dicha afectabilidad a la obligación accesoria; ahora bien, el fiador no ha sido la víctima, en todo caso, lo único que puede hacer el fiador es evitar el pago de la siguiente manera : Llamar a juicio al deudor para que oponga en este caso la excepción personal, que no puede ser invocada directamente por el fiador, de acuerdo a lo establecido por el Código que expresa " Que la nulidad por causa de error, dolo, violencia o incapacidad, sólo puede invocarse por el que ha sufrido esos vicios del consentimiento " .

En cuanto a los demás vicios en la voluntad, omitimos su explicación, toda vez que no es necesario para el objetivo -- que tratamos de determinar en este estudio.

ILICITUD EN EL OBJETO, MOTIVO O FIN DEL CONTRATO. \_

La accesoriedad del contrato, trae aparejada casi toda - su función, ya que como por ejemplo, cuando el contrato principal es ilícito en su objeto, motivo o fin, también lo es -- la fianza y por lo tanto la garantía que cubre o respalda la fianza será nula, de tal suerte que el principio que dice que pueden garantizarse todas las obligaciones lícitas, recae en obligaciones que no contraríen esta norma como lo son los juegos prohibidos, ventas prohibidas, por citar algunas. Estas - obligaciones son ilícitas.

Ahora bien, puede la obligación principal tener el carácter de lícita y la fianza puede engendrarse con carácter ilícito, cuando el fiador se obligue al cumplimiento de la obligación a pasar una prestación que aunque reúna el requisito - de ser de menor valor que la principal, su objeto, motivo o - fin sean ilícitos. En este caso sería cuando el fiador se o - bligara a transmitir el dominio de una cosa cuya enajenación esté prohibida. (33)

Muchos autores manifiestan que cabrían dentro de los re - quisitos de validez, los siguientes para que la fianza sea vá lida : Que la fianza no puede exceder, ni en valor, ni en --- cuantía, de la obligación principal, ya que si se presenta, -

---

(33) Rafael de Pina. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Vol. IV, pág. 247

por regla general se reduciría a los límites de ésta. También en caso de obligaciones de cuantía indirecta, eventual o indeterminada, la fianza debe otorgarse por una suma limitada. De lo anterior se desprende que nuestra Legislación admite la constitución de la fianza en garantía de deudas - ilíquidas, pero se sobreentiende que ésta no podrá exceder del valor que en definitiva se liquide con respecto a la deuda.

2. 3. De acuerdo a su finalidad económica.

El contrato de fianza presenta una función económica - en cuanto a su garantía, por virtud de la cual el fiador se obliga a resarcir al acreedor cuando sufra éste a consecuencia del incumplimiento del deudor.

Entiéndase que al hablar de su función económica no se vea como un lucro, ya que su naturaleza jurídica queda clara y legalmente determinante en el Código Civil que manifiesta la idea de la fianza civil, cuando dice : " Quedan sujetas a las disposiciones de este título, las fianzas otorgadas por individuos o compañías accidentalmente en favor de determinadas personas, siempre que no las extiendan en forma de póliza, que no las anuncien públicamente por la persona o por cualquier otro medio y que no empleen agentes que las ofrezcan ". En donde se plasma la principal característica que consiste en la espontaneidad del fiador a garantizar el pago.

Podemos argumentar, a manera de análisis, si nos avocamos a la definición del maestro Rafael Rojina Villegas (34),

---

(34) Rojina Villegas, op. cit. pág. 329

que dicha garantía no sólo puede ser de tipo pecuniario, sino que cabe la posibilidad de que se garantice con fianza obligaciones de hacer y no hacer, sin embargo, hoy en día normalmente, como ya se practicó, se garantizan a través de una razón económica.

La fianza, por ser un contrato de garantía, previene en favor del acreedor el riesgo que puede ocurrir como consecuencia de la insolvencia total o parcial del deudor, es decir, - son aquellos contratos que tienden a asegurar el incumplimiento de una o varias obligaciones principales.

La finalidad concreta para delimitar con mayor precisión la función económica de la fianza, sería en conclusión la facultad o disponibilidad garantizadora para el cumplimiento de una obligación que no es propia del fiador, pero que éste asume frente a un acreedor a fin de asegurar la obligación principal. En principio pudiera pensarse que solamente es posible afianzar deudas de carácter pecuniario, en cuanto sólo se tratase de un pago que ha de realizarse en dinero; de esta idea parte indudablemente el Código Civil que inspira toda su regulación de la fianza, partiendo de la base de que lo que - el acreedor puede exigir del fiador en todo caso, es el pago de una deuda pecuniaria, pero lo que en realidad garantiza el fiador no es tanto la deuda sino parte de la responsabilidad del deudor principal.

Se dice que este contrato como fenómeno práctico contiene un hecho económico.

Como ya lo habíamos comentado, dentro de los grupos o categorías de los contratos que tienen una función económica, -

se encuentran los contratos constitutivos de derechos reales de goce y los de garantía real o personal en donde pertenece la fianza.

La variedad del contenido económico del contrato hace de él un instrumento flexible para la vida económica, pero es obvio que al variar el contenido económico, varía también la disciplina jurídica particular del contrato, porque las reglas jurídicas están inspiradas precisamente en la peculiaridad y función económica de cada contrato.

### 3. DE LA OBRA A PRECIO ALZADO.

Consideramos conveniente, antes de precisar el concepto del presente contrato, analizar lo que nuestra legislación civil define por actos jurídicos y posteriormente lo que es un convenio y un contrato, aún cuando sea tardíamente, por no haberlo expresado al inicio, todo ello con el objeto de describir y proporcionar un concepto más adecuado y generalizado, así tenemos : Que actos jurídicos son las modificaciones del mundo exterior, que tienen consecuencias de derecho, pero que éstas se siguen por la voluntad de las partes, a la vez se dividen en actos jurídicos unilaterales y bilaterales, sin embargo hay autores que no aceptan los actos unilaterales porque se dice que están sujetos a que otra voluntad los perfeccione y ponen como típico ejemplo un testamento, en donde existe una sola voluntad, pero ésta se ha de perfeccionar una vez que el heredero acepte o sea que en realidad esa voluntad del testador es una antesala del acto jurídico bilateral que al momento de perfeccionarse se configura. Sin embargo nuestra legislación civil lo acepta, reconociendo esta

clase de actos.

Ahora bien, se entiende por actos jurídicos bilaterales, la manifestación de dos o más voluntades dispuestas a contratar, dividiéndose en convenios y contratos; por convenio se entiende el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones, y por contrato se dice que en los convenios que producen o transfieren obligaciones y derechos, toman el nombre de contratos, lo cual constituye la especie de los actos jurídicos, que son originados -- por la voluntad del hombre.

Con los elementos señalados con antelación podemos entrar en materia. El Código Civil actual no define el contrato de obra a precio alzado, ya que sólo describe las obligaciones contractuales que nacen de éste, en vista de que el artículo 2469 del Código Civil del Estado Libre y Soberano de México señala en forma expresa : " El contrato de obra a precio alzado, cuando el empresario dirige la obra y pone los materiales, se sujetará a las reglas siguientes " .

En virtud de que nuestra legislación sólo regula este contrato, a continuación expreso el siguiente concepto que -- por reunir los elementos de validez y de forma, puede ser el más adecuado :

" Es un contrato por medio del cual una de las partes, -- llamada empresario, se obliga a realizar una obra mueble o inmueble, suministrando los materiales necesarios y tomando a -- su cargo el riesgo de la ejecución a cambio de una remuneración que se obliga a pagarle el dueño de la obra ". (35)

(35) Leopoldo Aguilar Carbajal. Contratos Civiles. Editorial Porrúa. Sexta Edición, 1981, pág. 205

Es importante señalar que la naturaleza jurídica de la definición anterior, la cual por las diversas variantes que presenta, no se rige por la Ley Federal del Trabajo, sino -- por la legislación civil, y los diferentes criterios de distinción nos llevarían tal vez a la confusión; sin embargo, - como ya vimos al ocuparnos de los antecedentes romanistas, - sin lugar a dudas creemos que supo eficazmente como establecer la diferencia y nos dice que cuando el trabajador presta sus servicios subordinados, nos encontraríamos ante el contrato de trabajo a jornal y cuando el trabajador se presta libremente , el contrato es de obra.

3. 1. De acuerdo a sus elementos de existencia y validez.

Según nuestra legislación, los requisitos de existencia que conforman a este contrato, son los siguientes : Ratificando el estudio de los anteriores contratos, vemos que para que exista el acto jurídico bilateral en el contrato a precio alzado, también es menester que deban concurrir dos voluntades dispuestas, ya que de no ser así no surgiría el derecho y por lo tanto se configuraría la inexistencia. Dicha voluntad debe manifestarse libremente , es decir el consentimiento debe ser absolutamente autónomo en la celebración del acto jurídico bilateral.

El consentimiento se presenta cuando el empresario está conforme en prestar su trabajo y suministrar los materiales para la consecución de la obra, además de tomar la dirección por su cuenta y riesgos a su cargo, ya que en caso contrario estaríamos frente a un contrato de trabajo. Ahora bien, este contrato requiere también que el dueño esté conforme al -

igual, pero de pagar una remuneración al empresario.

En lo tocante al objeto, éste deberá guardar características indispensables para su existencia, como estar en la naturaleza, ser determinada o indeterminada; resumiendo : La importancia del objeto la constituyen tanto la obra construída como la ejecutada y la remuneración o precio que el dueño de la obra se obliga a pagar, aunque también pueda consistir en una prestación de cualquier clase, pero normalmente debe consistir en dinero.

EN CUANTO A LOS ELEMENTOS DE VALIDEZ. -

CAPACIDAD. - En este contrato encontramos que ambas partes deben tener capacidad, y la exigida para el otorgamiento del contrato es la general, la cual implica que las partes que otorgan el acto serán aptas para ser sujetos de las obligaciones y derechos de éste contrato.

FORMA. - El legislador distingue que cuando la ejecución de la obra inmueble exceda o sea de más de cien pesos, ésta se otorgará por escrito, anotándose en él toda la descripción de la obra y si es necesario adjuntarse al mismo contrato un plano, diseño o presupuesto de la obra. Ahora bien, en caso de que no se hayan adjuntado los planos, diseños o presupuestos, las partes se sujetarán primero a la naturaleza de la obra, segundo al precio de ella y por último a la costumbre del lugar. En esta disposición encontramos que el legislador ordena que se aplique la costumbre, pues en nuestra legislación civil la costumbre sólo se aplica cuando el legislador remite expresamente a ella, es lo que se conoce en la doctrina como costumbre fuera de ley.

En cuanto a la forma, tratándose de la ejecución de la obra mueble o de la ejecución de obra inmueble, cuyo valor sea inferior a cien pesos, a este respecto el legislador no señala la forma de proceder.

C A P I T U L O    I I I

CARACTERISTICAS Y CLASES DE LOS CONTRATOS  
DE MANDATO, FIANZA Y OBRA PRECIO ALZADO.

1. DEL MANDATO :

El contrato de mandato, como ya citamos, es un contrato de tipo autónomo, de existencia propia, esto es, abarca la totalidad de los elementos necesarios para su validez con normas jurídicas propias e independientes. Todo esto aceptando la clasificación de los contratos admitidos por el derecho mexicano, por lo que se dice de él que es un contrato :

PRINCIPAL. - Porque tiene autonomía jurídica propia, no depende de ningún otro contrato para su existencia, para su formación y validez, no depende en absoluto de ninguna otra figura contractual.

No pretendemos aseverar que el contrato de mandato no pueda tener el carácter de accesorio, ya que por excepción en rarísimas ocasiones si pueda serlo, y se presenta cuando el mandato tiene alguna relación con la obligación anterior y se concede con objeto de dar cumplimiento a ésta, por ejemplo : si el mandante es deudor del mandatario y confiere poder al mandatario para que le cobre a su deudor con objeto de que se pague con su producto lo que él le debe. En este caso el contrato desempeña una función de garantía o de medio para cumplir una obligación pre - existente constituida a cargo del mandante. En otro orden de ideas y para ilustrar el ejemplo anterior, lo daré en forma de silogismo y así tenemos que A le debe a B la cantidad de mil pesos, pero C es deudor de A a

su vez de la misma suma. Los dos primeros celebran contrato de mandato, para que B le cobre a C la cantidad antes citada, con lo que quedaría saldada la obligación contraída.

En caso de que la obligación con que se pretende garantizar la contraída, exceda a ésta, el mandato ya no sería accesorio y se consideraría principal. El caso de esta situación es de que se celebró contrato con el fin de garantizar el cumplimiento de una obligación contraída con anterioridad. Por lo tanto, una característica más del contrato de mandato sería ser accesorio por excepción y principal generalmente.

BILATERAL. - Siendo el mandato un contrato bilateral, se originan derechos y obligaciones a cargo de las partes contratantes, una vez establecido el vínculo jurídico entre mandante y mandatario, es decir, lo que es obligación para uno, se convierte en derecho para otro, por lo que citamos a continuación las más importantes obligaciones del mandatario : ejecutar personalmente los actos jurídicos que se le hubieren encomendado, excepto que esté facultado para delegar o constituir el poder, informar sin demora al mandante de la ejecución del mandato, dar oportunamente noticias de todos los hechos o circunstancias que puedan determinarlo o revocar el encargo, render cuentas, entregar al mandante todo lo que hubiere recibido con motivo del mandato y por último pagar intereses de las sumas que pertenezcan al mandante. En consecuencia, las obligaciones del mandante serán : Anticipar al mandatario los fondos necesarios del mandato; reembolsar al mandatario las cantidades que éste hubiere anticipado, indemnizar al mandatario de los daños y perjuicios causados por la ejecución del mandato.

to y remunerar al mandatario, salvo pacto en contrario.

Nótese que se habla del mandato en general, por lo que las obligaciones difieren al hablar del mandato judicial, el cual se estudiará más adelante en clases de mandato.

Ahora bien, como se desprende de la caracterización anterior, el contrato de mandato excepcionalmente puede ser -- unilateral, pues puede darse el caso de que el mandatario actue gratuitamente siendo así que no habrá remuneración por parte del mandante, no existiendo la obligación de pagar, pero cabe hacer la observación que sí persistirá la obligación del mandante de respetar lo pactado.

**ONEROSO Y GRATUITO.** - Se dice que el contrato de mandato es por naturaleza oneroso, pudiendo ser gratuito; oneroso por el hecho de que habrá gravámenes y provechos de las partes contratantes en el mismo momento de haberse dado el carácter de mandato retribuido, es decir, para el mandante será un gravamen desembolsar el monto de las cantidades convenidas, el darle los adelantos o anticipos necesarios también estipulados y obtendrá un provecho de la representación del mandato, al mismo tiempo el mandatario se obliga a ejecutar los actos jurídicos objeto del mandato.

Quiero señalar, asimismo, que los contratos gratuitos se celebran por lo general en razón de las personas o un fin social, mientras que los onerosos, siendo más comerciales, se constituyen en su mayoría tomando en cuenta la capacidad de los contratantes y la forma que debe revestir.

Precisando podemos manifestar que por regla general son onerosos, y por excepción son gratuitos cuando así se hubie-

se estipulado o convenido expresamente y en donde se engendrarán provechos sólo a una de las partes y gravámenes para la otra.

CONMUTATIVO. - Será conmutativo cuando los provechos y gravámenes sean ciertos desde la celebración del contrato, - es decir, la cuantía de las prestaciones puede determinarse, pues lo conmutativo encierra la posibilidad de determinar de manera aproximada el monto de los provechos y de las pérdidas sin que dependa de un acontecimiento incierto como sucede en los aleatorios.

Hemos dicho entonces que el mandato es conmutativo sin que por ello sepa el mandante a cuánto ascenderán las pérdidas o las ganancias, es un contrato con ese carácter, desde el momento en que el mandante sabe cuánto tiene que pagar -- por concepto de la realización de los actos y el mandatario prestará sus servicios con base en lo anterior, es decir, el cobrará la índole de lo encomendado y el tiempo que llevaría concluirlo. Hasta aquí las prestaciones son ciertas, uno paga y el otro presta sus servicios; pero ni el mandante sabe si las erogaciones que haga le reportarán un beneficio cierto, ni el mandatario sabrá con exactitud si su obligación -- terminará tal y como el mandante quiso que fuera.

