



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN"

264
207
2000 07 20
ACATLAN
2000

"LA APLICACION DEL PACTO COMISORIO EN EL
INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES"

T E S I S
QUE PARA OPTAR AL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
OSWALDO ALBERTO ROSAS BUENO

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

JULIO DE 1994





Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

" LA APLICACION DEL PACTO COMISORIO EN EL INCUMPLIMIENTO
DE LAS OBLIGACIONES "

I N D I C E

Pág.

INTRODUCCION

i

CAPITULO I

DE LAS OBLIGACIONES.

1.- Concepto.....	1
2.- Fuentes de las Obligaciones.....	10
3.- Clasificación de las Obligaciones.....	26

CAPITULO II

EL CONTRATO COMO FUENTE DE LAS OBLIGACIONES

1.- Concepto.....	36
2.- Elementos del Contrato.....	42
3.- Clasificación de los Contratos.....	68
4.- Modalidades de los Contratos.....	84

CAPITULO III

EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

1.- El Nexum.....	89
2.- La Mora.....	95
3.- Teoría de los Riesgos.....	104
4.- Daños y Perjuicios.....	109
5.- Penal Convencional.....	113
6.- Teoría de la Imprevisión.....	118

CAPITULO IV

EL PACTO COMISORIO

1.- Antecedentes Históricos.....	123
2.- El Pacto Comisorio en el Código de 1928.....	129
3.- El Pacto Comisorio como Modalidad de las obligaciones...	134

CAPITULO V

EL PACTO COMISORIO APLICADO EN EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES.

1.- El Pacto Comisorio y la Resolución de las Obligaciones.....	138
2.- Aplicación Práctica de la Resolución por Incumplimiento.....	143
3.- Naturaleza Jurídica y Retroactividad de la Resolución.....	151
4.- La Ejecución Forzada.....	157
CONCLUSIONES.....	161
BIBLIOGRAFIA.....	166

INTRODUCCION

Se estima que, en tratándose de obligaciones, lo normal es que las mismas sean cumplidas. Sin embargo, en el devenir del tráfico económico, se presenta el incumplimiento de ellas, acuñándose de esta suerte el aforismo que reza: "el incumplimiento es la parte patológica de las obligaciones", que parece sugerir que la regla indiscutible es el cumplimiento, mientras que el incumplimiento constituye la excepción.

Precisamente en el incumplimiento de las obligaciones, se actualiza la hipótesis normativa que queda contenida en el Código Civil vigente para el Distrito Federal, y que se ha denominado "el pacto comisorio". En el desarrollo propio de esta investigación se determina la ratio iuris por la que se incorpora esta figura en el Derecho Positivo Mexicano, partiendo para ello, de una perspectiva histórica que desde el Derecho Romano hasta las legislaciones actuales ha alcanzado el pacto comisorio.

En la estructuración misma del presente estudio, se profundiza además en la naturaleza jurídica de la figura de marraz, con el propósito de determinar si resulta en sustancia una condición resolutoria o bien, se trata de una figura completamente independiente, con diversa regulación y con efectos jurídicos bien determinados, para lo cual se observan y atienden los criterios doctrinales más diversos, así como también los Códigos que han incorporado en su contenido la regulación de esta figura.

La aplicación práctica del pacto comisorio, reviste también especial importancia, considerando para ello el gran número de controversias ventiladas en el foro judicial, por lo que se atienden algunos aspectos particulares relacionados

con las consecuencias más relevantes en el ámbito de la técnica jurídica. Por la naturaleza propia de la figura en estudio, la clasificación de los contratos que se aborda, responde a un método uniforme y generalizado, adoptado por la mayoría de tratadistas que integran la Doctrina en el sistema jurídico mexicano.

Finalmente, es de observarse que el criterio adoptado en este proyecto prescinde, exclusivamente por razones de método y espacio, de una valoración metajurídica sobre las implicaciones que actualmente trae aparejada una figura que es resultado de la más arcaica casuística y que como instrumento para "dar a cada quien lo que le corresponde", no ha sido modificada en aras de una mejor justicia distributiva.

C A P I T U L O I

DE LAS OBLIGACIONES.

- 1.- CONCEPTO
- 2.- FUENTES DE LAS OBLIGACIONES.
- 3.- CLASIFICACION DE LAS OBLIGACIONES.

1.- CONCEPTO.

Antes de emprender el estudio de las obligaciones, conviene tener presente cuáles son los derechos que integran el patrimonio de los particulares, los que en sustancia divide la doctrina en derechos personales o de crédito y derechos reales.

Precisando lo anterior, el derecho de crédito se ha definido como una relación existente entre dos personas de las cuales una, llamada acreedor, puede exigir de otra llamada deudor, un hecho determinado apreciable en dinero. Esta relación puede ser considerada bajo dos puntos de vista: desde el aspecto del acreedor, es un derecho de crédito que cuenta en el activo de su patrimonio, del lado del deudor, es una deuda que también figura en su patrimonio, es una obligación.

Comparando los derechos reales y los derechos personales u obligaciones, existen diversidad de teorías que pretenden distinguir con claridad el punto de distinción entre unos y otros. Podemos hacer una clasificación de estas doctrinas en tres grupos.

Primero. Tesis dualistas que postulan en forma radical la separación entre los derechos reales y personales. Comprende dos variantes: a) La escuela de la Exégesis en Francia y b) La teoría económica de Bonnecase.

Segundo. Doctrinas monistas que afirman la identidad de los derechos reales y personales. A su vez tienen dos variantes. Tesis personalista de Ortolan, Planiol y Demogue, que identifican los derechos reales con los personales y tesis objetivista de Gaudemet, Jallu, Gazin y Saleilles, que asimilan los derechos personales con los reales.

Tercero. Doctrinas eclécticas que reconocen una identidad en el aspecto externo de estos derechos patrimoniales o diferenciación en el aspecto interno.

Los autores de la Escuela Clásica, consideran que existe una separación irreductible entre los derechos reales y los personales. Señalan que el derecho real es un poder jurídico que se ejerce en forma inmediata y directa sobre un bien para su aprovechamiento total o parcial, siendo este poder oponible a terceros, valedero erga omnes.

Por otra parte, en el derecho personal la Escuela Clásica no encuentra ninguna de estas características. Definen al derecho de crédito como una relación jurídica que otorga al acreedor la facultad de exigir del deudor una prestación o una abstención de carácter patrimonial. Distinguen en consecuencia los siguientes elementos: a) Una relación entre sujeto activo y pasivo. b) La facultad que nace de la relación jurídica en favor del acreedor para exigir cierta conducta del deudor. c) El objeto de esta relación jurídica, que consiste en una prestación o abstención de carácter patrimonial o simplemente moral. (1)

En la actualidad, se rechaza la teoría exegética o clásica. Julian Bonecasse por otra parte, presente una variante de la teoría dualista, afirmando que la separación entre derechos reales y personales no sólo es jurídica, sino también económica. Bonecasse encuentra que hay dos fenómenos económicos fundamentales diversos que constituyen el contenido respectivo de los derechos reales y personales. Estos fenómenos económicos son: a. La apropiación de riqueza y 2. La prestación de un servicio.

(1) Planiol. Tratado Elemental de Derecho Civil. Cit. Pos. Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. T. III Bienes Derechos Reales y Posesión; 3a. ed., Ed. Porrúa. p. 90 y ss.

Estima este autor que los fenómenos de apropiación de riqueza y de utilización de servicios son inconfundibles, pues constituyen factores diversos de la producción. En lo que toca a la apropiación de la riqueza, ésta no puede desarrollarse en forma arbitraria, pues el derecho interviene para regular sus distintas formas. En el preciso momento en que una norma jurídica organiza la apropiación de riqueza nace el derecho real. Por esta razón Bonnacase define a los derechos reales como la organización jurídica de la apropiación de riqueza. En cambio, el derecho personal no es otra cosa que la organización jurídica del servicio, definición que tiene por supuesto que el derecho de crédito tiene como base la utilización de los servicios ajenos.

En contra de la teoría tradicional, han surgido dos escuelas unitarias que pretenden que los derechos personales son de la misma naturaleza que los reales.

En principio, las escuelas unitarias emprenden una crítica a la distinción establecida por la Escuela Clásica, señalando que todo derecho es una relación entre personas, siendo imposible que exista una relación del orden jurídico entre una persona y una cosa.

La primera de las teorías unitarias, denominada personalista, afirma que en todo derecho hay siempre un sujeto activo al que es atribuido el derecho y, por otra parte, la masa de todos los hombres, obligados a dejar obrar a quien pertenece el derecho (derecho real). Existen casos, por el contrario, en donde además de encontrar esa obligación general, el derecho confiere al sujeto activo la facultad de exigir individualmente a una persona una acción o inacción (derecho personal). En conclusión, se señala que en tanto los derechos reales son derechos patrimoniales absolutos, los derechos personales son derechos patrimoniales relativos, pero ambos guardan la misma naturaleza, la de obligación.

Como segunda teoría que pretende identificar a los derechos reales y personales, encontramos la teoría ecléctica, misma que para definir a los derechos reales estima que se deben considerar los dos aspectos bajo los cuales se presentan. En su aspecto interno, el derecho real representa un poder jurídico directo sobre la cosa, y en su aspecto externo lo que aparece es la obligación por hacer respetar la situación del titular respecto de la cosa, obligación que difiere sustancialmente de la individual que caracteriza al derecho personal. (2)

Visto lo anterior, y encontrando una identificación entre el derecho de crédito y la obligación, comunmente se define a ésta como "...el vínculo jurídico por virtud del cual una persona denominada deudor, se encuentra constreñida a ejecutar algo en favor de otra persona llamada acreedor." (3)

Con identidad de elementos, Borja Soriano aporta la siguiente definición:

"Obligación es la relación jurídica entre dos personas en virtud de la cual una de ellas, llamada deudor, queda sujeta para con otra, llamada acreedor, a una prestación o a una abstención de carácter patrimonial, que el acreedor puede exigir al deudor." (4)

Como antecedente, es de señalarse que las Institutas de Justiniano identificaban a la obligación como un vínculo jurídico por el que se constriñe a una persona a pagar alguna cosa: *Obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura.*

(2) Cfr. Borja Soriano, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. 8a. ed., México, Editorial Porrúa, 1982. p. 76 y ss.

(3) Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo V, Vol. I, Obligaciones, 8a. ed., México, Editorial Porrúa, 1985. p. 9.

(4) Borja Soriano, Manuel. Op. Cit. p. 71.

De esta forma, la obligación queda comprendida como un "vínculo jurídico que nos constriñe en la necesidad de pagar alguna cosa conforme a las leyes de nuestra ciudad."

La definición que se desprende de las Institutas de Justiniano y que caracteriza a la obligación como un vínculo jurídico que constriñe, ha perdido en la actualidad el significado que guardaba para los romanos, ello en razón de que la obligación moderna puede serde personas indeterminadas o sólo determinadas por acto posterior. En la obligación romana, el elemento patrimonial es suprimido por el elemento personal, al paso que en la obligación moderna el elemento patrimonial deja en la penumbra al elemento personal.