ALEATORIO . - Es otra clasificación probable, ya que se dice de los contratos, cuando las ventajas o pérdidas para - ambas partes o para uno de ellos dependa de un acontecimiento incierto, de tal manera que no pueda determinarse la cuantía de las prestaciones en forma exacta, sino hasta que se realice la condición o término. Creemos en todo caso, que la

suerte influye, y a pesar de las distintas y diferentes definiciones, no es posible que se pueda saber a ciencia cierta si habrá ganancias o pérdidas, como por ejemplo, no es posible calcular si el acto jurídico tendiente a ejecutar, erogarse gasto o no. El elemento aleatorio interviene irremediablemente, en consecuencia el contrato de mandato puede ser aleatorio ya que en ocasiones reúne características de serlo.

CONSENSUAL EN OPOSICION A FORMAL. - Este tipo de contratos se forman y perfeccionan por el sólo acuerdo de las partes, elemento que en forma distintiva también interviene en el contrato de mandato, ya que el Código actual menciona que cuando el negocio no exceda de doscientos pesos, éste podrá ser verbal, perfeccionándose por el mero consentimiento de los contratantes, sin necesidad de cubrir determinada forma establecida por la ley.

FORMAL. - Como ya se ha visto y estudiado, al hablar de formal, y como la misma palabra lo indica, es necesario que se requieran algunas modalidades para su validez, es decir, depende de determinada forma establecida por la ley. En este caso, cuando se confiere un mandato y vista la naturaleza del mismo para los actos que va encomendado, ya que debe constar en escritura pública o en carta poder firmada ante dos testigos y ratificadas las firmas del otorgante y testigos ante notario, jueces o autoridades administrativas correspondientes, en los siguientes casos : cuando el mandato es general; cuando el interés del negocio para el que se confiere llegue a cinco mil pesos o exceda de esa cantidad, o cuando, en virtud de él haya de ejecutar el mandato a nombre

del mandante, algún acto que conforme a la ley debe constar en instrumento público, también es formal porque debe otorgarse en escrito privado ante dos testigos, sin que sea necesaria la previa ratificación de las firmas, cuando el interés del negocio para que se confiere exceda de doscientos pesos y no llegue a cinco mil. En conclusión, la diferencia central entre lo que es un contrato consensual en oposición a formal y formal, es que mientras la base del primero sería verbal, la base del segundo sería siempre hecha constar por escrito.

TRACTO SUCESIVO. - Independientemente de las causas -- que pueden dar por terminado nuestro contrato, no siendo -- desde luego la condición natural del encargo en un solo acto, el contrato de mandato es de tracto sucesivo o de ejecución continuada o periódica, aunque puede ser de duración -- indeterminada.

Se nos antoja un tanto difícil que la actuación del -- mandatario pueda finiquitar con la ejecución de un solo acto para lo cual se cumple de modo paulatino y continuo.

INTUITU PERSONAE. - Las obligaciones del mandante tienen que ser ejecutadas personalmente por el mandatario. El mandatario debe obrar personalmente salvo que esté autorizado por el mandante para delegar en el mandato, sin embargo se elige porque se toman las cualidades de la persona ( Mandatario ), para la celebración del contrato.

- CLASES DE MANDATOS -

MANDATO REPRESENTATIVO :

El mandato es representativo cuando el mandatario eje-

cuta los actos en nombre y por cuenta del mandante, es decir, a efecto de entender con claridad el anterior concepto, este tipo de mandato se da cuando el mandatario, al momento de ejecutar los o el acto jurídico que se le encomienda, debe demostrar su calidad de mandatario ante quien corresponda, de tal manera los sujetos de la relación son el mandante y los terceros, el mandatario en este caso su esfera jurídica queda intacta, ya que no queda obligado ni en lo personal, ni en lo económico y por ende no responde de las consecuencias que acarree el o los actos que celebra.

**MANDATO NO REPRESENTATIVO :**

Es cuando el mandatario ejecuta actos sólo por cuenta pero no en nombre del mandato: es decir, el mandatario puede en este caso contratar con terceros en su propio nombre, sin darles a conocer su calidad de mandatario y por lo tanto queda sujeto a la relación jurídica establecida, el mandatario ejecutará o actuará sin mencionar el nombre de su mandante. Lo trascendental en este tipo de mandato es que el mandatario actuará como si fuera el negocio suyo; por tal razón, a este tipo de mandato también se le conoce como mandato en nombre propio, en donde todos los efectos del contrato surten en el patrimonio del mandatario, aunque sea temporalmente, pues debe transmitir las consecuencias derivadas del contrato al patrimonio del mandante.

Ahora bien, para el ejercicio de acciones en contra de terceros, quien tendrá el derecho a ejercitarlas no será el mandante, sino que la reclamación la hará directamente el mandatario hacia los terceros contratantes.

MANDATO GENERAL. -

Este tipo de mandato lo encontramos establecido en el artículo 2407, en relación de los tres primeros párrafos del artículo 2408 del Código Civil, y se llama general porque se da respecto a varios asuntos, como por ejemplo : Se confiere poder para que una persona administre los bienes de otra, pero sin que pueda enajenarlos. También faculta para que los enajene e igualmente autoriza para que el mandante sea parte.

Por ello resulta que existen mandatos para pleitos y cobranzas, para administración y aquellos que se otorgan para ejecutar actos de dominio.

Por lo que, si una persona autoriza a otra para que cobre rentas de inmuebles de su propiedad, le confiere poder general para actos de administración. Puede ser también que le autorice para que enajene o venda varios inmuebles de su propiedad y el dinero obtenido por la venta lo invierta en diversas cosas, es decir, que disponga de los bienes como si fueran propios. En este caso se estaría otorgando un poder general para actos de dominio; ahora bien, puede autorizar a una persona en cuestiones de litigio en donde sea parte, es decir, que se encargue de todos sus asuntos judiciales, en este caso se otorgaría poder general para pleitos y cobranzas.

Los mandatos especiales se otorgan por su utilidad práctica en un sin fin de casos de determinado tipo.

MANDATO ESPECIAL. -

Se encuentra regulado en nuestro Código Civil en los artículos 2407 y último párrafo del artículo 2408, y es una de las formas que puede revestir según nuestro ordenamiento le-

gal en cita. Y lo debemos entender como aquél que suele darse para la realización exclusiva de un asunto o de una serie de asuntos claramente especificados; por ejemplo : Si una persona encarga a otra que sólo le conteste o plantee una demanda o le cobre una deuda a una determinada persona, le estará confiriendo un poder especial para pleitos y cobranzas; ahora bien, si sólo faculta a otra persona para vender una sola casa, le dará poder especial para actos de dominio y puede darse también que sólo autorice a otra persona para que cobre la renta de determinado departamento y por un tiempo determinado. En este caso se estará confiriendo poder especial para actos de administración.

En conclusión, como es simple de entender, los mandatos que se otorgan especiales, con la mera ejecución del acto para el que se confirieron se agotan o bien por la realización de la serie de actos concretamente específicos que se encargaron al mandatario, termina el mandato.

Para dar una mayor explicación a los dos anteriores tipos de mandatos, transcribiremos una nota del maestro Rafael Rojina :

" El Código considera que por su naturaleza son generales, el mandato judicial para pleitos y cobranzas, el que tiene por objeto ejecutar actos de dominio y el que se da para actos de administración, pero dentro de estas tres materias, si el mandante restringe las facultades del mandatario, al referir esas facultades a un negocio especial, el mandato será especial ". (36)

---

(36) Rojina Villegas, Tomo IV, op. cit., pág. 266

MANDATO VERBAL. -

Contenido en los artículos 2404 y 2406 en relación con la segunda parte del artículo 2410 del Código Civil, es aquél que es otorgado de palabra entre presentes y haya o no testigos. - Sin embargo, aunque hubiese sido verbal, deberá ratificarse -- por escrito antes de que concluya el negocio para el cual se -- confirió. Este tipo, aunque no de una manera específica, ya - lo habíamos estudiado al hablar de los elementos de validez del contrato de mandato, específicamente en su forma, por lo - cual se puede concluir que todo negocio que exceda de doscientos pesos será verbal.

MANDATO ESCRITO. -

Se encuentra establecido en los artículos 2404, 2405, --- 2409 y primera parte del artículo 2410 del Código Civil, su estudio, al igual que el anterior, se trató al examinar la forma como elemento de validez del contrato de mandato; y a efecto - de no ser repetitivo, considero que no es necesario puntuali--zarlo detalladamente, ya que sólo es menester mencionar que es contrario al mandato verbal en virtud de que cuando el negocio exceda de doscientos pesos se hará constar por escrito.

MANDATO CIVIL. -

Se podría definir como aquél cuyo contenido no constituya un acto de comercio.

MANDATO MERCANTIL. -

Cuando su contenido constituye un acto de comercio. Ahora bien, hay mandatos que se confieren para ejecutar actos comerciales a los que se les denomina comisión mercantil, en don de el comisionista en público actúa por cuenta de otro, pero -

no en su nombre.

El Código de Comercio, en su artículo 273 lo define de la siguiente manera : " El mandato aplicado a actos de comercio se reputa comisión mercantil. Es comitente el que confiere comisión mercantil y comisionista el que la desempeña".

(37)

En este tipo de mandato no se necesita una forma específica para su validez, sólo expresa el mismo Código en cita, que el comisionista, para desempeñar su función, puede aceptarlo, recibiéndole ya sea por escrito o verbalmente; sin embargo, cuando haya sido verbal sólo es necesario ratificarlo antes de que el negocio concluya.

MANDATO ONEROSO. -

Siendo el contrato de mandato oneroso por naturaleza, - fundamento interpretado al contrario sensu, quiero señalar y a manera de no desglosar a fondo dicho concepto, que este tipo, aunque de un modo diferente, ha quedado estudiado en las características del contrato de mandato. Pero entendemos -- por oneroso el contrato que impone provechos y gravámenes recíprocos, para lo cual es acertado decir que la mayoría de los contratos, por lo general, son onerosos, siendo gratuitos los que tienen ese carácter, idea que se ha expuesto con antelación.

El problema se presenta cuando no se convino ninguna retribución, pero tampoco se pactó que fuera gratuito. Nos --

---

(37) Código de Comercio. Cuadragésima segunda edición. Artículo 273.  
Editorial Porrúa, Méx. 1982, pág. 29

preguntaríamos ¿ qué retribución se le debe pagar al mandatario ? Consideramos que en este caso tendrá aplicación la costumbre, atendiendo a lo dispuesto por el Código, en donde se determina que el uso o la costumbre del país se tendrá en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos, en consecuencia no podemos decir que si no se fijó ninguna retribución el mandato será gratuito, ya que la misma legislación civil sustantiva, determina que para que tenga ese carácter es necesario que así se haya convenido expresamente.

MANDATO GRATUITO. -

Es aquél cuando así se haya convenido expresamente, de tal manera que dicha característica debe hacerse constar en forma expresa y no tácita para que surta efectos.

MANDATOS NO REVOCABLES. -

No es revocable el mandato cuando al otorgarlo el mandante así hubiere estipulado el contrato, ya sea como una condición en un contrato bilateral o como medio para cumplir una obligación contraída por el mismo, en este caso el mandante no puede revocar las facultades otorgadas, ni el mandatario puede renunciarse al ejercicio de esas facultades que le fueron conferidas.

MANDATO JUDICIAL. -

Es aquel en el cual se confieren facultades al mandatario para actuar en procedimientos judiciales, sin embargo, el artículo 26 del la Ley General de Profesiones establece que para actuar en asuntos judiciales o contenciosos administrativos se requiere título debidamente registrado de Licenciado en Derecho.

Hagamos a continuación un breve estudio a este tipo de mandato.

CONCEPTO. - Es el otorgado para la representación del mandante en juicio.

En cuanto a su forma el mandato judicial será otorgado en escritura pública o en escrito presentado y ratificado por el otorgante ante el juez de los autos.

Las personas que no pueden ser procuradores en juicio, las marca el Artículo 2439 del Código Civil.

Algunas de las obligaciones de procurador o mandatario serán : seguir el juicio en todas sus instancias, pagar los gastos que se causen, practicar cuanto sea necesario para la defensa de su poderdante, no aceptar el mandato de la parte contraria ( prevaricar ), guardar secreto profesional y por último no abandonar el encargo.

En cuanto a la terminación del mandato judicial, además de los casos señalados en el artículo 2449 del Código Civil, cesa por los señalados en el artículo 2446 del mismo ordenamiento, pero veamos que nuestra cuestión de estudio se enfoca a la fracción III del artículo 2449, en relación con el artículo 2456 del Código Civil, y no hay duda que los requisitos para ser procurador son muy personales, para anular los efectos del artículo 2456.

## 2 . DE LA FIANZA.

El contrato de fianza, como ya se ha multicitado, es un contrato accesorio, contando ésta como su principal característica, generalmente unilateral, gratuito, excepcionalmente a título oneroso, conmutativo, aleatorio y consensual :

PRINCIPIO DE LA ACCESORIEDAD. - Este principio ofrece muchas aplicaciones y consecuencias, el carácter accesorio de la fianza se ha considerado como su principal atributo, de donde se derivan una diversidad de funciones jurídicas :  
( Lo accesorio corre la suerte de lo principal ).

1º. La inexistencia de la obligación principal produce la inexistencia de la fianza.

2º. La nulidad absoluta de la obligación principal produce la nulidad absoluta de la fianza.

3º. La nulidad relativa o anulabilidad de la obligación, no impide que pueda garantizarse con fianza.

4º. La transmisión del crédito principal trae consigo la transmisión de los derechos accesorios y consiguientemente de la fianza.

5º. En la subrogación legal o convencional, también se transferirá la fianza, es decir se transferirán al acreedor subrogado los citados derechos accesorios.

6º. La novación extingue la fianza, a menos que el fiador preste su consentimiento para la reserva.

7º. La interrupción de la prescripción respecto del deudor principal, produce también la interrupción de la prescripción de la fianza.

8º. Los beneficios de orden y ejecución se fundan en la accesoriidad, es decir, el acreedor debe demandar primero al deudor y ejecutar en sus bienes, y sólo para el caso de que hubiese un saldo insoluto, entonces su acción la dirigirá en contra del fiador.

9º. La extinción de la obligación principal trae consigo

la extinción de la fianza.

Hablemos ahora, en forma no profunda, de las excepciones al principio de accesoriidad; la fianza queda sujeta a caducidad si la obligación principal no llega a nacer por incumplimiento de la condición suspensiva de la cual dependa: así tenemos : Si se trata de fianzas por tiempo determinado, caducan si el acreedor no requiere judicialmente al deudor por el cumplimiento de la obligación principal, dentro del mes siguiente a la expiración del plazo o cuando sin causa justificada deje de promover tres meses en el juicio entablado contra el deudor o bien cuando la fianza fuere por tiempo indeterminado, se faculta al fiador para interpelar al acreedor, cuando la deuda se haga exigible, a fin de que promueva judicialmente, exigiendo su cumplimiento dentro del plazo de un mes. Si el acreedor no lo hace, o si entablado el juicio dejare de promover por más de tres meses, el fiador quedará libre de sus obligaciones.

En consecuencia, la accesoriidad de la obligación fiadora queda reducida o supeditada a la obligación principal.

UNILATERALIDAD. - Esta es una característica del contrato de fianza, ya que indiscutiblemente sólo el fiador se obliga a pagar por el deudor si éste no lo hace. No tiene el carácter bilateral, aunque si bien es cierto reportan tanto acreedor como fiador para constituir fianza, el acreedor no reporta obligación alguna sino al contrario asegura su patrimonio. (38)

Algunos tratadistas manifiestan que por el asegura--

---

(38) Treviño García, Ricardo. Contratos Civiles y sus Generalidades. Tercera Edición. Editorial Font, Guadalajara, Jalisco 1970, pág. 340

miento de su patrimonio en ocasiones el acreedor se obliga a pagar una prestación al fiador, tomándolo como compensación por otorgar la garantía; sin embargo, en la práctica nunca se ha visto, y aún si hubiese pagado el acreedor, persiste el principio de unilateralidad.

De lo anterior puedo afirmar que la fianza es un contrato unilateral, porque en principio el único que queda obligado al tiempo de su celebración es el fiador. No hay que confundir el acto unilateral con el contrato unilateral, ya que en el primero sólo hay una voluntad y en el segundo hay acuerdo de voluntades. Al efecto, la característica de unilateralidad, tratándose de actos jurídicos, se refiere a la expresión de una sola voluntad y tratándose de contratos, se refiere a obligaciones de una sola de las partes, aunque concurren dos o más voluntades.

Sin embargo, tampoco debe confundirse el carácter de unilateralidad que presenta la fianza en cuanto a su naturaleza contractual, con la característica de ser un acto jurídico bilateral, pues para su perfeccionamiento se requiere la manifestación de voluntad del acreedor y del fiador, por lo que se constituye entre ellos el contrato.

Ahora, dentro de esta característica, si se examina la fianza judicial y la otorgada por compañías en forma de pólizas, se llega a la conclusión de que la voluntad del fiado no aparece, ni es necesaria, por lo que se dice que se otorga en forma de declaración unilateral de voluntad.

En consecuencia puedo afirmar que la fianza civil es un contrato sinalagmático imperfecto por ser un contrato unila-

teral, pero algunos tratadistas emplean esa denominación para los contratos que en el momento de su celebración sólo producen obligaciones a cargo de uno de los contratantes, aunque -- por hechos posteriores, durante la vigencia del contrato, pueden nacer obligaciones a cargo de la otra parte, hipótesis -- que puede presentarse en el contrato de fianza.

CARACTER GRATUITO. - Una característica más es el principio de gratuidad de la fianza, ya que al otorgarse o al constituirse el fiador no impone al deudor principal un gasto o -- que éste deba pagarle alguna cosa por aceptar la garantía. El fiador queda sujeto a un gravamen y el acreedor a un beneficio. El fiador otorga la fianza sin que por ello reciba alguna cosa.

Debo hacer notar que la constitución gratuita de la fianza no representa una donación, porque el acreedor recibe por el cumplimiento de la fianza sólo lo que se le debe.

Excepcionalmente puede ser onerosa, y por ende bilateral, cuando ya sea por gratificaciones o primas de diversa índole que se den a favor del fiador, concedidas por el deudor o acreedor, pero dentro del contrato de fianza; porque si dicha operación, que ocasionalmente se realiza no consta en el contrato, aún cuando se hubiese obligado a concederle a favor -- del fiador dichos beneficios, la fianza seguirá siendo un contrato unilateral y gratuito.

ALEATORIO Y CONMUTATIVO. - Cabe mencionar que algunos autores (39) consideran que sólo puede plantearse cuando la ---

---

(39) Aguilar Carbajal, op. cit. pág. 128.

fianza tenga el carácter oneroso, debido a que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos.

Sin embargo, en mi opinión, al tratar de garantizarse obligaciones futuras, las cuales no sean líquidas, se puede presentar este problema : Es lógico que un contrato, cuando es gratuito, no puede decirse que sea conmutativo o aleatorio. Sin embargo, sólo puede hablarse del carácter conmutativo para cuantificar o determinar las prestaciones de las que va a estar obligado el fiador y si la fianza garantiza un contrato aleatorio, tendrá, por ese sólo hecho, el mismo carácter, como sería la fianza para solventar deudas de juegos lícitos, rentas vitalicias, del seguro, de la compra de esperanza, entre otros.

CONSENSUAL EN OPOSICION A FORMAL. - Como lo hemos estudiado ya en otras ocasiones, lo consensual es opuesto a lo formal, nuestra legislación civil actual no exige formalidad alguna para la constitución de la fianza, sólo exige que el consentimiento se manifieste por la palabra o por escrito, no acepta el consentimiento tácito.

Nuestro Código adopta que la fianza es un contrato consensual, siendo válido cuando se otorga verbalmente, pudiendo se probar plenamente este hecho mediante testigos, confesión o cualquier otro medio de prueba. Ahora bien, hay excepciones a esta regla que marca el Código, tratándose en los casos de fianza legal, judicial y aquellas en que se otorga en póliza.

La fianza judicial debe constar y otorgarse en acta que levante el juez o tribunal. Dicho documento debe constar por

escrito firmado por el fiador, renunciando al efecto a los beneficios de orden y ejecución, razón por la que considero se exija formalmente y por escrito, ya que no es posible renunciar a dichos beneficios de otra manera.

La fianza legal también deberá otorgarse en forma escrita, ya que como su mismo nombre lo indica, están ordenadas -- por la ley y su formalidad es la misma que la de las fianzas judiciales.

Las fianzas que se otorgan por póliza, como son aquellas en las que el fiador se adhiere a la voluntad de la compañía estampando su firma, es obvio que deben constar por escrito.

Como observación, no es importante en la fianza determinada cantidad para que obre con cierta formalidad, sin embargo, en la práctica y por la seguridad jurídica que se requiere hoy en día, la mayoría de los actos celebrados tratése de cualquiera, se realizan en forma escrita.

#### DIFERENTES CLASES DE FIANZA.

Vamos ahora a analizar las diferentes clases de fianza, atendiendo no a la obligación principal garantizada accesoriamente, sino al origen de la obligación fiadora o la obligación de otorgarla.

En este orden de ideas podemos decir que existen tres -- clases de fianzas.

LA CONVENCIONAL. - Es convencional la fianza que se otorga de común acuerdo, entre el fiador y el acreedor, o sea aquella cuya obligación de otorgamiento deriva única y exclusivamente de la voluntad de las partes en el contrato principal o la que voluntariamente contratan acreedor o fiador, aunque

ESTA TESIS NO DEBE  
SALIR DE LA BIBLIOTECA

no se haya pactado su otorgamiento en el contrato principal.

LA LEGAL. - Se llama legal a la fianza impuesta por la ley con el objeto de asegurar el cumplimiento de ciertas obligaciones como por ejemplo tenemos la que debe aportar el heredero cuando administra la parte que le corresponde o bien --- cuando los bienes no son divisibles, se elegirá a uno de los herederos, debiendo éste otorgar garantía legal para ser administrador.

Como vemos, las fianzas legales se fincan para el desempeño de una obligación o derecho.

LA FIANZA JUDICIAL. - Se designa judicial a la fianza -- que se impone mediante providencia dictada por el órgano jurisdiccional, las cuales están previstas dentro del ordenamiento procesal, ya sea para que pueda ejecutarse o surtir -- sus efectos en determinado acto procesal.

En nuestro Derecho no se puede hablar de fianzas propiamente judiciales, pues el juez no impone la obligación de otorgarlas sin un fundamento legal, lo cual resulta obvio si se considera la naturaleza de autoridad del juzgador y el principio de legalidad que debe imperar en su actuación, de lo que se concluye que en todo caso, en nuestro derecho positivo mexicano, sólo hay fianzas legales y judiciales.

Partiendo de la base de que nuestro Código Civil contempla esos dos tipos y de que existen diferencias entre uno y otro, los podemos sintetizar de la siguiente manera :

La fianza judicial o más precisamente la obligación de otorgarla, viene a reducirse a una carga procesal, entendida ésta como un deber técnico, tal y como la conceptúan los mo--

dermos procesalistas y que se explica diciendo que si una de las partes en la relación procesal trilateral desea la producción de un determinado efecto, debe realizar un acto previsto en la ley y ordenado por el juzgador.

La fianza legal es simplemente un requisito previsto en la ley que debe llenar una persona en determinada situación, pero no es un simple deber técnico, sino un deber jurídico, ya que se puede obligar al deudor a otorgarla, excepción que guardan las fianzas legales que se deben otorgar a quienes entran a la administración de bienes ajenos y en los que el otorgamiento viene a asimilarse a una condición resolutoria.

Cabe advertir a este respecto que algunos autores pretenden que la fianza legal sea una carga o modo que debe prestar el deudor voluntariamente si quiere aprovecharse de los beneficios que deriven de determinado contrato, concluyendo que si el acreedor se rehusa a aceptar al fiador propuesto y que sea idóneo, simplemente se acude ante el juzgador y éste tendrá que relevar al deudor de la obligación de otorgar fianza, porque en aparente incumplimiento voluntario de la condición y en los términos que establece el Código Civil, se tendrá por cumplida y por ende queda liberado el deudor de tal carga.

Sin compartir esa opinión, como aplicable a todos los casos de fianzas legales, sobre todo por lo que respecta a la liberación del deudor de dar fianzas con fundamento en el artículo 1774 del Código Civil en consulta, asimilando tal obligación con modo o con carga de otorgar fianza legal y es la del usufructuario a título gratuito, cuyo incumplimiento

acarrea la extinción del usufructo, estamos frente a una liberalidad y ante el efecto clásico del incumplimiento de la carga, la extinción del acto.

**FIANZAS JUDICIALES.** - Son las fianzas que se otorgan a raíz de algún procedimiento judicial, ante la autoridad competente, es por esto que pueden ser penales, civiles, laborales, etcétera.

**PENALES.** - Su objetivo es el de facilitar la libertad de los procesados en tanto que no se resuelva el preciso motivo por el cual se otorga la fianza.

**CIVILES.** - Son aquellas que se otorgan para garantizar daños y perjuicios por la suspensión de una sentencia, así como la que se expide para garantizar los manejos de un albacea, tutor, interventor, etcétera.

**LABORALES.** - En este caso la fianza se expide cuando se ha dictado un laudo condenatorio de la justicia federal ante el tribunal competente, solicitando a su vez la suspensión provisional.

En consecuencia, a fin de que proceda el amparo, el patrón tendrá que garantizar los daños y perjuicios, asimismo se hace notar que el patrón, en caso de solicitar el amparo, deberá proporcionar el importe de seis meses de salario al trabajador, para la subsistencia de éste.

**FIANZAS GENERALES.** - Este ramo estará compuesto por todas las fianzas que no encuadren en ninguna de las dos ramas anteriores, y éstas garantizarán importaciones fiscales, la correcta inversión de determinados fondos para algún fin específico, garantía para un contrato a obra alzada, tiempo de

terminado, arrendamiento, concesión, permisos, autorizaciones, interés fiscal, etcétera.

FIANZA CIVIL Y MERCANTIL. - Ambas persiguen en el fondo una finalidad semejante : la garantía de un crédito. Esta garantía las hace copartícipes de características comunes ya que pertenecen a los contratos llamados de garantía, sin embargo, al profundizar en el examen comparativo de estas dos figuras jurídicas, encontramos notables diferencias que las hace ser absolutamente distintas.

Para lograr establecer las diferencias básicas, tomaremos como punto de partida tres aspectos fundamentales : primero en cuanto a su naturaleza jurídica; segundo en cuanto a los intereses que protegen y la legislación que las rige y - por último, en cuanto a su constitución y funcionamiento.

DIFERENCIA EN CUANTO A SU NATURALEZA JURIDICA. - Ambas constituyen un acto jurídico que produce derechos y obligaciones pero tienen diferente naturaleza jurídica; el contrato de fianza civil es un acto jurídico precisamente de naturaleza civil, por el conjunto de circunstancias y peculiaridades que la hacen ser ajena a cualquier finalidad económica o de estipulación comercial, como la calidad de las personas que intervienen en el contrato, quienes nunca actúan como co merciantes; la espontaneidad del fiador al obligarse a garan tizar el pago de un crédito, en tanto que la fianza mercantil es un acto jurídico de naturaleza puramente mercantil, - porque persigue la estipulación comercial, mediante la conju gación de todos los elementos propios de una empresa que tra ta de obtener ganancias.

La naturaleza jurídica queda clara y legalmente diferenciada en los términos del Código Civil que manifiesta la idea de la fianza meramente civil y recoge por igual la idea de fianza caracterizada por una tónica eminentemente mercantil.

Joaquín Rodríguez y Rodríguez en su obra "Curso de Derecho Mercantil", también afirma: "La fianza será mercantil cuando se realiza por una empresa dedicada a ello, lo que implica el concepto de onerosidad, pues ninguna empresa puede dedicarse profesionalmente a dar fianzas gratuitas". (40)

#### DIFERENCIAS EN CUANTO A LOS INTERESES QUE PROTEGEN. -

Es importante observar cuál es el bien jurídicamente protegido por cada uno de estos dos tipos de fianza; la fianza civil es un contrato en el que se protegen intereses privados, es decir, se protege el patrimonio del acreedor en la relación jurídica principal; es un interés particular que no trasciende a la colectividad, porque no pertenece al interés general, mientras que en la fianza mercantil, por tener una estipulación económica se tiene una finalidad netamente lucrativa.

Por lo que toca a la legislación que los rige, la diferencia estriba en que la fianza civil se rige por el "Título décimo tercero del Código Civil vigente del Distrito Federal, título cuyo capítulo primero se denomina 'DE LA FIANZA EN GENERAL'". (41)

La legislación de la fianza civil es de carácter local, pues las operaciones puramente civiles se sujetan a las condi

---

(40) Joaquín Rodríguez y Rodríguez. Curso de Derecho Mercantil. Tomo II. Editorial Porrúa. Décima Séptima Edición, Méx. 1983, pág. 108

(41) Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. Ed. Porrúa. 59ª Edición, pág. 482

ciones que se acostumbran y predominan en el lugar, y por ser el anterior Código para el Distrito Federal, en materia común, y para toda la República en materia federal, hemos optado por mencionarlo en vez del Código Civil para el Estado de México, el cual en repetidas ocasiones se ha utilizado.

Ahora bien, la fianza mercantil se regula por los mismos lineamientos señalados por el mismo Código Civil, en virtud de que nuestro país carece de una legislación especializada en esta materia. Pero la diferencia radica en las partes que intervienen como fiador en este contrato, si se sujeta a una legislación específica, que es de carácter federal y que protege intereses públicos de la Ley Federal de Instituciones de Fianza, así como de disposiciones mercantiles supletorias.

Por último, en cuanto a la constitución y funcionamiento de ambas, ya ha quedado precisado en los puntos anteriores.

DEL CONTRATO DE OBRA A PRECIO ALZADO. -

Para los efectos de estudio del contrato de obra a precio alzado, es necesario señalar las características que éste guarda, y después de definirlo con anterioridad, como se desprende del concepto propuesto para este contrato, tenemos:

Que es un contrato principal, ya que no requiere de una obligación o contrato para su existencia, por lo que es autónomo.

Es un contrato bilateral, porque engendra obligaciones recíprocas para las partes.

Es conmutativo, porque las prestaciones que se deben -- las partes son ciertas desde que se celebra el contrato; reforzamos tal concepto apoyándonos en el Maestro Ramón Sánchez Medal, el cual cita :

" El contrato de obra a precio alzado, no es un contrato aleatorio por el hecho de que el precio convenido no pueda alterarse por los aumentos que experimenten los materiales o la mano de obra durante la ejecución del contrato, pues se trata de un riesgo inherente en general a todo contrato -- de duración o sujeto a plazo ". (42)

De lo anterior se desprende una característica más de -- ser oneroso, ya que obviamente dicha obra o trabajo tiene -- que ser remunerado.

También es un contrato formal por regla general, ya que la ley no exige que el consentimiento se manifieste en una --

---

(42) Ramón Sánchez Medal, Contratos civiles, Editorial Porrúa, Sexta Edición, Méx. 1982, págs. 291-292

determinada forma, sin embargo, hay una excepción a la regla, al decirse que cuando el empresario se encargue por ajuste cerrado, de la obra en cosa inmueble cuyo valor sea de más de cien pesos, se otorgará el contrato por escrito. Por lo tanto, otra característica más sería ser un contrato consensual en oposición a formal.

Es un contrato de ejecución diferida o de tracto sucesivo, toda vez que por la naturaleza de la obra o de la realización del trabajo, no es posible su ejecución de manera espontánea.

Es de carácter intuitu personae, por la capacidad en la persona del empresario, ya que en ocasiones este contrato se basa en la confianza que tiene el dueño de la obra en el empresario.

#### MODALIDAD DEL CONTRATO DE OBRA A PRECIO ALZADO. -

En la actualidad se observan dentro del mundo jurídico diferentes tipos de contratos a tratar, diversas variantes -- que presenta, como :

- 1º. Contrato de empresa.
- 2º. Contrato de obra a precio alzado o ajuste cerrado.
- 3º. Contrato de obras ( regulado por la Legislación Federal del Trabajo ).
- 4º. Contrato de obras.
- 5º. Contrato de obra de destajo.

1º. El contrato de empresa es aquel en virtud del cual el empresario aporta únicamente su dirección técnica.

2º. El contrato de obra, en que el precio se fija de una manera alzada, es decir, en una cantidad fija.

3°. El contrato de obras en que el empresario pone únicamente su trabajo, bajo la dirección y dependencia del patrón.

4°. Contrato de obras en que el empresario, además de su trabajo, suministra los materiales.