De esta forma, en las definiciones modernas se parte de los elementos aportados por el concepto romano, sustituyéndose sin embargo el término "vínculo jurídico", por el de "relación jurídica". Los elementos propios de la obligación, serán entonces los sujetos que intervienen, de los cuales uno de ellos será el acreedor y el otro el deudor, la relación jurídica existente entre ellos, y un objeto, que puede consistir en dar, hacer o no hacer.

Cabe señalar que en cuanto a los sujetos, algunas obligaciones exigen la determinación concreta de los mismos, y otras admiten la indeterminación al constituirse el vínculo o relación jurídica, para determinarse en forma posterior al exigirse o al cumplirse la obligación. Igualmente, en las definiciones de la obligación existe la tendencia llamada patrimonial que considera que el objeto debe ser siempre valorizable en dinero, postura sostenida pos la Escuela Exegética francesa. (5)

(5) Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. p. 11.

La tendencia patrimonial no es adoptada en el Código Civil vigente, pues se estima que simplemente basta que el objeto de la obligación implique una satisfacción para el acreedor a efecto de que éste tenga interés jurídico en exigir el hecho o la abstención. El Código anterior, por el contrario, consideraba legalmente imposible el objeto del contrato u obligación, si éste no podía reducirse a un valor exigible, sancionando en consecuencia con la inexistencia el contrato cuyo objeto no fuera valorizable en dinero.

En cuanto al objeto de las obligaciones, existen también criterios opuestos al identificar el contenido del mismo. Planiol, por ejemplo, simplifica el objeto reduciéndolo a una prestación positiva o negativa. En cambio, Colin y Capitant establecen los tres objetos de la obligación: dar, hacer y no hacer, subdividiendo a las primeras en obligaciones de pagar una suma de dinero o entregar alguna cosa, de donde se desprenden en realidad cuatro objetos.

Un criterio moderno que evita la subdivisión del objeto de las obligaciones, considera que el contenido de la obligación es una prestación o una abstención.

Recapitulando en lo que toca a la relación jurídica, se señalaba ya que la definición romana ha sido sustituida en cuanto al término "vínculo jurídico". Ello obedece a que verdaderamente, en Roma el acreedor ejercía un poder jurídico sobre la persona, patrimonio y libertad del deudor, lo que provocaba en ocasiones, que en caso de incumplimiento se llegaba a la coacción sobre la persona del deudor, sometiéndolo a trabajos forzados o privándole de la vida. Pretendiendo atenuar esta circunstancia, el derecho romano ha sido substituido por el actual en cuanto al término "vínculo jurídico."

En franca oposición, Rafael Rojina Villegas comenta que la relación jurídica no es un elemento de la obligación como en forma sistemática se enuncia en los tratados de Derecho Civil. Expone este autor que la relación jurídica articula todos los elementos simples, y que esta articulación es de carácter funcional, pues pone en movimiento todos los elementos simples. La relación jurídica será entonces un elemento ideal.

Por otra parte, la relación jurídica origina dos facultades distintas para el acreedor: la facultad de recibir u obtener y la facultad de exigir. A su vez, la obligación impone dos situaciones jurídicas diversas: el deber jurídico del deudor y la responsabilidad patrimonial para el caso de incumplimiento, en el deudor o en tercera persona.

A estas facultades o elementos, se les asigna un antecedente histórico remoto, afirmándose que originalmente los romanos hablaban de *nexum* y de *obligatio* para designar la situación personal del hombre libre que en razón de haber contraído una deuda quedaba personalmente sometido al acreedor.

Los autores germánicos recogieron la idea de la distinción y mantuvieron la distinción entre el *Shuld* y el *Haftung* (respectivamente, deber y garantía).

Vistos los elementos de la obligación, Gutiérrez y González, desde un punto de vista diverso, señala que la obligación en sentido lato "...es la necesidad jurídica de cumplir voluntariamente una prestación, de carácter patrimonial (pecuniaria o moral), en favor de un sujeto que eventualmente puede llegar a existir, o en favor de un sujeto que ya existe."
(6)

(6) Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. 7a. ed., México, Editorial Porrúa, 1990. p. 32.

Coincidiendo con el criterio sustentado por Borja Soriano y Rojina Villegas, explica Gutiérrez y González el contenido de la relación jurídica, enunciando a continuación el concepto de obligación en sentido estricto.

"...Es la necesidad jurídica de mantenerse en aptitud de cumplir voluntariamente una prestación de carácter patrimonial (pecuniaria o moral) en favor de un sujeto que eventualmente puede llegar a existir." (7)

Con este criterio, Gutiérrez y González desestima las definiciones tradicionales en torno a la obligación, utilizando para ello como modelo la que propone Von Tuhr, quien identifica a la obligación como una relación jurídica establecida entre dos o más personas, por virtud de la cual una de ellas, el deudor -deudor- se constituye en el deber de entregar a otra -acreedor, deudor- una prestación. En términos del autor en consulta, esta definición resulta deficiente, en virtud de que : a) no es obligatorio que exista un acreedor que se coloque frente al obligado y b) no comprenden las definiciones tradicionales el caso de la declaración unilateral de voluntad, y que por sí mismas son fuente generadora de obligaciones.

Independientemente de que la declaración unilateral de voluntad constituya una fuente de las obligaciones, el criterio mantenido por la mayoría de tratadistas al conceptualizar la obligación, si unifica la totalidad de elementos propios a esta figura, esto es, los sujetos que intervienen y el objeto, de lo cual resulta que son enteramente válida cuantas definiciones se propongan y consideren en conjunto estos elementos.

En conclusión, y por guardar los elementos a que se alude, para los efectos propios de esta investigación se adopta la definición propuesta por el maestro Borja Soriano, ya transcrita con anterioridad.

2.- FUENTE DE LAS OBLIGACIONES.

Resulta ahora pertinente considerar el origen de las obligaciones, para lo cual se examinan a continuación en forma sumaria cuáles son las fuentes de las mismas, atendiendo para ello al desarrollo que la Teoría de las Obligaciones adquirió en Roma, ya que según las Institutas, toda obligación se origina por un contrato o por un delito.

La obligación puede originarse por un contrato *ex contractu*, que presupone un acuerdo de voluntades previo como requisito elemental y primario, dependiendo su fuerza obligatoria, excepción hecha de los contratos consensuales, de un elemento real o formal.

En forma posterior, los postclásicos crean las figuras del cuasicontrato y del cuasidelito, mismas que comprenden figuras heterogéneas y de nueva creación que se vinculan a los contratos a través de la analogía.

En una forma más completa, integrando las cuatro fuentes de las obligaciones aportadas por la jurisprudencia romana, la doctrina de los justineanos determina como fuentes de las obligaciones las siguientes: contratos, cuasi-contratos, delitos y cuasi-delitos, "*aut enim (obligationis) ex contractu sun aut quiasi ex contractu aut ex maleficio aut quiasi ex maleficio*" (7)

Al parecer, las figuras de los cuasi-contratos y de los cuasi-delitos, fueron incorporados en forma tardía y a partir de cierta sanción del pretor.

(7) Inst. 3.13.2. Cit Pos. Juan Iglesias, Derecho Romano, 9a. ed., Barcelona, Editorial Ariel, 1987. p. 415.

Continuando con la presente exposición en torno a las fuentes de las obligaciones, y entendiendo por éstas las que sugiere el tratadista Arias Ramos, observamos que son "los hechos jurídicos en virtud de los cuales dos personas se encuentran en la situación de acreedor y deudor una de otra, es decir, las causas que engendran una obligación..." (8)

Coincidiendo Arias Ramos con el criterio general que clasifica a las fuentes de las obligaciones, y apegándose a la postura de las Institutas en cuanto a que una persona es deudora de otra, o porque así lo han convenido de común acuerdo, o porque la primera ha realizado en contra de la segunda un acto ilícito que ha de reparar. Sin embargo, el propio autor emprende la aclaración en el sentido de que por el término *contractus* no se comprendían como fuente de las obligaciones en Roma aquellos que derivan únicamente de un convenio, sino que por los mismos también se aludía a los negocios jurídicos en los que la obligación nacía por voluntad de la parte obligada, pero que no implicaba necesariamente un acuerdo o convenio.

Consecuente con la posición anterior, Arias Ramos observa que la clasificación en cita es insuficiente, pues existe una porción de causas generadoras de obligaciones que no son ni contratos ni delitos, citando para ello el caso de un legado, el pago de lo indebido y tantos otros. Es por esta razón que en una obra posterior atribuida al propio Gayo, denominada *Res Cottidianae* se añadió un tercer elemento denominado con la vaga voz de *variae causarum figurae*, con el notable riesgo de que la misma peca de imprecisión, sin señalar las características propias de aquellos actos que estarían incluidos en la misma, existiendo en consecuencia una gran heterogeneidad de causas.

(8) Arias Ramos, Juan. Derecho Romano. 11a. ed., Madrid, Revista de Derecho Privado, 1969. p. 643.

En forma posterior, se incorporaron las dos categorías que en forma tradicional considera la Teoría de las Obligaciones en el derecho romano, y que se atribuía a los compiladores, quienes afirmaron que las obligaciones surgen por contrato, por delito, cuasi-contrato y cuasi-delito, sin enunciar por ello en términos más claros cuáles son las figuras que deben quedar comprendidas en las dos últimas clasificaciones. En esta forma, observamos que la clasificación de las fuentes de las obligaciones en cuasi-contratos y cuasi-delitos peca de la misma imprecisión y falta de homogeneidad que guarda el rubro que cita Gayo y que denomina *variae causarum figurae*.

Emprendiendo otra clasificación, Planiol señala que las fuentes de las obligaciones se reducen a dos: el contrato y la ley, absorbiendo ésta al cuasi-contrato, al delito y al cuasi-delito.

Demogue por su parte señala como fuente de las obligaciones el contrato, la voluntad unilateral del deudor, el delito y el cuasi-delito, el cuasi contrato y el simple hecho que engendra una obligación en donde la Ley no considera a la voluntad.

Por su parte, Colin y Capitant clasifican a las fuentes de las obligaciones de la manera siguiente: 1o. el contrato; 2. la promesa unilateral; 3o. los actos ilícitos; 4o. el enriquecimiento injusto; 5o. la gestión de negocios.

En el derecho positivo mexicano, se consideran al contrato y a la declaración unilateral de voluntad como fuentes generadoras de obligaciones, al igual que la oferta al público, la estipulación a favor de tercero, los títulos de crédito a la orden y al portador, el enriquecimiento ilegítimo, el pago de lo indebido, la gestión de negocios, el hecho ilícito, el daño moral, el abuso de los derechos, el riesgo creado y los hechos puramente materiales.

Atendiendo a la primera de las fuentes de las obligaciones, el contrato ha sido definido como "un acuerdo de dos o varias voluntades en vista de producir efectos jurídicos. Contratando, las partes pueden tener por fin, sea crear una relación de derecho: crear o transmitir un derecho real o dar nacimiento a obligaciones" (9)

Brevemente señalaremos a continuación algún concepto y características que sirvan de referencia para comprender las fuentes de las obligaciones que se han indicado.