5°. Es aquel en que se determina la remuneración por unidad terminada, es decir, el precio se regula en relación con las unidades de la obra.

De la lectura se observa que es un género con diferentes tratamientos. Sólo se necesita hacer mención, a manera de no confundir las definiciones, de los siguientes contratos :

Será contrato de trabajo si existe dirección y dependencia del dueño de la obra, pero si los materiales empleados -- son propiedad del empresario, la dirección es por su cuenta y los riesgos a su cargo, es de obra a precio alzado.

Será prestación de servicios profesionales, si el empresario no se obliga a prestar su trabajo personal en la realización de la obra, ni es propietario de los materiales empledos, ni tomó a su riesgo la obra, sino sólo se obliga a la dirección de la indicada obra.

Por último, se determina que si lo relevante es el trabajo, será precio alzado, pero si es el bien, será compraventa.

C A P I T U L O    I V

BREVE ESTUDIO EXEGETICO DE LOS ARTICULOS 2456, 2493

Y 2653 DEL CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE MEXICO

I. ARTICULO 2456 DEL CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE MEXICO.

Al contrato de mandato se le considera un contrato intuitu personae y debido a ello termina con la muerte de cualquiera de las dos partes ( Fracción III del artículo 2449 del Código Civil en consulta ), causa especial propia de este contrato por la recíproca confianza que ambas partes se profesan, -- sin embargo parece haber una excepción a la regla contenida en el precepto legal a estudio, que aunque el mandato termine por la muerte del mandatario, deben los herederos de éste continuar realizando todos aquellos actos que sean necesarios para evitar perjuicios al mandante.

Regla con la cual, por criterio personal, no estoy de acuerdo, toda vez que ha sido un producto histórico y no remedía los inconvenientes del contrato en la época actual, ya que si nos remontamos a la época anterior, es decir a sus orígenes y a la evolución histórica en nuestro derecho positivo mexicano, encontramos diversas variantes acertadas del legislador, - pero en lo tocante a nuestro estudio, que presenta en verdad un problema, tanto el legislador como los tratadistas mexicanos herméticamente guardan un total silencio.

Para su estudio exegetico diremos que en el Derecho Romano el mandato figura entre los contratos consensuales. El mandatario presta un servicio de amigo, por lo que era, por esencia, gratuito; no obstante, en el bajo Imperio se les permitió a los mandatarios o a alguno de ellos, reclamar honorarios

por el procedimiento extraordinario, por contar el juez con los más amplios poderes de apreciación.

La evolución iniciada en Roma al pasar al Derecho Francés, perdió la gratuidad, ésta no es ya la esencia del mandato, y por consecuencia ya no hay mandato sin representación, visto lo cual los actos jurídicos que han de cumplirse, considero que para garantizarlos expresan la sucesión a los herederos.

En los tiempos primitivos, cuando el hombre no se desplazaba, el mandato era desconocido porque en verdad era inútil. Sin embargo, la esfera del hombre fue haciéndose mayor por lo que llegó el momento de pensar en el cuidado de sus bienes y negocios. Visto esto, encarga a otra persona que cuide por él todos sus bienes o parte de ellos mientras esté ausente, por lo que el mandato tiene su origen en la amistad, la afección, en el deseo de servir, servicio al cual no se pone otro precio que el placer mismo de prestarlo; en consecuencia, el mandato, en su origen, no es más que un cambio de deberes. Pero con el transcurso del tiempo y época, cambia el mandato de carácter, es decir, el mandatario en lugar de ser un amigo que presta un servicio, con frecuencia, y -- hasta la fecha, es un extraño al que se le encomienda la -- práctica del negocio por lo que deja de ser gratuito y revis te además las dos formas de ser : representativo y no representativo.

De igual manera lo encontramos en la época clásica, el mandato se funda en el hecho de conceder y asumir un encargo para gestionar uno o varios negocios gratuitamente. Asimismo

en esa época se excluía cualquier remuneración, y sólo perduró el principio de la inadmisibilidad de la representación en la ejecución del mandato que tuvo vigor en el derecho antiguo. Continuando así, el mandatario habla en nombre propio y se obliga personalmente con los terceros, y era con el único al que los terceros estaban ligados.

El desarrollo del mandato continúa la primera codificación completa de las normas sobre el mandato; después del Derecho Romano fue hecha por el Código Francés, alejándose éste totalmente de los preceptos del antiguo derecho y bajo el influjo de las legislaciones bárbaras que empezando por no admitir la representación, acabaron por aceptarla.

La codificación francesa que es también un lazo que une a las demás legislaciones, admite lo que a la letra expresa - nuestro precepto actual en los mismos términos, sólo que con diferente redacción, ya que manifiesta que en caso de muerte del mandatario, deben sus herederos dar aviso al mandante y - proveer entre tanto a lo que las circunstancias exijan en interés de éste.

De los resultados que se obtienen de la anterior evolución histórica, conviene la forma en que la época actual se plantea la interrogante a nuestros problemas, y por la importancia de esta materia, transcribiré el artículo a estudio :

" Si el mandato termina por muerte del mandatario, deben sus herederos dar aviso al mandante y practicar, mientras esté resuelve solamente las diligencias que sean indispensables para evitar cualquier perjuicio ". (43)

---

(43) Código Civil del Estado de México, ob. cit. pág. 460

Del análisis del concepto que guarda dicho precepto tenemos : Que la palabra heredero toma un sentido amplio, comprende por consiguiente que pasan a él los derechos activos y pasivos que tenía el difunto al tiempo de su muerte, esto es, los bienes, créditos, derechos y acciones que tenía éste a su favor, como las obligaciones y deudas que tenía contra sí. Esta sería la regla general, pero regla que carece de excepciones importantes, ya que no todos los derechos absolutamente, ni todas las obligaciones del difunto se transmiten al heredero, porque hay, en efecto, derechos tan inherentes a la persona, que se acaban y se extinguen con ella.

Así como hay derechos que se extinguen con la persona del difunto, hay igualmente obligaciones que se acaban del mismo modo y no pasan a sus herederos y entre las cuales podemos mencionar aquellas obligaciones que consisten en servicios que exigen industria, ciencia o habilidad en la persona que ha de prestarlos.

Lo que quiero dar a entender es que no se tome al heredero como un relleno de las obligaciones de la persona a --- quien sucede.

Al hablar de herederos se habla de toda una institución, porque representa la persona del difunto, incluso hay tratadistas que consideran a ambos como una misma persona y aunque es representante del difunto, no se reviste de esta calidad hasta que acepta la herencia, sea pura o simple, sea con beneficio de inventario, que sería un punto a tratar, pero -- una vez aceptada, cualquiera que sea la época de la aceptación, se reputa heredero y por consiguiente propietario y -

aún poseedor de los bienes hereditarios desde la muerte del mandatario, pues los efectos de la aceptación se retrotraen al día de la muerte.

En cuanto a los derechos de crédito que nacen del presente contrato, considero que el heredero no pasa a ser continuador de la personalidad del difunto, toda vez que se trata de la realización de actos jurídicos que no siempre son de tipo patrimonial o bien tratándose de actos que tengan -- una finalidad económica, la mayoría de los tratadistas, como lo anotamos anteriormente, sostienen que el heredero es continuador de la personalidad de su antecesor, sin embargo, -- creo que lo correcto sería pensar que el heredero ingresa -- con una personalidad nueva y diferente.

En otro orden de ideas, continuando con el objetivo de nuestro estudio, es importante incluir la siguiente cita bibliográfica que se transcribe textualmente :

" La muerte de una de las partes - en un principio tradicional que el mandato se da y se recibe en consideración - de la persona y que la muerte del mandante como la del mandatario le pone fin. Esta regla se comprende muy bien en lo - que concierne al mandatario : Se eligió a causa de su capacidad y honestidad, no está obligado a tener la misma confianza en sus herederos ". (44)

Tesis que admite la no transmisión de tales obligaciones y permite la relación entre el mandante y un tercero.

---

(44) RIPET. Contratos Civiles, Tomo III. Vol. III. Editorial La Ley, 1965 pág. 456.

Es importante llamar la atención, aún cuando se detallará a fondo más adelante, que generalmente es una obligación de hacer, de la cual el heredero puede no tener conocimiento de la existencia del acto jurídico, razón por la que considero que el criterio seguido por el autor se apega al objetivo de nuestro estudio.

Se entenderá que debe analizarse también cuáles son las obligaciones y derechos que nacen, se transmiten, se modifican o se extinguen con la muerte del autor de la sucesión.

Algunos tratadistas, como el maestro Rafael Rojina Villegas, nos dice respecto a los derechos de crédito, lo siguiente :

" Los derechos de crédito que nacen del contrato, en --- principio también podemos decir que se transmiten hereditariamente; pero existen ciertos derechos que dependen exclusivamente de la persona del titular, dada su naturaleza, en atención a ciertas cualidades y aptitudes que originan un crédito que le permanecerá ligado exclusivamente durante un cierto --- tiempo o durante su vida, así tenemos, desde luego, a los contratos intuitu personae que obedecen a cierta confianza, capacidad o aptitud de la persona, como el mandato, en que el mandatario cumple también una misión de confianza a sus aptitudes, capacidades y honradez, por lo que es evidente que su --- muerte origine la extinción de ciertos derechos ". (45)

En nuestro concepto hay autores que distinguen las dos --- situaciones anteriores que hemos señalado, si es transmisible

---

(45) Rafael Rojina Villegas, op. cit. Tomo II pág. 301.

o no la sucesión del mandato y lo único que afirman es que sólo en determinadas obligaciones, sin que hagan un estudio profundo sobre este punto.

Ahora bien, en el artículo a estudio, el deber que aquí se impone al heredero versa en la conservación de la cosa a través de la realización o práctica del acto jurídico que es el objeto del mandato, que considero como una carga de la herencia, pues se deriva esencialmente de la obligación contraída por el difunto mandatario, además de imponer a los herederos la obligación de informar al mandante de la muerte de su antecesor. Estudiaremos primero esta última, en que pensando en voz alta considero que ésta estaría en condición, siempre y cuando ellos mismos también sean informados del mandato y que conozcan además el domicilio del mandante, obligación a la que tal vez estén obligados los herederos a proporcionar sin realizar el mandato. Estas obligaciones, así como las de ejecutar los actos que las circunstancias hagan necesarias, no pesan sobre los herederos.

Hagamos a continuación un estudio sobre esto. Se piensa que si los herederos son mayores y capaces a la muerte del -- mandatario, el incumplimiento de estas obligaciones puede dar lugar a daños y perjuicios contra ellos; pero si se tratase -- de un heredero menor o incapaz, no está obligado en virtud de esa prescripción.

" Bauber y Wahl afirman que la obligación de que trata-- mos puede dar lugar a una sanción a cargo del heredero, por -- lo que es necesario que los herederos conozcan el mandato, -- que sepan o puedan encontrar al mandante y sean capaces de --

obligarlos por la aceptación del mandato ". (46)

Este texto puede considerarse en parte lógico, porque - puede el mandante ignorar la muerte de su mandatario, en especial cuando residiese en un lugar lejano, por lo que es -- justo y equitativo que, informados del mandato los herederos del mandatario, estén obligados a advertir al mandante de la muerte de su antecesor. Ahora bien, por el mismo principio de equidad, diría que se podría admitir el deber del heredero, pero sin asumir una responsabilidad personal en el mandato, es decir, no es transmisible el cumplimiento del encargo, pero entre las obligaciones bien puede quedar incluido el derecho de informar.

En conclusión, en el contrato de mandato puede presentarse otra circunstancia especial. Se ha hablado cuando los herederos conocen del mandato, pero también puede darse el - caso de que no lo conozcan, no hay disposición legal alguna que los obligue a tener conocimiento del mandato, por lo que se piensa que si lo ignoran no están sujetos a proveer dicha obligación, y por consiguiente liberados de todos los efectos posteriores, por no tener conocimiento alguno del negocio.

Ahora bien, en cuanto a la práctica del acto jurídico - que deban ejecutar los mandatarios, aún cuando sean de carácter simplemente indispensable, o de proveer además a lo que las circunstancias exijan en el interés del mandante, estimo que no es necesario poner a prueba la ignorancia de los herederos, porque aún cuando lo conozcan, como lo anoté en una -

---

(46) Citado por Scaevola, Contratos Civiles, Tomo XXVI. Vol. I. Editorial Reus, Madrid 1949, pág. 445.

idea anterior, no pesa sobre ellos la obligación de realizarlo, y creo oportuno mencionar la siguiente cita bibliográfica:

" MUERTE DEL MANDANTE O DEL MANDATARIO . - Resulta obvio, dice Mechem, que la muerte del mandatario ha de ser causa de que termine el mandato, pues en todo caso tiene derecho el mandante a que sólo gestione sus intereses la persona que haya elegido. Sería absurdo que los derechos y obligaciones del mandatario, pasaran o se transmitieran a sus herederos ". (47)

La idea está dada, sin embargo, el Código actual da esa limitante al heredero, mas se piensa que a veces han sabido -- que su causante era mandatario, pero los herederos ignoran -- cual o cuales actos debería haber ejecutado el mandatario; por principio de cuentas y volviendo a la prueba de ignorancia, -- ellos desconocen en totalidad el mandato, no saben qué hacer, a dónde dirigirse o bien no informan de la muerte del mandatario al mandante porque no han podido darle aviso por ignorar -- su nombre y domicilio. Todos estos hechos creo que deberá tomarlos en cuenta el propio legislador para que tenga una justa afluencia sobre su responsabilidad, más aún con las limitantes, en cuanto a su capacidad, que se estudiarán en el capítulo siguiente.

No cabe duda, incluso me adhiero a la idea, que la muerte del mandatario es un hecho imprevisto que podría atentar gravemente contra los intereses del mandante, pero los herederos -- son llamados a proveer o tomar las medidas pertinentes para -- conservarlos como lo he puntualizado, que en ese momento críti

---

(47) PUIG BRUTAU. Fundamentos de Derecho Civil. Tomo II. Vol. II. Editorial Busch. Barcelona 1956, pág. 381.

co para ellos, ciertas obligaciones recomendadas por la equidad, las pueden tomar a su cargo, pero no responsabilizarse, ya que en todo caso le correspondería al mandante proveerlas.

Ahora, con respecto a la disposición legal que no permite a los herederos ejercitar más actos que los urgentes e indispensables, sería discutible que los herederos diesen ese carácter a los actos que estén pendientes de ejecutarse.

La idea de representación, la cual se estudiará en el -- punto de restricciones a la personalidad jurídica, está latente y sobre el particular considero que parece natural afirmar, por la observancia del Código, que los casos de incapacidad o minoría de edad, corresponde a las personas que la suplen adoptar las medidas a que se refiere el precepto legal a estudio, sin embargo, por nuestra parte creo en dicha analogía sobre equidad ya que de lo anterior se plantea que si la obligación que impone a los herederos del mandatario el artículo, es o no aplicable a quienes tengan su representación.

Por otro lado tenemos jurisprudencia de la Suprema Corte de la Nación respecto al mandato; son abundantes las ejecutorias y tésis jurisprudenciales que aluden al mandato, sin embargo es necesario comentar que el criterio de la Suprema Corte no es contrario al objetivo del nuestro porque omite hablar sobre las consecuencias en caso de muerte del mandatario, y sólo cita aquellas que se originan con la muerte del poderdante, creo que por haber tenido esas dificultades anotadas con anterioridad para dictarlas, por lo que considero que la Suprema Corte, basándose en la tradición, ha impuesto las siguientes tésis jurisprudenciales :

" MANDATO, TERMINACION DEL, EN CASO DE MUERTE. En caso de muerte del poderdante, el -- mandato no puede terminar si no hasta cuando la sucesión tenga la representación legal del de cujus. Sexta época, cuarta parte, Vol. XXIV, pág. 178. AD-1022/85. Clara Rojas viuda de Chagoya, 5 votos ". (48)

Decidimos comentar primero esta resolución en donde atañe la regla formulada para los herederos del poderdante, ya que espera incondicionalmente a éstos, en cambio pensamos que tratándose de los herederos del mandatario, como el mismo proceso lo establece, agrava su situación al ordenarles ejecutar todos aquellos actos urgentes e indispensables, olvidando que también la sucesión del mandatario deberá tener una representación legal.

Para la obligación de que se trata se amplía entonces el deber del mandatario de ejecutar el mandato, aun cuando pensamos que la muerte de cualquiera de las partes pone fin al mandato. Sin embargo esta obligación se convalida con la siguiente ejecutoria :

---

(48) Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1985, del Seminario Judicial de la Federación, Cuarta Parte, Tercera Sala, pág. 738.

" MANDATO, ACTOS CELEBRADOS POR EL MANDATARIO DESPUES DE LA MUERTE DEL DEMANDANTE. Si el apoderado hace uso del mandato, cuando ya se ha extinguido por muerte del mandante, la sucesión de éste, es la única titular del interés jurídico que de acuerdo con la ley, se requiere, para estar legitimado a pedir la declaración de nulidad del acto celebrado, el cual no causa perjuicio a personas ajenas a la relación derivada del contrato de mandato. - A. D. 5889/62. -- María Lucía, Alberto y Erasmo Martínez Alberto. 16 de abril de 1964. 4 Votos. Ponente María no Ramírez Vázquez. S. J. F., - Sexta Epoca, vol. LXXII, Cuarta Parte, página 107. " (49)

Nuestro desacuerdo impera también en relación a los efectos en los herederos del poderdante y del mandatario, porque mientras los de aquél harán las cosas por su propia conveniencia y no porque un precepto legal se los imponga, los herederos del mandatario hállanse obligados en forma terminante.

---

(49) Cita de Eduardo Pallares, formulario de Juicios Civiles. Ed. Porrúa. pág. 615.

Tesis que ha sustentado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con respecto a la muerte del poderdante.

" MANDATO, SUBSISTENCIA DEL, DESPUES DE LA MUERTE DEL MANDANTE. - El mandatario judicial debe contnuar en el ejercicio del mandato, después del fallecimiento del mandante, en todos aquellos negocios en que haya asumido la representación de éste, entretanto los herederos no provean por sí mismos -- esos negocios, siempre que de lo contrario pudiera resultarles al gún perjuicio, de acuerdo con lo que dispone el artículo 2660 del Código Civil del Distrito Federal. Quinta época. Tomo XIII, pág. 281. Franco Salvador. Tomo XVII, pág. 131, Gómez Ildefonso; Tomo XXXI, pág. 1832, Carrión Octaviano G.; Tomo XLII, pág. 2800, Herrero Marmolejo Jesús; Tomo LXIII, pág. -- 1785, Verdaguer Francisco ". (50)

" MANDATO, CONTINUACION DEL, DESPUES DEL FALLECIMIENTO DEL MANDANTE. No es procedente sobreseer -

(50) Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1985, del Seminario Judicial de la Federación, Tercera Sala, pág. 700.

en el juicio de garantías, por --  
falta de personalidad del promo--  
vente, pues si bien es cierto que  
el mandato termina por la muerte  
del mandante, también lo es que -  
el mandatario, después de muerto  
el poderdante debe continuar en -  
el mandato, hasta que se provea a  
la sucesión de representante legí-  
timo; y si en el caso no aparece  
que la sucesión respectiva ya te-  
nía ese representante, la persona  
a quien se confirió poder, estaba  
obligada a continuar en el desem-  
peño del mismo y por consiguiente  
no puede decirse que carezca de -  
personalidad para promover el juí-  
cio de garantía. Quinte Epoca. --  
Tomo LVIII pág. 2321. Cruz Aure--  
lio ". (51)

" MANDATO, MUERTE DEL MANDANTE. -  
Aún cuando es cierto que la ley -  
civil establece que por la muerte  
del mandante, termina el mandato,  
no debe perderse de vista que tam-  
bién existe una disposición en --

virtud de la cual el mandatario debe continuar en la administración, entretanto los herederos provean, por sí mismos, a los negocios, ya que esa falta de representación podría acarrear perjuicios, ahora bien, para el mandatario en esas condiciones, pueda ejercer eficazmente los actos de administración, debe estar facultado para hacer uso de todos los recursos y medios de defensa, que conceden las leyes en beneficio de los bienes puestos a su cuidado y entre estos recursos se encuentra el juicio extraordinario de amparo. Quinta Epoca. Tomo XXI, 23 de marzo de 1931. Carrión Octaviano G. pág. 1832 ". (52)

Visto lo anterior es difícil comprender cuánto se aparta de resolver sobre el inconveniente que presenta para con los herederos, y un tanto con el mandatario en razón a la obligación de continuar con el mandato a la muerte del mandante, es por ello que nos parece injusto que no se atenúan a favor de éstos algunos derechos que les podrían corresponder y de los

cuales hice referencia en el inicio de este punto. Considero que el silencio al respecto, de la Suprema Corte, repercute - ante todo al llamado principio de equidad.

En otro orden de ideas la Suprema Corte de Justicia también ha guardado hermético silencio al respecto y del estudio de los demás contratos se verá que no se citará en virtud de que no acontece sobre el objetivo de nuestra tesis.

Ahora bien, transcribiré a continuación unas ejecutorias y explicaciones que cita en su libro el maestro Rafael Rojina Villegas, las cuales he dejado a lo último por considerarlas las más completas, aun cuando no resuelvan el planteamiento - que he sustentado.

"MANDATO, PROLONGACION DEL, DES-  
PUES DE LA MUERTE DEL MANDANTE :  
La interpretación jurisprudencial  
de la Suprema Corte de Justicia,  
ha mantenido el criterio de que -  
el mandatario, debe continuar en  
el ejercicio del mandato, después  
de la muerte del mandante, en to-  
dos aquellos negocios en que haya  
asumido la representación de éste,  
entretanto los herederos no pro--  
vean por sí mismos esos negocios,  
no obstante la Cuarta Sala del --  
mismo alto tribunal, contrarió en  
dos ejecutorias recientes la té--  
sis indicada, sosteniendo que el

artículo 2600 del Código Civil vi  
gente en toda la República, en ma  
teria federal y para el fuero co-  
mún en el Distrito Federal, esta-  
blece una regla de excepción que  
no es ilimitada, sino que su ex--  
tensión queda fijada por el térmi-  
no que los herederos tienen legal-  
mente para presentarse a continuar  
el ejercicio de las acciones del  
fallecido, término que debe calcu-  
larse dentro de las reglas que se  
ñala la misma ley civil, para la  
denuncia de los juicios sucesorios,  
para la tramitación de los mismos  
y para el nombramiento del alba--  
cea respectivo; por lo que normal  
y jurídicamente transcurren los -  
plazos en que los interesados pue-  
den denunciar el juicio sucesorio  
para que se provea de representan-  
te a la sucesión, no puede decir-  
se que el mandato pueda prolongar-  
se indefinidamente porque esta --  
prolongación rebasaría las finali-  
dades con que fue establecido di-  
cho artículo 2600. Ahora bien, -  
la Tercera Sala de la Suprema Cor-

te de Justicia, se pronuncia por la tésis enunciada en primer término, que acepta la prolongación del mandato, porque las gestiones del mandatario se realicen en provecho de los herederos del mandante y evitan la demora de los asuntos ya comenzados sin interrumpir la relación litigiosa que se transmite automáticamente a los herederos. Esta tésis responde mejor a las reglas de representación en las sucesiones, así como a necesidad de conservar y guardar el patrimonio que constituye el acervo hereditario, parcial o totalmente comprometido en el litigio. La ley no contempla en forma expresa la interrupción del proceso civil. La doctrina ha admitido que la herencia yacente no es una persona jurídica sino un patrimonio que se mantiene unido y sujeto provisionalmente a una administración, y así, la prolongación del mandato (no indefinidamente, supuesto que a instancia de cual-

quier interesado puede proveer - la representación legal a la sucesión ). Se arregla mejor al principio enunciado que tiende a evitar perjuicios y a proteger - el interés sin representación individualizada. Tomo LXXVI, 30 de junio de 1943. ( Nájera Genoveva, pág. 6446 ) " (53)

Para concluir, en un principio tradicional el mandato se daba y recibía en consideración de la persona y que la muerte del mandante como la del mandatario, le ponen fin. Esta regla se comprende muy bien en lo que concierne al mandatario; se eligió a causa de su capacidad u honestidad, no se está obligado a tener la misma confianza en sus herederos, ni estos en - realizarlo.

La muerte del mandatario excluye toda posibilidad de ejecución del contrato por parte de la persona en quien el mandante depositó su confianza, no pudiendo transferirse ésta a los herederos del mandatario. La interdicción y la incapacidad del mandatario, aunque no excluyen en ciertos casos la posibilidad de ejecución material por parte del mismo, son acontecimientos que también inciden gravemente a los herederos -- cuando estos lo estén, ya que primero no se tendrá la confianza que inicialmente se depositó en el mandatario por parte -- del mandante y en segundo término en cuanto a los herederos -

---

(53) Cita de Rafael Rojina V. Ob. Cit. Vol. III, Primera Edición, pág. 251.

del mandatario no podrá exigirse se sirvan del representante legal de la sucesión.

2. ARTICULO 2493 DEL CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE MEXICO.

En lo tocante a este punto cabe mencionar que la evolución histórica de este contrato se ha integrado a través de la legislación civil en los años de 1870 y 1884 y la de 1928, entrando en vigor esta última el primero de octubre de 1932. De la revisión de estas legislaciones se encontraron diferencias numéricas entre las que entraron en vigor el primero de junio de 1884 y la de 1928, formulando al efecto un análisis comparativo y breve de nuestra legislación civil.

El Código Civil regula en sus tres legislaciones el ahora llamado contrato de obra a precio alzado, ya que las legislaciones de 70 y 84 lo denominaron : Del contrato de obra de destajo a precio alzado, en el capítulo tercero, en donde hacían una distinción que indicaba que el contrato podrá celebrarse : Encargándose el empresario, por un precio determinado, de la dirección y obra, poniendo además los materiales, o poniendo el empresario únicamente su trabajo o industria - por horario fijo.

Esta distinción desaparece en el Código del 28, sin embargo existen modificaciones que se pueden calificar de buenas, como es la que sigue : En los anteriores códigos se indicaba que se resolvía, a falta de pruebas a favor del propietario, en cambio, en nuestra actual legislación, en caso de dificultades entre las partes, serán resueltas teniendo en cuenta la naturaleza de la obra, el precio de ella y la - costumbre del lugar, oyendo el dictamen de perito, lo que --

constituye una forma justa y equitativa para los contratantes, en cambio la que no nos parece equitativa y justa es la que impone el precepto legal a estudio.

De los resultados obtenidos del presente contrato proviene la forma de plantear nuestra interrogante, observamos que diversas relaciones contractuales se extinguían con la muerte tales como el mandato. Dentro de este contrato, en donde el heredero recibe por herencia el inmueble objeto de la edificación, es evidente que al momento de hacerse la transmisión sobre la propiedad, la sucesión tenga cargas que consisten en que muerto el dueño de la obra, sus herederos responderán para con el empresario, se justifica por ser un acto material divisible que entra dentro del conjunto de bienes, créditos y deudas.

Sin embargo, el criterio que sigue el Código en su artículo 2493, que a la letra dice: " Si muere el dueño de la obra, no se rescindirá el contrato y sus herederos serán responsables del cumplimiento para con el empresario ", no da esa facultad potestativa al heredero de decidir si acepta o no esa obligación. Ahora bien, sucede una cosa muy curiosa, no se rescinde el contrato, por ende el cumplimiento será forzoso para el heredero.

En las siguientes líneas daré una opinión: A mi juicio el precepto legal a estudio constituye una obligación forzosa para los herederos.

Por principio de cuentas hablemos de la responsabilidad; por criterio personal considero que a pesar de que aún cuando el empresario haya puesto los materiales, dirigido la obra, -

contratado gente a su cargo para llevarla a cabo y recaiga en él todo el riesgo de la misma, a la muerte del dueño los herederos de éste no estarán obligados a los términos establecidos en el contrato, sino que por razones de justicia y equidad sólo serán responsables de indemnizar al empresario de los gastos y trabajos hechos, que es muy diferente que tomar a su cargo el cumplimiento del contrato, del cual tal vez no saben los términos en que fue pactado o tal vez después de que se abra la sucesión no sean tan solventes para responder, por consiguiente, se suman a este problema todas aquellas circunstancias especiales a las que hacemos mención en nuestro objetivo.

En conclusión, la responsabilidad de los herederos no será tomar a su cargo el cumplimiento del contrato a sus causas últimas, sino lo correcto, para que sea en verdad justo y equitativo, es que respondan frente al empresario cuando éste haya comprado el material y comenzado la obra a sólo indemnizarlo, lo cual puede consistir en reembolsar todos los gastos al empresario por el material comprado y utilizado y cuantificar tiempo y avance de la obra.

Ahora bien, pensemos que a pocos días de formalizado el contrato entre el dueño y el empresario, fallece el primero, teniendo conocimiento el segundo del suceso, sin que se haya comenzado la ejecución de la obra y el empresario aún no cuenta con el material. Si nos apegamos al Código, de ninguna manera podrá rescindirse el contrato; el empresario sabe que ha muerto el contratante, en tanto que los herederos ignoran la relación del de cujus con el empresario. En este caso --

considero que deberá de abstenerse el conductor del comienzo y dar aviso a los herederos de la existencia del contrato. - La formalidad del contrato es el acuerdo de voluntades sobre cosa y precio, sin embargo no es necesario que el dueño pague por adelantado al empresario, en caso contrario, cubierto el pago, no habrá ningún problema; en consecuencia, el empresario será responsable para con los herederos y no éstos para con el empresario.

Con respecto a la no rescisión del contrato, sería imprescindible que les sea exigible a los herederos el cumplimiento obligatorio, lo anterior resulta difícil de explicar, en virtud de que los efectos legales del contrato continuarían no obstante el cambio de sujeto de la relación contractual que ni por enterado está del deber que se le impone, si bien es cierto que sólo responderá del pago que lo es todo - en el contrato. Ahora bien, si esa responsabilidad va únicamente encaminada al precio pactado ¿de qué manera lo cubrirá en caso de que no alcanzaren los bienes de su presentante? ¿Respondería con sus bienes propios o hasta donde cubrieran los de su antecesor? Sería discutible, no fue el heredero - quien se obligó directamente, pero con la redacción del artículo se obliga al heredero hasta con sus bienes propios. Resultaría ilógico que después que se terminase la obra se vendiese ese bien, objeto de la edificación y con su producto - se hiciese el pago al empresario y que el remanente se queda se a disposición de o los herederos.

La no rescisión implica un sin número de cosas, las cuales dan lugar a confusión, como por ejemplo, cuando se habló

de la responsabilidad consideré que no pesaba para los herederos el cumplimiento, pero sí la indemnización. En este caso si la muerte del locator no es causa de extinción del contrato se les forzará, como ya lo habíamos mencionado, al cumplimiento obligatorio con el cual no estoy de acuerdo; se debería fijar el mismo límite de responsabilidad. Creo yo que la rescisión debería operar, y bien puede incluirse dentro de -- las obligaciones la de indemnizar, la cual no podrá ser excusa de los herederos, si conocían o no el contrato, sus términos o a la persona con quien contrató.

Otra circunstancia importante que debemos comentar es la limitante que se les da a los herederos en cuanto a que no -- tienen esa facultad potestativa de decidir si aceptan o no -- esa obligación, a través del beneficio de inventario. Como -- se desprende de las ideas anteriores y de la lectura del precepto, no les es posible repudiarla si eso es lo que desean. Para ello recurramos a la sucesión; es de explorado derecho que toda obligación como facultad está sujeta a uno de los -- principios fundamentales del derecho sucesorio, el cual es el llamado beneficio de inventario que permite que el patrimonio no se confunda con el del autor de la herencia, ya que ello -- implicaría que los acreedores del difunto pudieran cobrar sus créditos de los bienes propios del heredero y los acreedores del heredero cobrar de los bienes hereditarios, en perjuicio -- de los primeros.

El beneficio de inventario implica que el heredero pueda repudiar la herencia si el monto de la deuda es mayor al activo o bien que el heredero sólo pueda responder de las deudas

hasta donde alcancen los bienes del difunto, por lo que, en consecuencia, se deduce que en nuestro derecho positivo mexicano toda herencia se entiende recibida a beneficio de inventario aún cuando no se haya expresado, esto a diferencia de la postura contraria que da a interpretar el precepto legal a estudio.

Por la importancia de esta materia, pero por el interés que representa, vuelvo a transcribir el artículo 2493 del Código Civil para dar lugar a nuevas ideas :

" Si muere el dueño de la obra, no se rescindirá el contrato y sus herederos serán responsables del cumplimiento para con el empresario ".