La declaración unilateral de voluntad. Ya desde el derecho romano únicamente se otorgaba fuerza obligatoria a la declaración unilateral de voluntad en dos circunstancias: en el voto o promesa a alguna divinidad y en la peticitación hecha a alguna ciudad. Sin embargo, la postura de los tratadistas franceses ha negado toda eficacia a esta fuente generadora de obligaciones.

Es uniforme el criterio de sostener, entre los tratadistas franceses, el principio según el cual la obligación no puede resultar sino de un acuerdo de voluntad entre dos o más personas; en ningún lugar de su obra -señalan-, los redactores del Código Civil parecen haber sospechado que podía ser posible para un deudor crear una obligación a su cargo por su sola voluntad.

En este criterio, se inscriben Pothier, Laurent, Demolombe, Ripert y Boulanger, Baudry-Lacantinerie y Barde, así como Planiol, señalando éste último que: "No queda como fuente posible de obligaciones voluntarias sino el acuerdo entre el acreedor y el deudor, es decir, el contrato." (10)

(9) Borja Soriano, Manuel. Op. Cit. p. 111.

(10) Ibid p. 296.

Con una postura idéntica a la anterior, en el Derecho español se mantiene la dirección de negar a la declaración unilateral el carácter de fuente de las obligaciones. Escriche, v.gr., señala en su diccionario que "Toda obligación nace o de la Ley o de un contrato o de un hecho personal", y que las fuentes de las obligaciones son los contratos, delitos, cuasidelitos y la Ley.

En lo que toca a nuestros Códigos de 1870 y 1884, nunca se menciona a la declaración unilateral de voluntad como fuente de las obligaciones, adoptándose en consecuencia el criterio sustentado por la doctrina francesa.

En el caso particular del Código Civil de 1928 que actualmente se encuentra en vigor, no se señala a la declaración unilateral como fuente de las obligaciones, a la manera del contrato, que encuentra esta característica en el artículo 1796 del mismo Código. No obstante carecer la declaración unilateral del carácter de fuente general de obligaciones, el Código actual dedica un capítulo a la declaración unilateral de voluntad, comprendiendo a partir del artículo 1860 a 1881, la regulación de tres especies, a saber: la oferta al público, la estipulación a favor de tercero y la obligación en documentos civiles a la orden o al portador.

El hecho de considerar como fuente excepcional de las obligaciones en el actual Código a la declaración unilateral, deviene de la fuerte influencia que el Código Civil Alemán ha ejercido en la Comisión redactora del mismo.

Señaladas las tres especies que como declaración unilateral de voluntad regula el Código Civil vigente, se examinan a continuación las disposiciones que en forma concreta las contienen.

A). **Oferta de venta.** Señala el artículo 1860 del Código Civil vigente que: "El hecho de ofrecer al público objetos en determinado precio, obliga al dueño a sostener su ofrecimiento". Esta oferta será entónces una declaración de voluntad que exige una recepción, por la cual una persona propone a otra la celebración de un contrato.

B). **Promesa de recompensa.** Contiene esta figura el artículo 1861 del Ordenamiento legal en consulta, mismo que determina: "El que por anuncios u ofrecimientos hechos al público se comprometa a alguna prestación en favor de quien llene determinada condición o desempeñe cierto servicio, contrae la obligación de cumplir lo prometido". En el mismo sentido, regulan la promesa de recompensa los artículos 1862 al 1865 del Código Civil: "Artículo 1862. El que en los términos del artículo anterior ejecutare el servicio pedido o llenare la condición señalada, podrá pedir el pago o la recompensa ofrecida". "Artículo 1863. Antes de que esté prestado el servicio o cumplida la condición, podrá el promitente revocar su oferta, siempre que la revocación se haga con la misma publicidad que el ofrecimiento. En este caso, el que pruebe que ha hecho erogaciones para prestar el servicio o cumplir la condición por la que se había ofrecido recompensa, tiene derecho a que se le reembolse". "Artículo 1864. Si se hubiere señalado plazo para la ejecución de la obra, no podrá revocar el promitente su ofrecimiento mientras no esté vencido el plazo". "Artículo 1865. Si el acto señalado por el promitente fuere ejecutado por más de un individuo, tendrán derecho a la recompensa: I. El que primero ejecutare la obra o cumpliere la condición; II. Si la ejecución es simultánea, o varios llenan al mismo tiempo la condición, se repartirá la recompensa por partes iguales; III. Si la recompensa no fuere divisible, se sorteará entre los interesados". De la lectura de los preceptos indicados se advierte que la obligación resulta, simplemente, de la manifestación unilateral de voluntad del promitente.

C). Concurso con promesa de recompensa. Bajo la influencia de los Códigos Civiles de Brasil y Alemania, se incorporan en nuestra legislación civil los artículos 1866 y 1867, mismos que respectivamente señalan: "En los concursos en que haya promesa de recompensa para los que llenaren ciertas condiciones, es requisito esencial que se fije un plazo". "El promitente tiene derecho de designar la persona que deba decidir a quién o a quiénes de los concursantes se otorga la recompensa".

D). Estipulación a favor de tercero. El Código Civil de 1928, regula la estipulación a favor de tercero en sus artículos 1868, 1869, 1870, 1871 y 1872. Consiste esta figura en que al celebrarse un contrato, un contratante estipula de otro que éste ejecutará determinada prestación en favor de un tercero, al cual no represente el estipulante, sino que éste obra en nombre propio. Esta estipulación no afecta la validez del contrato que se celebra, confiriendo al estipulante el derecho de exigir del promitente el cumplimiento de la obligación a favor del tercero. Se establece que el derecho del tercero nace de la estipulación al momento de perfeccionarse el contrato y desde entonces, aun sin conocimiento de ello, adquiere una acción directa que entra en su patrimonio.

E). Los títulos de crédito a la orden y al portador. Las disposiciones que contiene el Código Civil de 1928 en relación a los títulos de crédito, concretamente en los artículos 1873 al 1881 del capítulo dedicado a la declaración unilateral de la voluntad, han sido derogadas por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito del 26 de Agosto de 1932. En efecto, el artículo 3º transitorio señala: "Se derogan todas las demás leyes y disposiciones que se opongan a la presente". Los documentos a la orden y al portador que refiere el Código Civil, guardan la misma naturaleza que los títulos de crédito mercantiles.

Diverso a la declaración unilateral de voluntad como fuente de las obligaciones, se identifica también el enriquecimiento ilegítimo, figura plenamente reconocida e incorporada en el Código Civil vigente a partir del artículo 1882 al 1895. En efecto, el artículo 1882 señala: "El que sin causa se enriquece en detrimento de otro, está obligado a indemnizarlo de su empobrecimiento en la medida que él se ha enriquecido".

De la disposición anteriormente transcrita, sobresalen los elementos del enriquecimiento ilegítimo, a saber: a). El enriquecimiento de una persona. b) El empobrecimiento de otra. c) La relación entre el enriquecimiento y el empobrecimiento. d). Ausencia de causa. De esta figura se genera una obligación a cargo de quien se enriquece y a favor del que se empobrece en razón de que este último puede reclamar la indemnización de su empobrecimiento en la medida en que el primero se ha enriquecido.

Acorde con esta regulación del Código sustantivo, el Código de Procedimientos Civiles vigente establecen su artículo 26: "El enriquecimiento sin causa de una parte con detrimento de otra, presta mérito al perjudicado para ejercitar la acción de indemnización en la medida en que aquella se enriqueció". Se ha designado a esta acción con el nombre de *in rem verso*.

El pago de lo indebido. Se dice que hay pago de lo indebido cuando una persona, creyendo por error que es deudora de otra, le entrega una cosa o ejecuta otra prestación a favor de ella. Esta figura queda contenida a partir del artículo 1883 del Código Civil vigente: "Cuando se reciba alguna cosa que no se tenía derecho de exigir y que por error ha sido indebidamente pagada, se tiene obligación de restituirla (...)".

De la lectura del artículo que se indica, se observa que el error es estimado como elemento del pago de lo indebido, en este punto es oportuno señalar que conforma al artículo 1813 del mismo Ordenamiento, el error puede ser de derecho o de hecho.

Gestión de Negocios. Señala el artículo 1896: "El que sin mandato y sin estar obligado a ello se encargue de un asunto de otro, debe obrar conforme a los intereses del dueño". La gestión de negocios consistirá entonces en el hecho de una persona (el gestor) administre voluntariamente el negocio de otra persona (el dueño) sin mandato de parte de este último. Esta figura guarda cierta semejanza con el mandato, sin embargo, en la gestión de negocios no se guarda la obligación por medio de contrato, pues se asume de propia autoridad el cuidado de los negocios de un tercero.

Se señalan como principales obligaciones del gestor, las siguientes: a). el gestor debe obrar conforme a los intereses del dueño del negocio (art. 1896 del Código Civil); b). Debe desempeñar su encargo con toda la diligencia que emplea en sus negocios propios (art. 1897 del mismo Código); c). Tan pronto como sea posible debe dar aviso de su gestión al dueño y esperar su decisión. Si esto no resultare posible, deberá continuar con la gestión hasta que concluya el asunto (art. 1902 del Código Civil) y d). No tiene derecho de cobrar retribución por el desempeño de la gestión (art. 1094 del mismo Ordenamiento).

Como obligaciones del dueño, los artículos 1903 y 1904 son claros en este aspecto. Dicen respectivamente estas disposiciones: "El dueño de un asunto que hubiere sido últimamente gestionado debe...pagar los gastos de acuerdo con lo prevenido en los artículos siguientes".

Artículo 1904: "Deben pagarse al gestor los gastos necesarios que hubiere hecho en el ejercicio de su cargo y los intereses legales correspondientes, pero no tiene derecho de cobrar retribución por el desempeño de la gestión".

Es de observarse que la gestión de negocios, dentro de la doctrina actual, ha sido comprendida precisamente como el cuasicontrato a que aluden las Institutas de Justiniano. Efectivamente, en la exposición de motivos del Código de 1870 se designa la gestión de negocios como cuasi contrato, reglamentándose también en el Código de 1884 en un capítulo especial denominado: "Del mandato o procuración y de la prestación de servicios profesionales".

Se ha integrado dentro de las fuentes de las obligaciones, a los delitos y la responsabilidad civil. Desde la exposición de motivos del Código Penal de 1871, se señalaba con claridad que quien causara a otro daños y perjuicios, o le usurpara alguna cosa, estaba obligado a reparar aquellos y a restituir ésta, que propiamente en lo que consiste la responsabilidad civil, de donde la legislación aplicable resultó ser, desde luego, el Código Civil.

De lo anterior, resulta que, en virtud de la comisión de un delito, o sea el hecho o la omisión contrarios a una Ley penal, produce la responsabilidad civil, que, como ya se indicó, consiste en la obligación que tiene el responsable de hacer la restitución, la reparación, la indemnización y el pago de los gastos judiciales.