Esta disposición legal no permite a los herederos otra cosa más que respetar y responder al cumplimiento del contrato, que lo es todo, para ser sujeto a una relación que ignora.

Entre otras cosas, observamos qué implicaría para el heredero, de tener debidamente acreditada su personalidad a través, como ya lo sabemos, de un procedimiento sucesorio para adecuarse al artículo, porque mientras no se tenga esa calidad, se presume que aún no le es exigible, por consiguiente nos preguntaríamos desde qué momento serán responsables los herederos para con el empresario, a la muerte del de cujus, o al momento de hacer la declaratoria de herederos, porque para la denuncia de un juicio sucesorio, la tramitación es muy tardada y puede darse el caso que entre los contratantes originales hayan pactado pagos periódicos y el intervalo de tiempo que va de la muerte del dueño de la obra y la denuncia del juicio sucesorio sea muy prolongada llevaría consigo resc---

sión del contrato por falta de pago oportuno, pero ya no como causa imputable al dueño, sino a sus herederos y con el riesgo de pagar daños y perjuicios. Esto es en base a lo dispuesto por el Código, cosa que nos parece injusta y creemos necesario que cuando muera el dueño de la obra, se pare la misma, es decir, dejar la obra en el estado en que se encuentre, y una vez que los herederos hayan estudiado el costo de ésta, - si desean responsabilizarse con el empresario en los términos del contrato, adelante. En caso contrario, indemnizarlo en base al criterio expuesto con anterioridad.

Ahora bien, pensemos que dichos herederos fuesen menores incapaces o bien hayan caído en estado de interdicción, el -- precepto no prevee nada al respecto, y aún con estas limitantes no se rescindiría el contrato, por lo que surgiría un grave problema al respecto, porque quien tendría que responder - del cumplimiento sería entonces el representante, cosa que -- también nos resulta injusta, toda vez que éste, para emplear fondos de sus representados, necesitaría autorización judi--- cial a fin de disponer de ellos, pero pensamos que si los bienes son insuficientes, ¿ de qué otros medios se podría dotar al representante ? Resultaría ilógico que respondiese con bienes propios para hacer frente a esa obligación que no se rescinde.

Lo que creo justo es que el representante gestione la indemnización para el empresario, pero no con sus bienes, ni -- con los bienes propios de los herederos, sino de los que hayan recibido por la herencia.

De la lectura de todo lo anteriormente expuesto, debe --

considerarse por rescindido el contrato a la muerte del dueño de la obra.

Sabemos que se les ordena una ejecución que consiste en respetar y responder, pero no se les delegan facultades. Al no rescindir el contrato, los herederos pasarían a ser sujetos de la relación contractual y por ende tendrían tanto derechos como deberes, entre los cuales se encuentra la rescisión por declaración unilateral de voluntad, ya no del dueño desde luego, pero si la de sus herederos que en caso de operar tendrían que pagar la justa indemnización al empresario.

Facultad que da mucho de qué hablar porque sobreviene generalmente de la capacidad económica del sujeto, además puede pedirse, aunque la obra ya esté comenzada, lo cual beneficiaría a los herederos, porque entre una de las facultades que tiene también el empresario, es el derecho de retención cuando no se le haya pagado la obra.

No debemos dejar pasar por alto qué sucedería si la muerte del dueño sobreviene en el preciso momento en que el empresario haya terminado la obra y no le fuese liquidado parte o la totalidad del precio convenido. Por criterio personal considero que no habrá más que ajustarnos a los términos fijados con antelación para que el heredero responda. Sin embargo se da una circunstancia especial, el empresario puede retener la obra como garantía para que se le pague. Esta retención no podrá ser de por vida, por lo que tendrá que demandar a la sucesión del dueño de la obra. Los herederos, aún cuando no cuenten con dinero en efectivo de la herencia para el pago, si cuentan con el activo de la misma, es decir, el bien objeto de la edificación es de mucho más valor que el precio que

será pagado al empresario, por lo tanto tienen los medios con qué responder. En una idea anterior comentamos que sería ilógico vender la obra construída para cubrir el pago al empresario, sin embargo cuando el de cujus no tiene más bienes que la propiedad motivo del contrato, y no tenga otras deudas pendientes que rebasen el monto del activo, aún cuando no nos parece esta idea, tendremos que aceptarla, en este caso para -- que se venda, y con el producto de la misma hacer el pago al empresario y el remanente pase a disposición de los herederos. Se justifica lo anterior en base a que el empresario obra de buena fe, haciéndose valer de un derecho que le corresponde, fundado en la obligación que se les transmite a los herederos por sucesión.

Para evitar un mal entendimiento a este estudio, concluí que para responder al cumplimiento del contrato considero que es sólo una aplicación que se presume contraída por el heredero a la muerte de su antecesor, máxime que los primeros, como el mismo Código lo indica, suceden en los bienes, derechos y acciones del difunto, satisfaciendo todas las cargas de la herencia.

Indudablemente este criterio quedó plasmado en el precepto a estudio, de ahí mi postura para amoldarlo a la forma que creo justa y conveniente, siendo la siguiente : El heredero sólo deberá ser responsable de indemnizar al empresario ajustándose a los términos y circunstancias que se presenten, algunas dadas con antelación, sin responder por daños y perjuicios, ni menos aún con sus bienes propios, sino hasta donde alcancen los bienes heredados.

3. ARTICULO 2653 EN RELACION AL ARTICULO 1827 DEL CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE MEXICO.

En primer término, los principios romanos con respecto a este contrato derivan del honor, y a la vez del deber de ser aceptados como fiadores de sus amigos, por lo que resulta fácil de explicar el alcance de esta obligación al transmitirse a sus herederos, porque en su idea fundamental no se plasma meramente en garantizar o asegurar un patrimonio, sino que resulta u origina de la buena voluntad de la persona que desea ser fiador y con ello atribuirse prestigio y honor, constituyéndose con estos dos últimos adjetivos, importantes para los romanos, en el deber de cumplir cuando el deudor primitivo no lo haga, y en la confianza del acreedor para su aceptación. Más aún que la sucesión familiar en esa época, se presenta como una unidad que no se forma por motivos de orden económico, sino morales, por consiguiente los herederos del fiador responderán del cumplimiento para con el acreedor, con el fin de salvaguardar el honor y prestigio de su antecesor. Ahora bien, en cuanto a la sucesión no habrá ningún problema en virtud de que el heredero defuncti personam sustenti, lo acarrea, como consecuencia ineludible estaba obligado ultra vires hereditatis, es decir, en el derecho romano uno de los principios era que el heredero respondiese incluso hasta con sus bienes propios. Se justifica tal postura en esa época por las razones mencionadas con anterioridad.

Lo que no se justifica hoy en día es lo que a la letra menciona el artículo 2653 que dice :

" La responsabilidad de los herederos del fiador se rige

por lo dispuesto en el artículo 1827 ".

Así tenemos que el artículo 1827 expresa :

" Si muere uno de los deudores solidarios dejando varios herederos, cada uno de éstos está obligado a pagar la cuota - que le corresponde en proporción a su haber hereditario, salvo que la obligación sea indivisible; pero todos los coherederos serán considerados como un solo deudor solidario, con relación a los otros deudores ".

Del estudio del primer precepto encontramos que se adoptó la misma idea que en el derecho romano, siendo un producto histórico que ya no concuerda con la época actual, primero -- porque ya nadie desea obligarse por otro por motivos de honor y segundo por el principio aceptado de modo universal, abandonando el elemento del derecho romano en donde ahora las sucesiones se entienden aceptadas a beneficio de inventario, es -- decir, en donde los herederos no responden de las deudas de -- los legados, ni de las demás cargas hereditarias y testamentarias, sino hasta donde alcance la cuantía de los bienes que -- hereda. Por lo tanto, e independientemente de estas conjeturas, considero que tampoco concuerda la obligación que se -- transmite a los herederos del fiador, sin embargo reconozco -- que la naturaleza de esta obligación no se extingue por la -- muerte del fiador y pasa a ser carga dentro de los productos hereditarios que recibe el heredero, es decir, para mayor entendimiento, insisto simplemente en que la posición del precepto a estudio ya no es la idónea por no tener una evolución marcada dentro del derecho, sino que como lo manifesté al -- principio y en una idea en el contrato de mandato, pasaría --

por igual a ser un producto histórico en el cual esta regla -  
queda inalterable en el tiempo.

En nuestro concepto resultaría válido comentar al respecto que indudablemente el criterio que sigue el artículo es -- una consecuencia que se presume aceptada y contraída por el heredero en razón a la sucesión, valiéndome para ello del estudio de las mismas y apoyándome en el siguiente juicio del maestro Escriche :

" Muerto el fiador pasa a sus herederos la obligación de la fianza, con sus excepciones y derechos : Ley 16, Tit. 12,- Part. 15 : Esta no es una disposición particular con respecto a la fianza, sino una aplicación del principio general de que cada uno se presume contraer por sus herederos como por sí mismos, y de que los herederos suceden en los bienes, derechos y acciones del difunto con la obligación de satisfacer todas -- las cargas de la herencia ". (54)

Tesis bien documentada en base a lo expuesto con anterioridad, ya que es un precepto que guarda e impone una obligación válida que consideramos injusta desde el punto de vista en que el fiador no fue quien se obligó directamente con el acreedor para dar nacimiento a la obligación personal, sino -- lo fue el deudor y en dado caso si éste último resultare insolvente, lo será también su sucesión y sus herederos estarán libres de toda carga, por lo que muerto el fiador, resultarían responsables directos sus herederos y responderían con los -- bienes de la sucesión.

---

(54) Escriche. Ob. Cit, pág. 681.

La solución que se extrae es verdaderamente discutible, - ante esta dificultad vemos que la multicitada obligación, no obstante que pasa en primer término por el deudor primitivo, - luego por el fiador, saltando a los herederos del deudor y -- establecerse por último en los herederos del fiador, implica la importancia a la sucesión y el papel que desempeña ésta -- para delimitar consecuencias jurídicas a determinados sujetos, en este caso limitando a estos últimos a responder del pasivo, pero no de la deuda contraída por su antecesor, sino de la obligación en la que se comprometió, de allí nuestro planteamiento, porque es un hecho que la sucesión del fiador sea solvente, en base a que dentro de los requisitos para ser fiador de otro, se necesita comprobar que tiene bienes, pero no que sean suficientes, sino sólo que basten para hacer frente al - acreedor cuando el deudor no cumpla.

Muerto el fiador, será entonces obligación de los herederos estar comprometidos por una cosa que ni el de cujus gozó, sin embargo éstos tendrán acción en contra del deudor primitivo cuando hayan cubierto el adeudo, pero nos preguntaríamos - que tan tardada sería esta facultad, porque de qué forma el - deudor primitivo respondería con los herederos, porque mientras estén en estado de insolvencia, nada se les podrá hacer, y cuando haya cesado su insolvencia no se podrá determinar el tiempo, y lo único que tendrán que hacer los herederos es esperar.

Por lo tanto considero que deberá darse otra solución al problema, ante la serie de inconvenientes y dificultades que se presentan y resultan injustas, por lo que a continuación -

expongo el siguiente remedio :

Para evitar que el deudor primitivo cometa fraude a acreedores, por su insolvencia, considero que se le debe sancionar penalmente si no tiene crédito con qué responder civilmente, responderá entonces con sanciones penales. Con esto no quiero dar a entender que se elimine la fianza, sino que por el contrario subsista normalmente y con todos los requisitos dispuestos por la ley, pero lo que si no subsistirá es la obligación que transmite a los herederos, la cual deberá derogarse, por lo que muerto el fiador la fianza se extinguirá, es decir, considero que podrá y deberá ser cobrable sólo en vida del fiador.

Para eludir un mal entendimiento, necesitamos comentar que la fianza no nos presenta ningún problema, por lo cual ésta deberá constituirse para los fines a los que se avoca y para los que se utiliza.

Con la aseveración prevista por el artículo a estudio -- puedo establecer : Que por razones de justicia y equidad no pasa a los herederos la obligación del de cujus para el cumplimiento de la deuda, aún cuando ésta, como lo habíamos anotado, no se extingue después de la muerte del fiador, ya que por su naturaleza pasó a formar parte del acervo hereditario. Para la obligación de que tratamos, diremos que después de la muerte del fiador queda inexistente y no hay razón para reclamarles a sus herederos el monto de la deuda, es decir, no debe ser extensiva esta obligación a los herederos.

Es importante señalar, por último, con respecto a esta cuestión, y criticar a la vez al legislador, en la facultad -

que da al acreedor de pedir a su deudor otro fiador cuando éste caiga en estado de insolvencia, sería por demás razonable cuando muriese éste, estando obligado el deudor a presentar otro que reúna todos los requisitos exigidos y sujeto a los términos de la responsabilidad penal de la cual se habló con antelación.

Por otro lado tenemos el análisis del artículo 1827, el cual ya fue transcrito, y del que nos gustaría analizar todas sus circunstancias, pues como se desprende del precepto que dispone la obligación a los herederos saldría sobrando, ya -- que a nuestro juicio ésta no es transferible; sin embargo por tratarse de un estudio crítico analizaremos las discordantes de este artículo con dicha obligación transmisibile a los herederos y encontramos : Que generalmente, cuando se otorga fianza para asegurar determinada obligación se extiende en forma cuantificable, es decir, frecuentemente el fiador se obliga a realizar un deber divisible que encuadraría en los supuestos del mismo, no hay ningún problema, es entendible.

Sin embargo, parece haber una excepción a la regla en -- cuanto a las obligaciones indivisibles, las cuales tienen por objeto prestaciones que sólo pueden cumplirse por entero, luego entonces cuando el fiador se obliga a pagar la misma prestación por la que se obligó el deudor principal, ya sea en igual o distinta especie, la obligación no pasará a los herederos del fiador, pero sigue latente nuestro temor, en base a -- que el significado de la palabra solidaridad implica que la obligación es exigible a cualquiera de los obligados en su totalidad, tratándose aún de obligaciones indivisibles, en con-

secuencia esta terminología es equivocada pues se aprecia la mancomunidad cuando la ley expresa que cada uno de los herederos estará obligado a pagar la cuota que le corresponde, en proporción a su haber hereditario, por consiguiente la deuda quedará dividida en tantas partes como herederos haya.

También opino que no hay que confundir cuando el fiador garantice obligaciones de hacer y no hacer que normalmente son indivisibles y que hacen suponer que estará comprometido en la misma forma en que consistieren, sin embargo éstas pueden garantizarse de otro modo, siendo lo más natural a través de una suma de dinero que vaya en proporción a la prestación o especie de la obligación principal.

Por último concluiré con una cuestión en la que es importante hacer hincapié. Estudiamos que el fiador no sólo se obliga a sí mismo, sino que obliga ya a sus herederos, en consecuencia, visto lo anterior, cada uno se considera obligado por el todo como regla general, por lo que resultaría difícil de explicar dicha transmisión, ya que pensamos que el contrato sólo es válido entre las partes que lo celebran.

Ahora bien, con respecto a la forma con que tratamos de dar solución a esta exigencia, resultaría por demás mencionar las bases en que nos apoyamos en el estudio de nuestro objetivo, pero creo haber logrado una de ellas, que es la más importante, y que consiste en el por qué se expresa en la sucesión la obligación y se le ordena su cumplimiento a los herederos, permitiendo que éstos no la contraigan, salvándose así de los términos rigurosos del contrato de fianza, y de la efectividad de las obligaciones, que están protegi-

das en forma general, derivadas de la facultad, en este caso, que se les da a los acreedores para provocar el ejercicio de la acción procesal, para llegar a la ejecución forzosa de --- cualquier prestación en los términos prevenidos por la ley.

Es decir, lo que pretendo es eliminar formalismos que en otros tiempos y por razones entonces válidas, eran necesarios.

C A P I T U L O V

INOBSERVANCIA DE LA OBLIGACION QUE SE TRANSMITE  
A LOS HEREDEROS DEL MANDATARIO, FIADOR Y DUEÑO  
DE LA OBRA A PRECIO ALZADO

1. EN CUANTO A LA TRANSMISION DE OBLIGACIONES.

No pretendo hacer un estudio comparativo, sino crítico, ya que es obvio que la obligación que se delega a los herederos implica un cambio de sujeto, es decir, es una transmisión que no se apega a las formas que en el derecho positivo mexicano existen y generalmente al hablar de los diversos modos de transmitir la obligación, se habla de actos pecuniarios o materiales y no siempre de actos jurídicos, y lo más trascendental es que dichos actos se celebran entre vivos.

Claro está que en forma análoga puede practicarse y constituirse, pero en el presente estudio hay una serie de circunstancias que intervienen. Veamos pues la cesión de deudas, figura que se liga un poco a nuestro estudio, toda vez que por principio de cuentas transmite una obligación y no un derecho; por ejemplo : En el contrato de mandato, en donde se encomiendan actos jurídicos en los cuales los herederos deben practicar todas aquellas diligencias necesarias para no perjudicar el mandato a la muerte de su antecesor, encontramos una sustitución del sujeto pasivo, que tratándose, en caso de cesión de deudas, forzosamente debe ir acompañada del consentimiento del sujeto activo, sin embargo, en estos contratos no es así.

Creo conveniente, antes de seguir analizando el por qué

de la transmisión, definir la cesión de deudas y sus requisitos esenciales para poderse constituir : " Es un acto jurídico, en virtud del cual un deudor denominado cedente, transmite la deuda que tiene frente a su acreedor, con el consentimiento de éste, a un tercero ".

De esta manera se mantiene la misma obligación, sin que se extinga, y sólo cambia la persona del deudor, es decir, -- hay una verdadera sucesión del deudor por acto entre vivos. - Para que pueda constituirse debe obrar la ratificación del acreedor a lo celebrado por el deudor primitivo o cedente, y -- por el transmisor ; dicha reatificación puede ser expresa o tática, y no tiene otro objeto sino permitir que el acreedor externe su voluntad probatoria.

En consecuencia, encontramos diferencias radicales que no se equiparan con la transmisión de la obligación para con los herederos, en razón a que una proviene de un contrato y la otra por sucesión, por consiguiente, la primera de ellas se celebra entre vivos y la segunda se delega por disposición de la persona en sus bienes, derechos y obligaciones.

Acepto en cuanto a este punto, que tal vez plantee mal - mi interrogante, en virtud de que independientemente de las tres formas de transmitirse la obligación, existe la válida a través de sucesión, en donde el testador puede mandar el cumplimiento de sus obligaciones, sin embargo, en estos casos, - pensamos existen artículos expuestos que de antemano obligan a los herederos al momento de que su antecesor se somete a determinado acto, pero de manera injusta y por demás infundada.

Transmitir una obligación, considero que deberá ser en -

forma directa, ya que de las que hemos tratado ( mandato y fianza ), su ejecución es personalísima y no basta la sucesión para aclarar la disconformidad que se nos presenta.

La sucesión en las deudas, a pesar del silencio del Código en cuanto a las dificultades que tratamos, se entiende que el pago que en virtud de ellas se haga por parte de los herederos, debe ser tenido por válido y satisfactorio. Para nosotros es evidente que la sucesión de obligaciones, aparte de no influir en las formas de transmisión, se les restringe su conocimiento a los herederos, porque desconocen la existencia del contrato, criterio que trato de formar, ya que toda transmisión es con la voluntad de quien la desee adquirir.

Es conveniente mencionar, en cuanto a la transmisión, -- que la obligación se extingue a la muerte y vuelve a nacer -- por sucesión a los herederos. Todo esto de acuerdo a la interpretación del Código, porque se encuentra compartida por el de cujus y el heredero, transferencia en la cual no estamos de acuerdo.

Los innumerables problemas que confrontamos nos impiden explicarnos con claridad, por lo que tal vez ilógicamente podríamos pensar que hay cesión de deudas a través de sucesión.

Con respecto a la subrogación, se puede verificar cuando un heredero paga con sus bienes propios alguna deuda de la herencia, buen ejemplo para los contratos de fianza y de obra a precio alzado, sin embargo, cuando se podrá constituir ésta, sabemos que el pago de una deuda puede ser realizado por cualquier persona que tenga un interés o no, por consiguiente el heredero tendrá conocimiento de ella y fuera de la sucesión -

tendrá que realizar el pago al que se comprometió el de cujus, como si fuera un tercero que quiere realizar un favor al deudor original; esta forma de transmitir la obligación tal vez resultaría la más justa para los herederos, en virtud de que aceptan voluntariamente realizar el pago, aún cuando fuese -- con sus bienes propios, con esto surge al respecto un interesante problema, ya que hará suponer entonces que los herederos no actúen con esa calidad.

Lo que tratamos de dar a entender, tal vez infundadamente, es que el o los herederos si desean cumplir con la obligación de su testador, sea cual fuere la modalidad de ésta, que tenga la intención de realizarla y no a través de una disposición que como ya lo hemos estudiado provenga de lo que ante sí era necesario.

En el estudio de esta forma de transmisión no nos queremos separar de la sucesión, sino que sólo es nuestra opinión al respecto, que hemos pretendido fundar para no cometer incoherencias, y para ello me auxilio de un ejemplo dado por el maestro Gutiérrez y González :

" III - Cuando un heredero paga con sus bienes propios alguna deuda de la herencia; v. g. Proquis, antes de que se haga la partición y adjudicación de los bienes que forman la herencia del que fue su padre, Procopio, hace un pago de cien mil pesos a un acreedor del que fuera en vida su progenitor, y lo hace para evitar mayor tardanza en la tramitación del -- juicio sucesorio; Proquis no puede considerarse un " tercero " respecto de los acreedores de la herencia, pues al ser heredero no es " tercero ", ya que se le estima causahabiente a tí-

tulo universal. Si Proquis no es tercero, no puede suponerse que se subroga en el derecho del acreedor al que pagó, frente a la herencia, pues entonces se estaría en el absurdo de que sería acreedor y deudor de sí mismo, sin que opere la con fusión. Lo que en verdad sucede, es que Proquis tiene derecho a que se le pague ese dinero por el albacea de la sucesión, - no porque él sea tercero y se haya subrogado, sino porque en el caso que a Proquis los demás herederos no le cubrieran el importe del crédito que él paga al acreedor de la herencia, - se estarían enriqueciendo sin causa y en su detrimento; por - ello aunque el artículo 2058 a estudio considera esto como un caso de subrogación, en verdad no lo hay ". (55)

Hablando de manera general de las tres obligaciones que tratamos y que se les sucede a los herederos, distinguimos : Que el deber que se les transmite a los herederos del mandatarario no podrá pesar sobre ellos, toda vez que en nuestro estudio del contrato incluimos, dentro de sus deberes, no responder de la ejecución del acto jurídico, sino sólo de algunas medidas conservativas que están a su alcance. Algunos tratadistas lo equiparan con un gestor, sin embargo, no estamos de acuerdo en virtud : Primero, por considerar que no sur te efectos la transmisión y segundo ser gestor implica no tener mandato, pero obrar conforme al dueño del negocio, que en este caso será el mandante, sujeto a responder por el todo de la obligación y no sólo de aquellos actos urgentes e indispen sables. Sobre este punto de saber si el heredero realiza fun

---

(55) Gutiérrez y González. Derecho de las Obligaciones. Editorial Cajica. Quinta Edición, Pue-Méx. 1974, pág. 774

ciones de gestor, es conveniente comentar que análogamente para los actos que están obligados a realizar los herederos, -- son verdaderos mandatarios y no gestores de negocios, pues -- por los conceptos del Código desempeñan un papel que corresponde al mandatario en todos los casos, pero nuestra solución también tiene la ventaja de asegurarles el reembolso de la totalidad de los gastos a lo que consideramos están obligados, -- siendo esto de completa justicia.

Con respecto a la obligación que se transfiere a los herederos del dueño de la obra, consideramos por demás injusto que no se rescinda la relación y enlace a los mismos a su cumplimiento en los términos en que fue pactado. La transmisión no es inequívoca porque entra dentro de las obligaciones que debe cumplir el de cujus, para después de su muerte, pero si es muy drástica en consecuencia dicha transmisión, deberá atenuarse quedando únicamente en resarcir de todos los gastos al empresario, tal y como lo puntualizamos en su estudio. Por consiguiente, y dentro de nuestros términos, la transmisión quedará reducida por razones de justicia y equidad. No cabe duda que respecto a este punto el Código deberá especificar qué es lo que se transmite y limitarse a concretar el propósito de no rescindir el contrato, explicación que no es imposible desarrollar en virtud de no contrariar y repetir nuestro concepto.

Ahora bien, la obligación que se les transmite a los herederos del fiador, resulta por igual injusta, ya que bien -- puede el acreedor del deudor primitivo pedirle a éste se allegue otro fiador para garantizar la obligación.

Por último quiero agregar que a través del principio de equidad y de justicia, hemos conducido a que la transmisión - de estas obligaciones no sean gravosas para los herederos que sin el conocimiento de éstas se les ordena su cumplimiento, y sin tomar en cuenta los supuestos de nuestro objetivo, porque hay cuestiones tan importantes que no han sido previstas y otras que no han sido vueltas a cambiar por el legislador y en las cuales ha de recurrirse a la interpretación y a los principios generales del Derecho, de obligaciones cuando se transmiten a los herederos.

## 2. PLURALIDAD DE HEREDEROS.

La pluralidad de herederos implica pues, fatalmente, una atribución de partes. Cada uno de ellos toma libremente partido por su propia cuenta. Ahora bien, la misma ley determina la parte en que puede pretender cada uno de los sucesores, pero por eso mismo el problema aún no está resuelto y la dificultad consiste en llenarlos con los elementos de la herencia, en materializar las partes de cada uno, en hacer la obra de - repartición y de localización con los bienes como en las deudas y las cargas de la sucesión.

Quien debe contentarse con fijar las partes de cada uno, con respecto a los bienes materiales por lo menos no representa problema, porque en cuanto a las obligaciones de hacer ocurre otra cosa y como este acto de reparto de atribuciones no puede realizarse inmediatamente después de la defunción, ya - que implica toda una serie de operaciones más o menos largas y delicadas, transcurre cierto tiempo durante el cual los derechos de los herederos son fijados abstractamente por la ley.

El autor de la herencia desempeña un papel activo importantísimo como testador al dictar las disposiciones de su última voluntad, lo que sería una sucesión testamentaria, pero pensemos que el de cuius dispuso sus bienes expresando de la siguiente forma : " Dejo todos mis bienes por partes iguales a todos y cada uno de mis herederos ", sin hacer alusión ni nombrar que es mandatario de tal persona o que se constituyó en fiador de otra, o bien que es comitante en una obra, sería muy discutido plantear el problema de cada uno de estos contratos. De la misma forma pasaría cuando no se presenta ningún heredero o todos ellos asisten con minoría de edad, o con cualquier estado de interdicción que les impida llevar a cabo tal obligación, o bien cuando el autor de la sucesión no dispone de sus bienes, teniéndose que denunciar la sucesión legítima.

En ambas sucesiones es importante plantear el problema de nuestro objetivo y qué consecuencias traería, como por ejemplo qué papel desempeñarían los herederos en los siguientes casos :

En el mandato. Cuando no tuvieron conocimiento de la existencia del acto jurídico, o sabiéndolo, si se presentase pluralidad de herederos, ¿ quién tendría la obligación de reglizarlo ? toda vez que es un acto jurídico generalmente con una obligación de hacer que no es divisible, y que su ejecución depende de una sola persona, y como se trató en el capítulo anterior el tiempo de la denuncia de la sucesión es un poco tardía y para saber quienes son herederos se tendría que seguir el trámite y ser declarados herederos, encuadrándose -

en el precepto, porque de lo contrario la excepción de un heredero es todavía no serlo, aunque se dice que desde el día y hora de la muerte del de cujus, los efectos se producen de -- tal manera que los toman en posesión por lo que se considera que son verdaderos poseedores de los bienes materiales.

Observemos que el problema es delicado y tal vez la única solución sería la interpretación de la ley, porque también la pluralidad de herederos se equipara a la copropiedad hereditaria entre los mismos, respecto a un patrimonio como conjunto de bienes, derechos y obligaciones que constituyen los productos hereditarios y es evidente que cuando hay comunidad de intereses se introducen una serie de conflictos para determinar o resolver al respecto.

Sobre el particular, consideramos que la obligación que deba ejecutarse, cuando concurren dos o más herederos, no habrá si no tomarlos como solidarios respecto a la obligación, porque es obvio que el acto jurídico a realizar no se podrá -- repartir o partir mancomunadamente entre ellos, es decir, en este caso no podrá hacerse valer la regla que ordena que deberá responder en proporción a su haber hereditario.

En otro orden de cosas tenemos que la pluralidad daría -- lugar a que los herederos se nieguen a verificar la práctica de los actos encomendados, y aún cuando el mandante quisiera demandar en la sucesión del mandatario, sería infructuosa su ejecución forzosa, toda vez que la obligación que se les impone procede de lo que hemos comentado topándose ante esas -- dificultades.

Por consiguiente, derivado de la indivisibilidad de la --

obligación y de la mancomunidad para responder de las deudas de su antecesor, la pluralidad en el mandato dejaría entonces sin efecto alguno a esta regla, ya que ante la confusión de - lo anterior, traería consigo la inobservancia de la obliga- ción que se transmite a los herederos, en virtud de descono- cer la forma prudente de resolver esta cuestión. En circuns- tancias normales, cuando sólo una persona lo recibe a título universal, no habrá problema, pues lo más lógico es que sólo respondiese a la obligación que consideramos con anterioridad a este estudio, sin embargo, la pluralidad de voluntades hará más complicado su cumplimiento, presunción que se funda en el desacuerdo de sólo uno de ellos y en el deseo de no ver merma da su porción ante una obligación de hacer.

Es bastante raro encontrar en una sucesión la disposición del testador manifestando que es mandatario y que debe ejecu- tar tal o cual acto en favor de determinada persona, por lo - que en la mayoría de los casos se ignora esta relación y al - aceptar los herederos la herencia, después la conocerán, cuando el mandante se las haga saber. Por tal razón, dentro del estudio del precepto que contiene esa imposición, creímos con veniente que sólo en determinadas circunstancias y en determi- nadas obligaciones estarán obligados, pero nunca a tomar para sí el cumplimiento o la ejecución del acto. En su defecto, - al hablar de la pluralidad deben tomarse otras medidas entre las cuales expresamos que la obligación por consiguiente no - será transmisible por ocurrir circunstancias especiales, ta- les como considerar a los herederos mancomunados y no solida- rios de la obligación, ya que heredan en la misma proporción

el pasivo de lo que reciben. Ahora bien, siguiendo con esta misma idea, en caso de incumplimiento deberán ser responsables de pagar daños y perjuicios al mandante, en virtud de no haber realizado los actos o diligencias indispensables; a este respecto considero que aún cuando haya la posibilidad de ser estos cuantificados, no estarán obligados los herederos a resarcirle al mandante, toda vez que por la multivida -- función del principio de equidad y por la explicación anterior, quedarán libres de toda carga.

Por otro lado tenemos que el contrato de mandato presupone la confianza que el mandante depositó en el mandatario y éste en admitirlo a su cargo, en consecuencia debe darse por terminado el mismo a la muerte de cualquiera de las partes, en virtud de que el mandante no tendrá la misma confianza con el o los herederos y éstos a su vez en no admitirlo, considerando que el mandato lo debe continuar el mandante o bien a instancias de éste nombrar otro y terminar aquél lo que la muerte no le permitió realizar al mandatario original.

La pluralidad, como ya hemos visto, es una figura conflictiva, de la cual es poco probable se respete ese derecho que da el Código al mandante, ya que difiere en primer lugar de la modalidad de la obligación y en segundo no dispone la forma equitativa y justa en que cada heredero responderá --- frente a la transmisión, la cual se ve reducida ante el conjunto de personas para las que es la obligación, por consiguiente la calidad de ser más de uno justificaría los problemas que por ello se acarrearán.

Se pensará que con la multiplicidad de herederos se ha-

rá menor la carga para todos éstos, suena lógico, sin embargo, vuelve a presentarse aquí el problema de la indivisibilidad, que no es aplicable por las reflexiones comentadas, por lo -- que en sentido amplio diremos que las razones por las que he tenido que optar por estas soluciones, se derivan de consecuencias necesarias ante la falta de disposiciones que prescriban sobre estas circunstancias.