Por otra parte, el Código Civil en contiene un capítulo dedicado a las obligaciones que nacen de los actos ilícitos, iniciando por el artículo 1910, mismo que determina: "El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que

demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima".

Dentro de este mismo capítulo, se regula la responsabilidad del incapaz (art. 1911), de las personas morales (art. 1918) y del Estado. Asimismo se determina en qué debe consistir la reparación del daño: "Artículo: La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios".

Para fijar el monto de la indemnización, el artículo 1915, modificado por decreto de fecha 16 de diciembre de 1975, señala la forma y referencias que se deben considerar: "Artículo 1915. Cuando el dao se cause a las personas y produzca la muerte, incapacidad total o permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal, el grado de la reparación se determinará atendiendo a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo. Para calcular la indemnización que corresponda se tomará como base el cuádruplo del salario mínimo diario más alto que esté en vigor en la región y se extenderá al número de días que para cada una de las incapacidades mencionadas señala la Ley Federal del Trabajo. En caso de muerte la indemnización corresponderá a los herederos de la víctima (...)".

En este mismo capítulo, se incluye también la responsabilidad por los hechos de otras personas, situación que se presenta cuando quienes ejercen la patria potestad tienen la obligación de responder de los daños y perjuicios causados por los actos de los menores que estén bajo su poder y que habiten con ellos (art. 1919). Así también se determina la responsabilidad de los directores de colegios, de los tutores, maestros artesanos, dueños de establecimientos mercantiles, de los jefes de casa y los dueños de hoteles.

Se considera, igualmente, la responsabilidad que deriva del hecho provocado por los animales. Dice en este sentido el artículo 1929: "El dueño de un animal pagará el daño causado por éste, si no probare alguna de estas circunstancias: I. Que lo guardaba y vigilaba con el cuidado necesario; II Que el animal fue provocado; III Que hubo imprudencia por parte del ofendido y IV Que el hecho resulte de caso fortuito o de fuerza mayor." La responsabilidad del dueño del animal se fundamenta en la presunción de culpa que deriva de la falta de guarda y vigilancia.

Finalmente, los artículos 1931 y 1932 establecen la responsabilidad que deriva de la ruina de un edificio, por humo o gases nocivos, por la caída de árboles, por ciertas emanaciones, por depósitos de agua y por otras causas. Señalan literalmente estos preceptos:

"Artículo 1931. El propietario de un edificio es responsable de los daños que resulten por la ruina de todo o parte de él, si esta sobreviene por falta de reparaciones necesarias o por vicios de construcción."

"Artículo 1932. Igualmente responderán los propietarios de los daños causados:

- I. Por explosión de máquinas o por la inflamación de sustancias explosivas;
- II. Por el humo o gases que sean nocivos a las personas o a las propiedades;
- III. Por la caída de sus árboles, cuando no sea ocasionada por fuerza mayor;
- IV. Por las emanaciones de cloacas o depósitos de materiales infectantes;
- V. Por los depósitos de agua que humedezcan la pared del vecino o derramen sobre la propiedad de éste;
- VI. Por el peso o movimiento de las máquinas, por las aglomeraciones de materias o animales nocivos o por

cualquier causa que sin derecho origine algún daño.

El daño moral. Se ha afirmado que el daño moral es un perjuicio extrapatrimonial, no económico, distinguiendo dos categorías de daños que se oponen categóricamente. Por una parte, se encuentran aquellos que afectan la parte social del individuo: hieren a un sujeto en su honor, reputación, consideración; por otra parte, se encuentran aquellos que le hieren en sus afectos. En este orden, se estima también que los primeros llegan a ocasionar cierto daño pecuniario.

El Código Civil vigente reconoce expresamente el daño moral en su artículo 1916, concebido en estos términos: "Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, o bien en la consideración que de sí mismo tienen los demás."

"Independientemente de los daños y perjuicios, el juez puede acordar en favor de la víctima de un hecho ilícito, o de su familia, si aquella muere, una indemnización equitativa, a título de reparación moral, que pagará el responsable del hecho. Esta indemnización no podrá exceder de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará al Estado en el caso previsto en el artículo 1928."

De esta suerte, la ley viene a establecer una sanción pecuniaria a cargo del culpable y a favor de la víctima. Se razona comúnmente señalando que esta prestación procura a la víctima un aumento en su patrimonio, aumento que puede aplicar a goces diversos. El hecho de saber que esa suma de dinero se ha obtenido del culpable, debe mitigar la amargura de la ofensa y calmar en cierta medida el deseo de venganza. La reparación moral consiste en una suma de dinero que fija el juez atendiendo a las circunstancias.

El abuso de los derechos. Esta fuente de obligaciones parte del supuesto de que el ejercicio de un derecho no puede ser ilimitado. En este sentido se sostiene que el ejercicio de un derecho es abusivo cuando es practicado con la intención de perjudicar a otro.

Bonecasse, citado por Borja Soriano, señala que la jurisprudencia francesa divide en dos partes la noción del abuso del derecho. Por una parte, se observa un estado psicológico y, por otra, una situación material.

"En el primero sentido, el abuso de los derechos, ve el hecho de una persona que ejercita un derecho de la que es titular, con el único fin de perjudicar a otro, por consiguiente, sin interés para ella misma. En su segundo sentido, el abuso de los derechos sirve para designar el acto de una persona que ocasiona un perjuicio a otra, traspasando los límites materiales de un derecho que le pertenece sin disputa, y que sólo en apariencia reviste un carácter absoluto...Elementos constitutivos de esta fórmula: 1º ejercicio de un derecho; 2º ausencia de utilidad para el titular de ese derecho; 3º intención nociva; 4º perjuicio efectivamente ocasionado a otro..." (11)

El Código de 1884, apegándose al Código Napoleón, no contiene artículo alguno que se refiera a la teoría del abuso del derecho, situación que sí regula el actual, que, siguiendo el criterio de Bonecasse, contiene los artículos 840 y 1912, mismos que a continuación se citan.

(11) *Ibid.* pág. 377.

"Artículo 840. No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicio a un tercero, sin utilidad para el propietario."

"Artículo 1912. Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo, si se demuestra que el derecho sólo se ejercita a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho."

El riesgo creado o la responsabilidad objetiva.
En este apartado quedan comprendidos los riesgos profesionales y la utilización de objetos peligrosos. Por lo que toca al primero de estos aspectos, la Constitución General de la República en su artículo 123 fracción XIV, la Ley Federal del Trabajo en sus artículos 473, 488, 489 y 514, así como el Código Civil en sus artículos 1935 al 1937, reconocen la responsabilidad objetiva de los patronos en los casos de accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales.

"Artículo 1935. Los patronos son responsables de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales de los trabajadores sufridas con motivo o en el ejercicio de la profesión o trabajo que ejecuten; por lo tanto los patronos deben pagar la indemnización correspondiente, según que hayan traído como consecuencia o simplemente la incapacidad temporal o permanente para trabajar. Esta responsabilidad subsistirá aun en el caso de que el patrón contrate el trabajo por intermediario."

"Artículo 1936. Incumbe a los patronos el pago de la responsabilidad que nace de los accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales, independientemente de toda idea de culpa o negligencia de su parte."

"Artículo 1937. El patrón no responderá de los accidentes del trabajo, cuando el trabajador voluntariamente los haya producido."

Por otra parte, en cuanto a la utilización de objetos peligrosos, es de aplicarse la disposición contenida en el artículo 1913 del Ordenamiento Legal en consulta, mismo que determina: "Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias peligrosos por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima."

Es de importancia señalar que en esta especie de responsabilidad resulta enteramente indistinta la influencia de la licitud o ilicitud del hecho que cause el daño, pues la persona perjudicada queda en aptitud de reclamar la indemnización correspondiente, con independencia total del proceso penal que puede existir y de la sentencia que se llegare a pronunciar.

Los hechos puramente materiales. Existen hechos que, con entera independencia del hombre, producen obligaciones, algunos de ellos son los comprendidos en la siguiente relación: a) El parentesco; b) El hecho de la minoridad o la demencia, de donde se desprende la responsabilidad de los tutores de no rehusar la función que les deferida; c) El hecho de que una pared sea medianera, lo que origina la obligación a cargo de los propietarios de repararla; d) Los hechos generadores de la responsabilidad objetiva, figura que se ha examinado con anterioridad.

3.- CLASIFICACION DE LAS OBLIGACIONES.

Sin pretender agotar en su totalidad la exposición que se presenta respecto a la Teoría de las Obligaciones en el Derecho Romano, se sugieren algunas clasificaciones que parten de esa construcción dogmática.

En primera instancia, y partiendo de un criterio romanista, Eugéne Petit clasifica a las obligaciones de la siguiente forma:

1.- Obligaciones civiles. Estas se oponen a las obligaciones naturales, es decir, aquellas que se encuentran desprovistas de sanción. En la obligación civil la relación se establecía en todos sus aspectos, de tal forma que en caso de incumplimiento estaban protegidas por una *actio*, otorgándose un verdadero poder jurídico al acreedor sobre la persona, voluntad y libertad del deudor. Las obligaciones naturales no contaban con alguna *actio* en el caso de incumplimiento, sin embargo, guardaban algunos efectos, por ejemplo, en caso de pago, no procedía la restitución, en virtud de que no se consideraba como un pago de lo indebido. También se estimaba que el pago se tenía como cumplimiento de obligaciones y no como una donación. Otro efecto radicaba en que esta obligación natural podía ser garantizada con prenda, hipoteca o fianza, para transformarse en una obligación civil.

El Código Civil vigente se refiere al concepto de obligación natural en el artículo 1849 que señala: "El que ha pagado para cumplir una deuda prescrita o para cumplir un deber moral no tiene derecho a repetir." Además de este precepto existen los artículos 2767, 2768 y 2769 del mismo Código, que en forma expresa tratan de la distinción entre obligación natural y civil.

(12) Petit, Eugéne. Tratado Elemental de Derecho Romano. Trad. José Fernández González, Madrid, Editorial REUS, 1924. p. 315.

En efecto, el artículo 2767 dice: "El que pierde en un juego o apuesta que no estén prohibidos, queda obligado civilmente con tal que la pérdida no exceda de la vigésima parte de su fortuna". En este sentido, se distingue la obligación civil de la natural en el momento en que el legislador reconoce que puede una persona obligarse civilmente, de donde resulta que existe otra forma de obligación. El artículo 2768, confirma esta idea al declarar que: "la deuda de juego o de apuesta prohibidos no puede compensarse ni ser convertida por novación en una obligación civilmente eficaz". Por último, el artículo 1769 dispone que: "El que hubiere firmado una obligación que en realidad tenía por causa de una deuda de juego o de apuesta prohibidos, conserva, aunque se atribuya a la obligación una causa civilmente eficaz, la excepción que nace del artículo anterior, y se puede probar por todos los medios la causa real de la obligación".

2.- Obligaciones civiles y honorarias. Cuando se quiere precisar la autoridad que ha provisto de sanción a alguna obligación, se las divide en civiles y honorarias, entendiéndose por las primeras las generadas por el *ius civile*, y las segundas, aquellas que han sido impuestas por los edictos de los magistrados o pretores.