Con respecto al contrato de obra a precio alzado, se presenta una situación totalmente diferente en cuanto a la pluralidad, ya que atenúa las cargas de los herederos, sin embargo apegándonos a los conceptos del Código, en donde no se rescinde el contrato ésta pasaría a plantear un grave problema en razón de que se desconoce verdaderamente la voluntad del dueño de la obra, si bien es cierto que acordamos que la transmisión era válida, pero en la forma y términos con que tratamos al heredero de responder para con el empresario, es obvio que nuestra solución sería cuantificable y responderían todos y - cada uno de los herederos, de acuerdo a su haber hereditario; creemos que en los pasos que sigue el Código, existe la presunción de realizar obligaciones de hacer y en todo caso estaríamos frente al problema que se nos presentó en el estudio - del mandato, en virtud de que obliga a responder del cumplimiento del contrato hasta lo último, obligación que sujeta a los herederos sin saber éstos hasta dónde pueden alcanzar los bienes heredados y los deberes que su causante se obligó en - el clausulado del contrato.

Consiguientemente la pluralidad versará en que los herederos cumplan para con el empresario, porque tomarán para sí

el activo y aceptarán la herencia sin conocer la obligación - que se les transmite, sino hasta cuando el empresario se los haga saber, como sucede en el mandato.

Aclaro que en este punto no tomamos el hecho de que tanto deberá pagar cada heredero, sino del deber que tendrán de respetar los términos pactados en el contrato, es decir, - en ser responsables de su cumplimiento para con el empresario.

En cuanto a la fianza. - La pluralidad merece un tratamiento distinto, ya que todos se convierten, por consiguiente, en deudores de los acreedores del difunto. Al efecto ya comentamos este punto al tratar que dicha transmisión, aún cuando también es válida, resulta por demás injusta. Por lo tanto, desde el punto de vista lógico, si consideramos arbitraria la transmisión de esta obligación a un solo heredero, estaríamos ante una falta de equidad cuando respondan ante el - acreedor. No quiero que se mal interprete nuestro concepto y para ser entendible, por principio de cuentas, no entreveo aquí la repartición de la carga a cada heredero, ya que se -- pensará, como lo comenté con el anterior contrato, que la multiplicidad de esto haga, en consecuencia, menos gravosa la -- deuda, sino lo que trato de dar a comprender, es que con la - pluralidad habrá más intereses perjudicados, es decir, no tomamos el principio de la proporción, sino el de lo justo.

Del análisis de todo lo anterior encontramos con acierto lo que expresa Rojina Villegas:

" Los acreedores de la herencia, son los sujetos privilegiados del derecho hereditario ". (56)

Porque para ellos va destinada parte de la masa hereditaria, muy a pesar de los supuestos y consideraciones expuestos en el presente estudio, pero claro está que son opiniones particulares.

### 3. RESTRICCIONES A LA PERSONALIDAD JURIDICA DE LOS HEREDEROS.

Sin duda resulta interesante estudiar el criterio que se presenta cuando a la persona a quien se le sucede y ordena el cumplimiento de la obligación después de la muerte de su antecesor, cuente con minoría de edad o padezca de algún estado de interdicción, observamos que son restricciones a la personalidad jurídica que representan la imposibilidad de poder -- realizar tal disposición por su cuenta.

Desprendido del punto anterior, también resulta intrigante que la obligación que impone a los herederos es aplicable entonces a quienes tengan su representación, por consiguiente y dada la incapacidad jurídica de las personas a que hacemos referencia, tendrán pues que asistirse de otras para que los suplan. Aunado también a lo anterior, está el problema que consiste en el conocimiento de la existencia de la obligación. Así tenemos, por lo tanto :

En el mandato : - Consideramos que no están obligados -- los herederos en virtud de estas prescripciones y discrepancias que tenemos. Cómo puede ser posible que por ministerio de ley tengan que asumir la responsabilidad de los perjuicios derivados en caso de incumplimiento. Ahora bien, es cierto -- que se les tendrá que asistir de representante, y como lo manifestamos con anterioridad, parece natural que en caso de incapacidad o minoría corresponde a éstos el adoptar las medi--

das a las que se refiere el precepto legal a estudio, es decir, la obligación que aquí se impone a los herederos, por consiguiente también será aplicable a quienes tengan su representación.

Para lo cual creemos conveniente primero : Que tratándose de los menores de edad y de los incapacitados, independientemente que conozcan o no el mandato, no estarán obligados a ejecutar los actos que las circunstancias hagan necesarios, es decir, no importa que los herederos conozcan el mandato, sino lo que importa es de que sean capaces de obligarse por la aceptación del mandato, pero en los términos y circunstancias que acordamos, bien pueden quedar incluidas en practicar, por lo tanto, la ignorancia del menor o incapaz no es relevante, ya que donde sí la tomaríamos es cuando el heredero sea mayor y capaz a la muerte del mandatario.

En otro orden de ideas, por el principio de equidad en el cual nos hemos fundado, la mayoría de las veces admitimos lo que sucede en caso de muerte del mandatario, pero veamos que cuando el mandatario cae en estado de interdicción se resuelve que por ser una situación imprevista termina el mandato, encontrando su fundamento legal en la fracción cuarta del artículo 2449 del ordenamiento legal en consulta y en este caso al mandante no le va a quedar más que buscar un mandatario. Véase que no hay disposición que obligue a sus descendientes a darle por lo menos aviso al mandante de tal causa, la cual bien puede desconocer. Por lo que nos preguntamos por qué no sucede lo mismo a su muerte, ya que creemos que la interdicción del mandatario bien puede por igual per-

judicar los intereses del mandante.

Por otro lado, con respecto a la idea de representación, por el mismo principio resolvemos que tampoco pasan a éstos - las medidas marcadas por el Código, aún cuando exista la presunción de que en defecto de los herederos deberán responder los representantes, porque por igual desconocen y les es imposible que puedan realizar las diligencias que se dice que son indispensables, además resultaría injusto aplicar estos deberes a personas que para los fines del derecho realizan una -- función social.

En otro orden de ideas creo oportuno hablar, dentro de - este punto, sobre la aptitud que a veces el mandatario tendrá para la práctica del mandato, es decir, en ocasiones considero que se deberá contar con conocimientos para ejecutar damente el mandato, por lo que es difícil de encontrar las -- mismas cualidades en el heredero, tratándose aún más cuando - son menores de edad o están en un estado de interdicción. --- Ahora bien, se pensará en el representante, pero tal vez carezca también de estas aptitudes para desempeñar o ejecutar - el mandato.

Por lo tanto, la solución que consideramos es que no podrán ser llamados a proveer las necesidades que en ese momento se ameriten y a tomar las medidas conservativas exigidas - por la ley.

Con respecto al contrato de obra a precio alzado : - Como citamos, es una obligación válida, pero hasta donde la consideramos justa, ya que en nuestro concepto deberá rescindir-se el contrato y cuantificarse los gastos y trabajos practica

dos por el empresario. Por consiguiente en la minoría de edad o el estado de interdicción de los herederos sería ilógico apegarlos a los términos pactados en el contrato, pero no, porque para ello estaría su representante. No olvidemos que para nosotros la obligación es injusta, estén o no los herederos bajo estas prescripciones.

La situación es la siguiente : El Código encuentra obligados a los herederos aún cuando cuenten con estas restricciones, a través de la persona que esté a su cargo, ya que - estos suplen la incapacidad.

Ahora bien, conforme a esta disposición, los actos efectuados por el representante consistirán en responder en todo caso del cumplimiento del contrato, ya que, como se desprende de la interpretación del precepto, no quedará excluido de los efectos que contiene y que forman parte de las obligaciones de los herederos.

Atendiendo este criterio, sustenté de nuevo mi tesis -- personal al respecto, manifestando que no obstante que los menores que heredan de su padre esta obligación que ya fue estudiada en puntos anteriores, y por las particularidades - que encontramos, no es transmisible para los herederos ni para los representantes, ya que lo único que se les requerirá es el pago en los términos en que acordamos, sin contraer esta clase de obligación.

En lo que se refiere a la fianza. - La minoría de edad y el estado de interdicción de los herederos nos permite hacer una serie de obligaciones que fácilmente se perciben; no concebimos la idea de que se imponga a éstos el deber de pa-

gar al acreedor lo que un deudor, distinto de su padre, se obligó y al mismo tiempo pase a la persona que tenga su representación.

Establecimos que con la muerte del fiador se extingue la fianza, por lo tanto nos parece aún más natural que se dé por terminada y no se transmita su cumplimiento al heredero o a los representantes, por razones de justicia y equidad, porque independientemente de las prescripciones que estudiamos, nos parece que dicha transmisión no es infundada, sino injusta para los herederos, ya que por lo expuesto, de ninguna manera se exceptúan éstos de la obligación.

C O N C L U S I O N E S

1. Propongo sea derogado el Artículo 2456 del Código Civil del Estado de México, en virtud de que la obligación contenida en dicho precepto no debería recaer sobre los herederos del mandatario, en consideración a que no todos los derechos, ni todas las obligaciones se transmiten al heredero. Porque hay, en efecto, derechos y obligaciones tan inherentes a la persona que se acaban y se extinguen con ella.

2. Afirmando que en el contrato del mandato sí termina con la muerte del mandatario, extinguiéndose con todos sus efectos, debiéndose aplicar la regla general contenida en la fracción III del Artículo 2449 del Código Civil del Estado de México.

3. El Artículo 2456 del Código Civil del Estado de México sería injusto si se aplicara a los herederos del mandatario que fueran ignorantes con respecto a las obligaciones del mandatario, o del nombre y domicilio del mandante; ya que ante dicho desconocimiento no pueden ser responsables y por lo tanto la Ley debería contemplar la ignorancia como excepción a la responsabilidad originada por dicho precepto.

4. El Artículo 2456 del Código Civil del Estado de México sería también injusto, si se aplicara a los que tuvieren la representación legal de los herederos incapaces del mandatario, ya que por ministerio de ley tendrían que asumir la responsabilidad derivada del contrato. Por lo tanto la incapacidad de los herederos debería considerarse como excepción a la responsabilidad contenida con dicho precepto, ya que resultaría injusto aplicar estas obligaciones a personas, que para los fines del derecho, realizan una función social.

5. Los herederos del mandatario, serán responsables de informar al mandante la muerte de su causante, siempre y cuando ellos mismos también sean informados del mandato y conozcan el domicilio y nombre del mandante; y tengan la capacidad de obligarse.

6. Propongo sea derogado el Artículo 2493 del Código Civil del Estado de México, ya que la obligación contenida en este precepto limita principios fundamentales del derecho, ya que restringe la facultad potestativa de decidir si se acepta o se repudia el deber derivado de dicho Artículo, por no rescindir el contrato y ordenar el cumplimiento obligatorio para el heredero.

7. Afirno que la rescisión del contrato de obra a precio alzado debe proceder por la muerte del dueño de la obra.

8. La responsabilidad de los herederos del dueño de la obra, no será tomar a su cargo el cumplimiento del contrato, sino que será de completa justicia que éstos respondan para el empresario exclusivamente del reembolso de todos los gastos por el material comprado y utilizado, cuantificándose -- tiempo y avance de la obra: tomándose como una indemniza--- ción justa que no lesione los derechos, tanto del empresario como de los herederos del dueño de la obra.

9. Propongo sea derogado el Artículo 2653 del Código - Civil del Estado de México, ya que esta obligación no es una disposición particular de la fianza, sino que es una obliga- ción que se considera contraída por el heredero a la muerte de su antecesor, y como éste sucede en los bienes, derechos y obligaciones del de cujus, también se piensa que lo será - en satisfacer todas las cargas del contrato de fianza.

B I B L I O G R A F I A

- 1 ) AGUILAR CARBAJAL, Leopoldo. Contratos Civiles. Editorial Porrúa, Sexta Edición, México 1981.
- 2 ) ARCE Y CERVANTES, José. Libro de Cincuentenario Civil. U N A M 1978.
- 3 ) BONNECASE, Julián. Tratado Práctico del Derecho Civil -- Francés.
- 4 ) BRAVO GONZALEZ Y BIALOSTOSKI, Sara. Compendio de Derecho Romano. Editorial Pax. México 1975.
- 5 ) COLIN Y CAPITAN. Curso Elemental de Derecho Civil. Tomo V. p.p. 671.
- 6 ) DE PINA, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. -- Editorial Porrúa. Volúmen IV. Tercera Edición. México 1954.
- 7 ) ENNECCERUS. Derecho de Obligaciones. Traducción Española. Volúmen II. Editorial. Barcelona. 1944.
- 8 ) ESCRICHE, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Tomo I. Editorial Cárdenas. Primera Edición. México 1979.
- 9 ) GARCIA GOYENA. Concordancias, Motivos y Comentarios del - Código Civil Español. Tomo IV. Madrid 1852.
- 10) GUTIERREZ Y GONZALEZ. Derecho de las Obligaciones. Quinta Edición, Editorial Cajica, Pue.-Méx. 1974.
- 11) IGLESIAS, Juan. Derecho Romano. Editorial Ariel, S.A., -- Sexta Edición. Madrid 1972.
- 12) L. LALINDE ABADIA. Derecho Histórico Español. Editorial Arias. Barcelona 1974.
- 13) LEHMANN Y HEDEMANN. Derecho de Obligaciones. Volúmen III. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1958.
- 14) MARGADANT, Guillermo F. Derecho Romano. Editorial Esfinge, S. A. Décima Edición. México 1981.
- 15) MAZZEAUD. Derecho Civil. Parte Cuarta. Editorial Jurídicas. Europa-América. Buenos Aires. 1965.
- 16) MINERVINI, Gustavo. El Mandato. Editorial Bosch. Barcelona 1959.
- 17) MUÑOZ, Luis. Comentarios al Código Civil. Editorial Cárdenas. Volúmen II. Segunda Edición. México 1983.
- 18) MUÑOZ, Luis. Teoría General de los Contratos. Editorial Cárdenas. Primera Edición. México 1980.

- 19) MURGA, José Luis. Contratos. Editorial Atalaya. México 1947.
- 20) PALLARES, Eduardo. Formulario de Juicios Civiles. Décima tercera edición. Editorial Porrúa. México 1982.
- 21) PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Editorial Porrúa, Segunda edición. México 1985.
- 22) PIUG, Brutau. Fundamentos de Derecho Civil. Volúmen II Tomo II. Editorial Bosch. Barcelona 1956.
- 23) REZZONICO, Luis María. Estudio de los Contratos. Editorial Roque de Palma. 1959.
- 24) RIPERT, Boulanger. Contratos Civiles. Tomo VIII. Editorial La Ley. 1965.
- 25) ROA BARCENAS, Manuel. Manual Teórico Práctico y Razonado de Obligaciones y Contratos en México. 1961.
- 26) RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil Editorial Porrúa. Tomo II, Séptima Edición, México 1983.
- 27) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Editorial Porrúa. Tomo IV. Décima Tercera Edición. México 1981.
- 28) SANCHEZ MEDAL, Ramón. Contratos Civiles. Editorial Porrúa, S. A. Sexta Edición. México 1982.
- 29) SANCHEZ MEDAL, Ramón. Resolución de los Contratos por Incumplimiento. Editorial Porrúa, S. A. Segunda Edición. México 1980.
- 30) SCAEVOLA. Código Civil. Tomo XXVI. Volúmen I. Instituto Editorial Reus. Madrid 1949.
- 31) TREVIÑO GARCIA, Ricardo. Contratos Civiles y sus Generalidades. Tercera Edición. Editorial Font, S. A. Guadalajara, Jalisco. 1970.
- 32) ZAMORA Y VALENCIA. Contratos Civiles. Editorial Porrúa, S. A., Primera Edición. México 1981.

- 33) Apuntes de Derecho Civil (Contratos Cíviles).
- 34) Código Civil del Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. Editorial Porrúa, 53ª Edición, México 1984.
- 35) Código Civil para el Estado Libre y Soberano de México. Editorial Cajica, S. A. Quinta Edición. Pue-Méx. 1985.
- 36) Código de Comercio y Leyes Complementarias. Editorial Porrúa, 43ª Edición, México 1984.
- 37) Jurisprudencia 1917 - 1965. Apéndice del Semanario Judicial de la Federación. Cuarta Parte. Tercera Sala.
- 38) Jurisprudencia 1917 - 1975. Apéndice del Semanario Judicial de la Federación. Cuarta Parte. Tercera Sala. p.p. 1236.
- 39) Jurisprudencia 1917 - 1985. Apéndice del Semanario Judicial de la Federación. Cuarta Parte. Tercera Sala. Editorial Francisco Barrutieta. Méx. 1985. --- 1070.