3.-Obligaciones que derivan de un contrato, un delito, cuasicontrato y cuasidelito. Finalmente, Eugène Petit clasifica a las obligaciones atendiendo a la fuente a partir de la cual se originan.

Otro criterio para clasificar a las obligaciones, lo enuncia el tratadista Juan Arias Ramos, quien, coincidiendo con Eugène Petit en cuanto a colocar en primer término a las obligaciones que guardan eficacia a través de un *actio*, o en cuanto a la índole del derecho que las reconoce, pasa a dividir las en:

A) **Obligaciones civiles y naturales.** En este punto, el tratadista en revisión señala que:

"Se entiende por obligaciones civiles aquellas en las que el acreedor dispone de una **actio** para exigir su cumplimiento, mientras que las obligaciones naturales...son las desprovistas de acción, y por tanto, carecen de medio jurídico del cual pueda servirse el acreedor para constreñir al deudor al cumplimiento..." (13)

Este autor, al referirse a las obligaciones naturales, precisa que las mismas sí pueden generar ciertas consecuencias de derecho, supuesto éste que se presenta cuando se retiene lo que se ha pagado espontáneamente, sin que el deudor pueda ejercitar a futuro una **condictio** por la que reclame la devolución de lo que fue pagado sin deberlo. A la anterior hipótesis puede añadirse la posibilidad de que las obligaciones naturales sean susceptibles de novarse, sustituyéndose por otra civil. Se cita como caso de obligación natural, aquella que deriva de un simple pacto, es decir, de un acuerdo de voluntades desprovisto de formalidades y que no llega a constituir un verdadero contrato.

B) **Obligaciones civiles y honorarias.** Coincidiendo con la sistemática que Eugène Petit aborda, Arias Ramos ubica esta segunda clasificación, entendiendo por obligaciones civiles aquellas que han sido sancionadas por una acción de carácter civil, frente a las pretorias u "honorarias", las que únicamente se encuentran provistas de una acción introducida por el pretor.

C) En cuanto a su objeto, las obligaciones admiten diversas clasificaciones. El término "objeto", alude a una prestación, es decir, al comportamiento o abstención que el deudor ha de guardar en relación al acreedor. De esta forma se clasifican las obligaciones en :

(13) Arias Ramos, Juan. Op. Cit. p. 557.

1). Obligaciones divisibles e indivisibles, considerando como divisible a una obligación cuando su objeto es susceptible de fraccionarse y el cumplimiento puede presentarse por acumulación de pagos parciales; en otras obligaciones el objeto no puede fraccionarse, y por ello se dice que tales obligaciones son indivisibles.

2). Asimismo, en cuanto a su objeto, las obligaciones encuentran una división en alternativas, entendiendo por estas aquellas en las que se señalan varias obligaciones para que el deudor cumpla sólo una de ellas, bien a elección suya o del acreedor.

3). En orden al objeto, se encuentran también las obligaciones facultativas, entendiendo por éstas aquellas que tienen un solo objeto o prestación y en las que se permite al deudor pagar cumpliendo con otra prestación distinta prevista en el título constitutivo de la obligación o en un precepto legal.

4). Finalmente, en cuanto a su objeto, encontramos las obligaciones genéricas, mismas que tienen por objeto un cuerpo cierto y que se presentan cuando el deudor debe dar objetos o cumplir una prestación o prestaciones correspondientes a cierta categoría, pero que no son señaladas individualmente.

D) Una vez presentadas las distintas clases de obligaciones que existen por razón de su objeto, abordaremos las distintas clases que se presentan por razón de los sujetos.

En primer término, encontramos las obligaciones *propter rem*, que serán aquellas en las cuales el acreedor o el deudor, o ambos a la vez, no son conocidos individualmente en el momento de constituirse la obligación, ni son los mismos desde que la obligación nace hasta que se extingue, sino que se señala

como sujeto activo o pasivo a determinada persona que se encuentra en una determinada situación, especificada en el acto constitutivo de la obligación.

Por otro lado, se presentan las obligaciones solidarias cuando existen diversos acreedores o deudores, de tal suerte que cada uno de los acreedores puede exigir a cada uno de los deudores el cumplimiento de la totalidad de la prestación, y pagada a uno de aquellos o cumplida por uno de éstos, la obligación queda disuelta respecto de todos los demás. Son estas precisamente las obligaciones denominadas *insolidum*, cuando la pluralidad de los sujetos está en los acreedores; serán "solidarias pasivas", si son varios los deudores y obligaciones con solidaridad activa y pasiva, cuando la pluralidad se da en ambos sujetos.

En el mismo supuesto, esto es, cuando existe pluralidad de sujetos, se señalan otras modalidades, esta vez enunciadas por el maestro de la Universidad Compuhtense, Juan Iglesias, en la siguiente forma:

- 1.- **Obligaciones precarias.** Cuando existe pluralidad de sujetos principales y cada uno de ellos se encuentra frente al otro en posición de independencia, se habla de obligaciones precarias *-pro parte, pro rata-*. La independencia significa que cada acreedor tiene derecho a exigir una parte de la prestación, y cada deudor se halla obligada respecto de una cuota de la misma (...)
- 2.- **Obligaciones Acumulativas.** Cuando el deudor se halla obligado por la entera prestación frente a varios acreedores o cada uno de los deudores frente a un acreedor...producese acumulación de obligaciones (...)
- 3.- **./.. Obligaciones solidarias.** Estas se presentan...cuando hay una pluralidad de acreedores o deudores, y cada uno de

ellos debe realizar la entera prestación, se habla de **solidaridad.**" (14)

Partiendo del criterio sustentado por Gutiérrez y González, las obligaciones pueden clasificarse en: (15)

a) Obligaciones civiles. Que serán aquellas que se generan por una relación entre personas que deben regir su conducta conforme a lo dispuesto por el Código Civil.

b) Obligaciones mercantiles. Que serán aquellas que se generen por una relación entre personas que deben regir su conducta conforme a lo dispuesto por la legislación mercantil, o aquella conducta que es considerada por la ley como mercantil, abstracción hecha de las personas que participan en la misma.

c) Obligaciones mixtas. Serán las que deriven de la celebración de un acto que no es intrínsecamente mercantil, en la cual una de las partes es comerciante y la otra es un civil.

Actualmente, se alude a las obligaciones complejas, esto es, aquellas que tienen pluralidad de sujetos y de objetos. El Código Civil vigente ha establecido un criterio firme para distinguir a estas distintas clases de obligaciones atendiendo a la variedad de sujetos, y de esta suerte, en el artículo 1984 se declara: "Cuando hay pluralidad de deudores o de acreedores, tratándose de una misma obligación, existe la mancomunidad."

(14) Iglesias, Juan. Derecho Romano. 9a. ed., Barcelona, Editorial Ariel, 1987. p. 398 y 399.

(15) Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho de las obligaciones. 7a. ed., México, Editorial Porrúa, 1990. p. 55.

En el caso de las obligaciones mancomunadas, el Código Civil señala que la deuda se considera dividida en tantas partes como deudores o acreedores haya y cada parte constituye una deuda o crédito distintos unos de otros (art. 1985).

En lo que toca a la solidaridad, señala el artículo 1987: "Además de la mancomunidad, habrá solidaridad activa, cuando dos o más acreedores tienen derecho para exigir, cada uno de por sí, el cumplimiento total de la obligación; y solidaridad pasiva cuando dos o más deudores reporten la obligación de prestar, cada uno de por sí, en su totalidad, la prestación debida."

Conforme a lo señalado, hay simple mancomunidad cuando la prestación es exigida a prorrata por diversos acreedores a un solo deudor (simple mancomunidad activa), o es sufrida a prorrata por diversos deudores a favor de un acreedor (simple mancomunidad pasiva). De esta forma se puede considerar que el género de las obligaciones complejas por pluralidad de acreedores o de deudores se llama mancomunidad, y que ésta a su vez comprende dos especies: la mancomunidad y la solidaridad.

Por otra parte, el Código vigente también se refiere a las obligaciones indivisibles. En efecto, el artículo 2003 del Ordenamiento en consulta establece que las obligaciones son indivisibles cuando las prestaciones no sean susceptibles de cumplirse en diversas partes, y a contrario sensu, serán divisibles, cuando tengan por objeto prestaciones cuya realización pueda ejecutarse parcialmente. De esta forma, la división se establece atendiendo al objeto y no a los sujetos.

En otro orden, existen también las obligaciones denominadas **alternativas**, que serán aquellas cuyo objeto consiste en dos o más prestaciones debidas, en forma tal, que el deudor se libera totalmente cumpliendo una de ellas.

Conforme al artículo 1963 del Código Civil, en principio la elección corresponde al deudor, a no ser que expresamente se haya estipulado lo contrario, Sin embargo, se señala también que el deudor perderá el derecho de elección cuando, de las prestaciones a que alternativamente estuviere obligado, sólo una fuere realizable (artículos 1963 al 1965 del Código Civil).

En las obligaciones alternativas se presentan los siguientes principios:

a) Cuando las dos cosas objeto de una obligación alternativa se pierden por caso fortuito, el deudor queda libre de la obligación (art. 1968).

b) Si una de las cosas se pierde por caso fortuito y la otra por culpa del deudor, este debe pagar el precio de la última que se perdió (art. 1967).

c) Si una de las cosas se pierde sin culpa del deudor, el acreedor deberá recibir aquella que haya quedado (art. 1970).

d) "Si ambas cosas se perdieren por culpa del deudor, podrá el acreedor exigir el valor de cualquiera de ellas, con los daños y perjuicios, o la rescisión del contrato." (art. 1971).

e) Cuando las cosas se perdieren sin culpa del deudor, estando hecha la elección, la pérdida será por cuenta del acreedor; si la elección no se hubiere hecho, quedará el contrato sin efecto (art. 1972).

f) Cuando se pierden las cosas por culpa del acreedor siendo de éste la elección, podrá devolver el precio que quiera respecto a alguna de ellas (arts. 1975 y 1976).

El Código Civil también regula la existencia de las obligaciones facultativas. Se entiende por obligaciones facultativas aquellas en donde el deudor debe una prestación única, pero con facultad de liberarse cumpliendo otra prestación determinada, en lugar de la debida.

Estas obligaciones recaen entonces en un solo objeto. Lo que puede pagarse en lugar de la obligación debida, es solamente un medio de liberación y no el cumplimiento de la obligación.

Se distinguen también las obligaciones conjuntivas, denominadas también complejas por contener varias prestaciones conjuntamente, de tal suerte que el deudor queda obligado a ejecutar diversas cosas o hechos, en tal forma que sólo se libera dando todas las cosas o prestando todos los hechos. En particular se regulan por el artículo 1961, mismo que determina: "El que sea obligado a diversas cosas o hechos conjuntamente, debe dar todas las primeras y prestar todos los segundos".

La obligación conjuntiva puede comprender al mismo tiempo obligaciones de dar, de hacer y de no hacer. Puede también darse el caso de que la obligación se refiere a diversas prestaciones de dar únicamente, o en su caso, de hacer o de no hacer. Resulta también posible que el mismo vínculo jurídico comprenda conjuntamente obligaciones de dar, hacer y no hacer y que cada una de estas prestaciones o abstenciones pueda ser única o múltiple.

C A P I T U L O I I

EL CONTRATO COMO FUENTE DE LAS OBLIGACIONES.

- 1.- CONCEPTO.
- 2.- ELEMENTOS DEL CONTRATO.
- 3.- CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS.
- 4.- MODALIDADES DE LOS CONTRATOS.

1.- CONCEPTO.

Observamos en el capítulo anterior que la Teoría de las Obligaciones en el Derecho Romano reconocía cuatro fuentes, partiendo del criterio sustentado por las Institutas de Justiniano, de donde se desprende que toda obligación se origina por un contrato, cuasicontrato, delito y cuasidelito.

De esta suerte, cuando la obligación se origina por un contrato, se presume la existencia de un acuerdo de voluntades previo como requisito elemental y primario, dependiendo su fuerza obligatoria, excepción hecha de los contratos consensuales, de un elemento real o formal.

En lo que corresponde al concepto del contrato, y partiendo del cuadro que se ha trazado en el desarrollo de esta investigación, partiendo del derecho romano, abordaremos las definiciones propuestas por los autores que emprenden la exposición del dogmatismo jurídico clásico. De esta forma, Arias Ramos señala que el contrato es:

"...Un acuerdo de voluntades entre dos o más personas reconocido y amparado por la ley, y encaminado a crear una o varias obligaciones..." (16)

Observa a continuación el tratadista en mención, que en la actualidad, no obstante ser equiparados en los diversos ordenamientos las palabras convenio y contrato, en la Roma clásica, no todo acuerdo de voluntades era considerado como contrato, sino sólo aquellos a los que la ley atribuía efectos de engendrar obligaciones y que se encontraban ampliamente protegidos mediante una *actio*, razón por la cual la legislación

(16) Op. Cit. p. 592.

actual nos proporciona una definición del contrato y el derecho romano nos otorga una lista.

En el mismo orden, los romanos, para nombrar todo acuerdo de voluntades utilizaron los términos equivalentes de **pactum, conventum, pacto, conventio y consensus**, consagrándose en la misma etapa el principio de que todo contrato lleva consigo un pacto, ya que sin acuerdo de voluntades no hay pactos, principio éste que permitía incorporar el pacto comisorio que actualmente se encuentra plenamente reconocido en nuestra legislación y que, sin embargo, en el período de referencia debía incorporarse como un requisito adicional a la convención para que se elevara a la categoría de contrato.

Por su parte, y a manera de definición, Juan Iglesias en su Derecho Romano, propone la siguiente:

"Según la concepción romana de la época clásica, contrato - contractus-, es el acto lícito. que, descansando en un acuerdo de voluntades, se endereza a la constitución de un vínculo obligatorio". (17)

Señala a continuación el autor en cita que, presuponiendo el acuerdo de voluntades sólo en los contratos consensuales dependen exclusivamente de éste las consecuencias jurídicas, supeditándose en los demás y para tal efecto, a la forma, aunque en forma posterior, y específicamente en el Derecho Justineano, predominara el acuerdo de voluntades.

Congruente con lo expuesto hasta aquí, E. Petit, en su obra ya citada, coloca especial énfasis en la convención existente en todo contrato:

(17) Op. Cit. p. 416.

"En todo contrato hay una convención (...) la voluntad de las partes es soberana, la ley la sanciona y toda convención destinada a producir obligación se califica de contrato". (18)

En estos términos, se aprecia ya en toda su firmeza el principio de la autonomía de la voluntad que actualmente se incorpora en la regulación de los contratos. Así es en efecto, aunque aclara el propio autor que a la simple voluntad no se le otorgaba por sí misma fuerza obligatoria, haciéndose indispensable anexar ciertas formalidades "cuya ventaja es dar más certidumbre y fuerza al consentimiento de las partes...encerrando en límites precisos la manifestación de voluntad". (19)

En cuanto a la legislación vigente, el contrato queda definido en los artículos 1792 y 1793 del Código Civil, comprendidos ambos en el Libro Cuarto, "De las Obligaciones", Primera Parte, Título Primero, "Fuente de las Obligaciones".

"Artículo 1792. Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones".

"Artículo 1793. Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos, toman el nombre de contratos."

En cuanto al origen de estos preceptos, resulta pertinente señalar que el artículo 1793 concuerda con el artículo 1272 del Código Civil de 1884, mismo que especificaba: "Contrato es un convenio por el que dos o más personas se transfieren algún derecho o contraen alguna obligación, precepto que a su vez

(18) Op. Cit. p. 317.

(19) Borja Soriano, Manuel. Op. Cit. p. 112.

deriva del artículo 1101 del Código Napoleón, mismo que literalmente señalaba:

"Artículo 1101.- El contrato es un convenio por el cual una o varias personas se obligan hacia una o varias otras a dar, hacer o no hacer alguna cosa". (20)

En relación al concepto propio del contrato, especial mención merecen los principios que regulan esta fuente generadora de obligaciones. Se han distinguido los siguientes principios aplicables a los contratos: 1) el de posibilidad; 2) el de licitud; 3) el de capacidad; 4) el de veracidad; 5) el de libertad; y 6) el de autonomía.

1.- Principio de posibilidad. Todo contrato para que pueda válidamente celebrarse, debe tener un objeto física y jurídicamente posible. Cuando se alude a la posibilidad física, debe considerarse la naturaleza de la obligación, si ésta consiste en un dar o en un hacer. En tratándose de obligaciones de dar, este principio se refiere a la posibilidad física de las cosas y de la posibilidad física de los hechos en el caso de las segundas.

La posibilidad de las cosas debe ser también de orden jurídico. Se requiere no sólo que las cosas existan en la naturaleza, sino que, además, existan en el comercio y sean determinadas o determinables. La posibilidad puede también aplicarse a los hechos, diciéndose que son físicamente posibles cuando no van en contra de una ley de la naturaleza que constituya un obstáculo insuperable para su realización, y son jurídicamente posibles cuando no van en contra de una norma jurídica que constituya también un obstáculo insuperable para su realización.

(20) Ibidem.

2.- Principio de licitud. Conforme al Código vigente, debe existir licitud en el objeto, motivo, fin y condición del contrato, originando la ilicitud en alguno de sus aspectos, la nulidad absoluta o relativa del contrato según lo prevenga la ley. En consecuencia la licitud se refiere a la validez y no a la existencia misma del contrato. (artículo 1795 Fracción III).

3.- Principio de capacidad. Es indispensable que el contrato sea celebrado por personas capaces, comprendiéndose aquí tanto la capacidad de ejercicio como la de goce. Por capacidad de goce se entiende la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones. Resulta este principio un elemento de validez de los contratos. Conforme al sistema del Código vigente, sólo al incapaz se le otorga la acción de nulidad que sobreviene, por lo tanto no la puede invocar la persona capaz que celebró el acto jurídico en cuestión.

4.- Principio de veracidad. Este principio se refiere al hecho de que no debe existir error determinante de la voluntad de las partes. Se distinguen para los efectos de este principio, tres tipos de error: primero, el error destructivo de la voluntad; segundo, simplemente el error que vicia la voluntad y, tercero, el error que es indiferente para la validez del contrato.

5.- Principio de libertad. Este principio significa que los contratantes deben ser libres tanto en la formación del contrato cuanto en la exteriorización de la voluntad.

En cuanto a este principio, se ha distinguido por un lado la libertad de contratar (para celebrar o no celebrar el contrato), y la libertad contractual (en cuanto a la forma y al contenido del contrato).

Se señala que esta libertad dista mucho de ser aquella que se dogmatizaba en el siglo pasado identificándola como la autonomía de la voluntad. El dogma de la autonomía de la voluntad surgió durante el auge del individualismo y del liberalismo económico del siglo pasado, al amparo de la teoría del contrato social de Rosseau. Este principio se reducía a sostener, primero, que salvo muy raras excepciones, todas las obligaciones contractuales nacen de la voluntad soberana de dos partes iguales, y segundo, que eran justas todas estas obligaciones generadas por la voluntad.

Esta postura queda en la actualidad bastante neutralizada, en razón de que esa aparente igualdad entre las partes ha sido cuestionada por las relaciones existentes entre los patrones y trabajadores, en donde se presentó la necesidad de crear y dar origen al Derecho Laboral. Asimismo, la aparición y generalización de los contratos de adhesión prescinde de toda consideración precontractual entre las partes y se reduce a la aceptación total de cada una de las consideraciones que se proponen.

2.- ELEMENTOS DEL CONTRATO.

Eugéne Petit, en su Tratado Elemental de Derecho Romano, señala como elementos propios a los contratos, los siguientes:

- 1.- El consentimiento.
- 2.- La capacidad de los contratantes.
- 3.- Un objeto válido.

Pasa a continuación a señalar que el consentimiento es un acuerdo de voluntades de dos o varias personas que se entienden para producir un efecto jurídico determinado, "es este el acuerdo de voluntades que forma la convención, base de todo contrato." (21)

Se pueden distinguir vicios en esa manifestación de voluntad, tales como el dolo y la violencia, entendiéndose por el primero, "los manejos fraudulentos empleados para engañar a una persona y para determinarla a dar su consentimiento en un acto jurídico." En cuanto a la violencia *vic at metus*, consiste en actos de fuerza material o moral, que de ordinario hacen impresión en una persona y que inspiran un temor suficiente para obligarla a dar su consentimiento. (22)

Este autor determina, por otra parte, que se establece como causa directa de la falta de validez de un contrato la falta de capacidad de las partes que contratan, caso que se actualiza por la falta de edad suficiente (impúberos, menores de veinticinco años, la incapacidad del pródigo y la derivada del sexo de las personas).

Finalmente, se refiere al objeto de los contratos, y que hace consistir en "la creación de una o

(21) Op. Cit. p. 326.

(22) Idem.

varias obligaciones" o bien, un hecho del deudor, siempre y cuando se reúnan las siguientes condiciones: a) Debe ser posible y lícito, debe consistir para el acreedor en una ventaja apreciable en dinero y debe estar, además, suficientemente determinado.

En la actualidad, se ha determinado que el contrato consta de dos clases de elementos: **elementos de existencia**, que son el consentimiento y el objeto (arts. 1974 y 2224); y **elementos de validez**, que son esos cuatro que el legislador exige para toda clase de contratos, a saber: capacidad, ausencia de vicios del consentimiento, forma en los casos exigidos por la ley, y fin o motivo determinante lícito, esto es, que no sea contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres (arts. 1795, 1813, 1830 y 1831).

Además de estos elementos que quedan enunciados, se acostumbra además mencionar otra clasificación que indirectamente tiene cabida en nuestro Derecho Civil (art. 1839): **Elementos esenciales del contrato**, que son los requisitos o cláusulas sin los cuales un contrato no puede existir; **elementos naturales**, que normalmente acompañan al contrato de que se trata por ser propios a su naturaleza y que por un pacto expreso pueden suprimirse; y los **elementos accidentales**, que agregan a los anteriores por voluntad expresa de las partes, por ejemplo el término, la condición y otros datos circunstanciales.

I. EL CONSENTIMIENTO. Constituye el primer elemento de existencia el consentimiento, mismo que se entiende como la voluntad del deudor para obligarse y como concurso o acuerdo de voluntades. Algunos requisitos son exigibles en lo que toca a este primer elemento:

A). Debe existir una voluntad real, mismo de la que carece el ebrio, el infante, el drogado y el demente;

B). Que la voluntad sea seria y precisa, pues un consentimiento simulado no constituye la voluntad de obligarse.

C). Que dicha voluntad se exteriorice, sea en forma expresa o tácita. Determina sobre el particular el artículo 1803: "El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escritos o por signos inequívocos. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o convenio la voluntad deba manifestarse expresamente." Se citan como ejemplos de manifestación tácita, la aceptación del mandato y la tácita reconducción en el caso del arrendamiento.

D). Que esa voluntad tenga un determinado contenido. En nuestro derecho se estima que esa voluntad debe declararse, pues la voluntad interna que no se exterioriza, carece de relevancia.

También puede considerarse al consentimiento como un acuerdo de voluntades. En este caso, no puede estimarse que exista una coincidencia de voluntades cuando se presente un error obstáculo, que corresponde al error sobre el objeto-cosa del contrato, o bien, un error sobre la clase de contrato que se celebra.

Dada la naturaleza del consentimiento, éste se forma por una oferta o policitud y por la aceptación de la misma. Cuando el consentimiento no exista, falta al contrato un elemento esencial y, por lo tanto, es inexistente.

Como consecuencia de lo anterior, se observa que el consentimiento se forma por el acuerdo de voluntades sobre un interés jurídico; si los contratantes se encuentran presentes, el contrato se forma en el momento en que el aceptante da su conformidad a la oferta que le hace el policitante.

Estando las partes presentes, se establece por el Código Civil que si el aceptante no manifiesta su conformidad en el acto mismo en el que se hace la oferta, queda el oferente desligado, a menos que le haya concedido un plazo para otorgar la aceptación. En este sentido, el Código vigente establece que durante todo el tiempo establecido como plazo para la aceptación, el oferente no puede retirar su oferta, y si pretende hacerlo, su retractación no surte efectos legales.

En este punto, se presenta el problema del contrato celebrado por teléfono, el cual ha sido considerado por la doctrina como un contrato entre presentes y respecto del cual el Código vigente señala: "Artículo 1805. Cuando la oferta se haga a una persona presente, sin fijación de plazo para aceptarla, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente. La misma regla se aplicará a la oferta hecha por teléfono."

Otro problema que se presenta en orden al consentimiento, se presenta en el caso del contrato celebrado entre ausentes. El derecho mexicano acepta el sistema denominado de la recepción. De acuerdo con este sistema, el contrato se forma hasta el momento en que el oferente recibe en su domicilio la carta o telegrama que contiene la aceptación. Este sistema se fundamenta en el hecho de que no basta que exista el acuerdo de voluntades, sino que debe existir la posibilidad física de que ese acuerdo de voluntades se conozca, aunque no es necesario que el oferente conozca la contestación; basta con que reciba la carta o telegrama, aun cuando se halle ausente. (23)

II. EL OBJETO DEL CONTRATO. El objeto, constituye el segundo elemento esencial de los contratos. Conforme a la definición del contrato aportada por el artículo 1793 del Código

(23) Rojas Villegas, Rafael. Op. Cit. p. 227

Civil, el objeto directo e inmediato del contrato es la creación o transmisión de obligaciones o derechos. Se señala también como objeto indirecto de los contratos la prestación de una cosa o la cosa misma; o bien, la prestación de un hecho o el hecho mismo. La prestación de la cosa puede consistir: o en la enajenación de una cosa cierta o de un derecho real o en la concesión del uso o goce temporal de una cosa cierta, o en la restitución de cosa ajena o pago de cosa debida.

En el mismo sentido, la prestación de un hecho puede consistir: o en que el deudor haga algo determinado, o que no lo haga. Aplicables en esta cuestión resultan las disposiciones contenidas en los artículos 2011, 1824-I, II, 2027, 2028 del Código Civil:

"Art. 2011.- La prestación de cosa puede consistir:

- I. En la traslación de dominio de cosa cierta;
- II. En la enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta;
- III. En la restitución de cosa ajena o pago de cosa debida."

"Art. 1824.- Son objeto de los contratos:

- I. La cosa que el obligado debe dar,
- II. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer."

"Art. 2027.-Si el obligado a prestar un hecho no lo hiciere, el acreedor tiene derecho a pedir que a costa de aquél se ejecute por otro, cuando la substitución sea posible.

Esto mismo se observará si no lo hiciere de la manera convenida. En este caso el acreedor podrá exigir que se deshaga lo mal hecho."

"Art. 2028.- El que estuviere obligado a no hacer

alguna cosa, quedará sujeto al pago de daños y perjuicios en caso de contravención. Si hubiere obra material, podrá exigir el acreedor que sea destruida a costa del obligado."

En los contratos cuyo objeto indirecto consiste en un dar, la cosa debe tener como requisitos esenciales los siguientes: a) Debe ser físicamente posible; b) La cosa debe ser jurídicamente posible.

La cosa será físicamente posible cuando exista en la naturaleza; en el supuesto contrario, cuando no exista o no pueda existir en la naturaleza, propiamente no se trata de nulidad, sino de inexistencia, por cuanto hay imposibilidad física respecto a la existencia de la cosa. Sin embargo, el artículo 1826 acepta que el contrato tenga por objeto cosas futuras. "Las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato. Sin embargo, no puede serlo la herencia de una persona viva, aun cuando esta preste su consentimiento."

En cuanto a la posibilidad jurídica, ésta se presenta cuando la cosa está en el comercio y cuando es determinada o susceptible de determinación jurídica. Este aspecto se regula por el artículo 1825, que señala: "La cosa objeto del contrato debe: 1o. Existir en la naturaleza; 2o Ser determinada o determinable en cuanto a su especie; 3o Estar en el comercio."

La determinación individual existirá cuando la cosa se caracteriza por sus atributos propios, de tal suerte que se la distingue de cualquier otro bien; esta determinación atiende al género, cantidad y calidad. En el supuesto de que la cosa no sea determinada, existe imposibilidad para celebrar el contrato en cuestión, lo acarrea en consecuencia, la inexistencia, y no la nulidad absoluta o relativa del acto.

Por otra parte, en los contratos cuyo objeto

recae en una obligación de hacer, debe existir también posibilidad jurídica y física. En este caso, existirá imposibilidad física para ejecutar una obligación, cuando una ley de la naturaleza impide la realización del hecho, constituyendo un obstáculo insuperable. Sobre el particular, establecen los artículos 1827 y 1828 del Código Civil: "El hecho positivo o negativo, objeto del contrato, debe ser: I. Posible; II. Lícito." "Es imposible el hecho que no puede existir porque es incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización."

Asimismo, aun cuando la ley no lo señala expresamente, se sobreentiende que el deudor en las prestaciones de hacer, debe prometer un hecho propio. La promesa respecto del hecho ajeno no puede obligar al tercero por quien se hace dicha promesa. Obliga únicamente a quien la formula a procurar que aquel tercero ejecute el hecho prometido, denominándose a esta figura como "promesa de porte fort."

Otro requisito que deben cumplir las prestaciones de hacer o no hacer, consiste en la licitud del objeto mismo. Se estima que es lícita la prestación o abstención cuando no son contrarias a la ley. La ilicitud en el objeto lo que acarrea es la nulidad absoluta o relativa del contrato en cuestión. Las disposiciones que se aplican en esta materia, son los artículos 8^o., el 1830, 1831 y 225 del Código en vigor, mismos que determinan respectivamente: "Los actos jurídicos ejecutados en contra del tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario." "Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres." "El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres." "La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley."

Examinados con anterioridad los elementos de existencia del contrato, se revisa a continuación el contenido del artículo 1795, mismo que establece -a contrario sensu- a contrario sensu-, los elementos de validez, a saber: I. La capacidad legal de las partes; II. La ausencia de vicios del consentimiento; III. La licitud en el objeto, motivo o fin determinante; y IV. La forma.

I. LA CAPACIDAD COMO ELEMENTO DE VALIDEZ DEL CONTRATO. La falta de capacidad de las partes, puede originar la nulidad relativa del contrato o del acto jurídico en general. Se ha distinguido a la capacidad como un elemento de validez, en razón a que los actos jurídicos celebrados por incapaces son susceptibles de ratificación para quedar convalidados retroactivamente, o en su caso, puede prescribir la nulidad que les afecta.

La capacidad es un atributo de la persona y se entiende como la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, y para ejercitarlos. Existe en consecuencia una capacidad de goce y una capacidad de ejercicio. De ahí que se señale que la capacidad es la regla, en razón de que si se suprimiera la capacidad, se suprimiría la personalidad misma.

En lo que toca a la capacidad de goce, sólo se admite una capacidad parcial, pues si se admitiera la incapacidad total, se negaría un atributo esencial a la persona. Las personas morales desde que se constituyen tienen capacidad de goce, negándose en ocasiones por razones de interés público. Los extranjeros tienen una capacidad de goce parcial, porque no pueden adquirir en la República Mexicana toda clase de bienes inmuebles, existiendo una incapacidad total de goce para que adquieran tierras, aguas y concesiones de explotación de las mismas en la denominada zona prohibida, de cien kilómetros en las fronteras y de cincuenta en las playas.

Otra incapacidad de goce relativa se impone a los extranjeros, y ésta radica en el permiso que debe otorgarse por la Secretaría de Relaciones Exteriores para adquirir tierras, aguas y concesiones de explotación de las mismas, fuera de la zona prohibida, siempre y cuando renuncien a su nacionalidad por lo que se refiere a estos bienes y convengan en no invocar la protección diplomática de su gobierno bajo la pena de perder el derecho adquirido en beneficio de la nación. En el caso de las sociedades extranjeras, éstas tienen una incapacidad de goce absoluta para adquirir tierras y aguas dentro del territorio nacional.

A las personas físicas de nacionalidad mexicana, se les impone también una incapacidad de goce, originada por el contrato de matrimonio y referida, desde luego, a los cónyuges. En este sentido, el artículo 176 del Ordenamiento Legal multicitado señala: "El contrato de compraventa sólo puede celebrarse entre los cónyuges cuando el matrimonio esté sujeto al régimen de separación de bienes". Otras disposiciones que contienen alguna incapacidad de goce parcial, quedan contenidas en los artículos 2276 y 2281 del mismo Código, los cuales se refieren a la imposibilidad de adquirir bienes.

En cuanto a la capacidad de ejercicio, ésta puede ser total o parcial. Determina el artículo 450 del Código Civil los casos en que se presenta la incapacidad de ejercicio: "Tienen incapacidad natural y legal: I. Los menores de edad; II. Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos; III. Los sordomudos que no saben leer ni escribir; IV. Los ebrios consuetudinarios, y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes."

La falta de capacidad de ejercicio origina una nulidad relativa, en razón de que esta admite la ratificación o confirmación del acto, la que se puede presentar de dos formas: di

rectamente por el incapaz, cuando sale de su estado de incapacidad; o bien, por conducto de su representante legal, cuando tenga autorización para celebrar el contrato en cuestión.

II. LA AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO. La presencia de los vicios del consentimiento puede invalidar el contrato, afectándolo de nulidad relativa. En este sentido lo afirma el artículo 2228 del Código en vigor: "La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión, y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo" Se señalan entonces cuáles pueden ser los vicios del consentimiento: cuando se afecta la inteligencia (error o dolo), cuando se afecta la voluntad (violencia) y el vicio que afecta tanto a una como a otra facultad (la lesión).

En lo que se refiere al error, por éste se entiende la opinión subjetiva a la realidad o bien, la discrepancia entre la voluntad interna y la voluntad declarada. (24)

Cuatro son los tipos de error que se distinguen: el error obstáculo, que se presenta cuando recae sobre la naturaleza del contrato o la identidad de la cosa y que origina la inexistencia del contrato; el error-nulidad, que hace anulable el contrato; el error indiferente, que no afecta la validez del contrato; y el error rectificable, que autoriza una corrección del contrato sin provocar la nulidad. (24)

Señala Ramón Sánchez Medal que el error nulidad puede consistir en un error de hecho o de derecho, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1813 del Ordenamiento legal multicitado: El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo

(24) Sánchez Medal, Ramón. De los contratos civiles. 9a. ed., México, Editorial Porrúa, 1988. p. 50.

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

Señala Borja Soriano que la doctrina ha estimado que el error sí guarda trascendencia para afectar de nulidad el contrato celebrado, para lo cual invoca el criterio de Federico de Castro y Bravo, quien señala: "El error relevante como vicio del negocio, consiste en la creencia inexacta, respecto de algún dato que se valora como motivo principal del negocio, conforme a la conducta negocial de las partes, en las concretas circunstancias del negocio."(25)

Se señala por otra parte, el error indiferente, mismo que no afecta la validez del contrato, aún cuando determina a las partes a contratar en condiciones más onerosas o desfavorables de las que en un principio se determinaban.

Finalmente, se distingue el error de cálculo, que da lugar únicamente a la rectificación, en términos de lo que señala el artículo 1814 del Código Civil: "El error de cálculo sólo da lugar a que se rectifique."

Otro de los vicios del consentimiento que distingue el Código vigente, es el dolo, el cual queda comprendido con claridad por el artículo 1815, mismo que literalmente señala: "Se entiende por dolo en los contratos cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes..."

(25) Idem.

Se distinguen en la actualidad el dolo principal, el dolo incidental, el dolo bueno y el dolo malo. En principio, se señala que el dolo principal recae sobre la causa o motivo determinante de la voluntad de los contratantes, engendrando el denominado error nulidad, ya examinado con anterioridad. El dolo incidental recae sobre aspectos o circunstancias que hacen a un contratante celebrar el contrato en condiciones menos favorables o más onerosas. guardando analogía con el error indiferente.

En lo que toca al dolo bueno y malo, se ha señalado que el primero únicamente tiene por objeto exagerar las calidades o bondades de una cosa, siendo en la actualidad un medio utilizado en forma desmedida, aunque jurídicamente no tiene trascendencia, originando en consecuencia un error indiferente.

Examinando nuevamente el contenido del artículo 1815 del Código Civil, éste establece que "la disimulación del error de uno de los contratantes una vez conocido", constituye la mala fe, equiparándose en cuanto a sus efectos al dolo, al tenor de lo que señala el artículo 1816: "El dolo o mala fe de alguna de las partes y el dolo que proviene de un tercero, sabiéndolo aquella, anulan el contrato si ha sido la causa determinante de este acto jurídico."

Otro de los vicios del consentimiento que ocasiona la nulidad del contrato celebrado, es la violencia, precisada ésta en el artículo 1818, y estableciendo el contenido de la misma en el artículo 1919: "Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado."

"La violencia, vis absoluta o corporis illata, es la fuerza bruta material que mata la voluntad y hace nulo el negocio." (26) Este vicio del consentimiento fue siempre considerado por el Derecho Romano, aunque, por lo que se refiere a la coacción psíquica -vis compulsiva o animus illata-, no era considerada como causa suficiente para invalidar un contrato. En este punto, se encuentra precisamente una de las cuestiones en las que existía notoria diferencia entre el arcaico ius civile, y aquel derecho que se formulaba atendiendo a las circunstancias del caso práctico en cuestión y que era formulado por el pretor, el Derecho Honorario.

En efecto, el Derecho Pretoriano u Honorario, determinó que se concedería una excepción quod metus causa a aquel que se veía obligado a celebrar un contrato con violencia psíquica en el momento en que fuese demandado para dar cumplimiento a la obligación establecida en el negocio, rechazándose así la petición del demandante.

Marcelo Planiol, por su parte, establece la interpretación del artículo 1112 del Código Napoleón, en donde la violencia se establece cuando "el consentimiento se presta bajo el sufrimiento actual o el temor de un sufrimiento futuro." Coincide este autor en señalar que la violencia puede ser física o moral, aunque el precepto que invoca refiere que el mal a que se expone el contratante debe ser considerable, de donde se desprende que únicamente en este supuesto cabría la nulidad del acto jurídico.

"Sólomente cuando sea de tal magnitud (la violencia) podrá su perspectiva privar a la persona amenazada de su libertad en la decisión, justificándose la nulidad; y esto habrá de apreciarse en atención a las personas y a las circunstancias del caso. Especialmente en el caso de un mal que afectare el aspecto del

(26) Planiol, Marcelo. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Tomo VI, Las Obligaciones; trad. Mario Díaz, Cuba, Editorial Cultural, 1946. p. 260.

patrimonio, si normalmente el valor de la pérdida que se teme es superior al sacrificio que se acepta actualmente a fin de evitar aquél, esa condición no será indispensable para que la obligación sea nula. Basta que el mal sea de tal índole que pudiera inspirar un vivo temor a la persona amenazada por él." (27) (el subrayado es nuestro).

Considerando lo anterior, existe en consecuencia una relación de causalidad entre el temor y la obligación, pues para que se afecte de nulidad el contrato, es indispensable que el contrato haya sido consentido bajo el temor; además debe tenerse presente que no podrán considerarse como violencia las amenazas imprecisas, excepción hecha de que los actos y relaciones anteriores de las partes permitan atribuirles alcances imprecisos, según el criterio del autor en cita.

El Código Civil de 1928, contiene una amplia regulación sobre algunos aspectos de la violencia. En principio, no resulta un requisito objetivo y determinante que la violencia proceda de la otra parte, sino que puede también provenir de un tercero, aún sin tener conocimiento de ello la parte beneficiada: "Art. 1818. Es nulo el contrato celebrado por violencia, ya provenga ésta de alguno de los contratantes, ya de un tercero, interesado o no en el contrato".

Asimismo, los alcances de la intimidación, quedan bien determinados en la legislación vigente: "Art. 1819. Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado."

Otro aspecto que se regula, es aquel que se refiere al "temor reverencial", el que para los efectos de la (27) Ibidem.

nulidad, no es considerado como vicio del consentimiento: "Art. 1820. El temor reverencial, esto es, el sólo temor de degradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento."

Finalmente, se considera a la lesión como un vicio del consentimiento, atendiendo a lo que dispone el artículo 17 del multicitado Código. Se entiende a la lesión como un "perjuicio que en un contrato conmutativo experimenta una parte que recibe una prestación muy inferior a la que ella a su vez proporciona a la otra parte" (lesión en sentido amplio), no siendo determinante este tipo de lesión para provocar la nulidad del acto. Por el contrario, la lesión en sentido estricto es causa de invalidez de un contrato conmutativo, en razón a dos elementos: por una parte uno objetivo, que consiste en la inferioridad de la prestación que se recibe en comparación a la que se proporciona, y por la otra, la inferioridad o miseria en que contrata alguna de las partes. (28)

El propósito que se establece al incluir a la lesión dentro de los vicios del consentimiento, radica en asegurar la igualdad del valor de las prestaciones en el momento en el que éstas quedan convenidas por las partes, distinguiendo ésta figura de aquel caso en donde las prestaciones quedan aplazadas y el valor de una de ellas, como consecuencia de hechos nuevos e imprevistos, varía en proporciones considerables en relación con la otra, pues esta cuestión se estudia bajo otro plano y bajo el nombre de teoría de la imprevisión. (29)

En su desarrollo histórico, la figura de la lesión ha sido excluida de diversas legislaciones y prácticas judiciales, ello en cuanto resulta imposible intervenir en forma sistemática en el tráfico de mercancías, con el objeto de asegurar

(28) Sánchez Medal, Ramón. Op. Cit. p. 59 y ss.

(29) Planiol, Marcel. Op. Cit. p. 282.

una exacta equivalencia entre las prestaciones de los contratantes. Es por tal motivo que en la Roma clásica no se estimaba que la lesión justificara la intervención de los tribunales o del legislador. Sin embargo, es en el Bajo Imperio, y posteriormente con la moral cristiana, en donde se condena y persigue el enriquecimiento de una de las partes a expensas de la otra como consecuencia del contrato. En forma ulterior, en el siglo XV, se produce una reacción en contra de esta regulación, considerando para ello el constante flujo de mercancías, alcanzando de esta suerte hasta la Revolución Francesa la libertad de los contratos una hegemonía consistente.

No obstante haber alcanzado la libertad contractual un alto desarrollo, en el Código Napoleón se admitió expresamente, a intervención del mismo Bonaparte, la figura de la lesión, alegándose para ello que "era la garantía de la propiedad inmueble en la que el Estado se halla interesado, porque a su vez asegura la permanencia de la familia." (30) En los siguientes términos se enunciaban los casos de aplicación de la lesión como vicio del consentimiento: "Art. 118. La lesión solamente vicia determinados contratos o en relación a determinadas personas (los menores)...". (31)

Por lo que toca a los Códigos Civiles de 1870 y 1884, únicamente atendían a la inferioridad de la prestación y no a las características de debilidad o miseria en que se encontrara alguna de las partes, además de se hacía estricta aplicación de la lesión en los contratos de compraventa, originándose una rescisión y no la nulidad del acto jurídico.

El Código vigente, atiende a las características del sujeto afectado por la lesión (miseria , extrema necesidad), y extiende la figura de la lesión a la totalidad de contratos.

(30) Ibid. p. 285

(31) Cit. Pos. Ibidem.

En la actualidad, se ha pretendido garantizar la igualdad entre los contratantes no en forma individual, sino entre categorías de contratantes, v.gr. entre patronos y trabajadores; arrendadores e inquilinos; aseguradores y asegurados; siendo aplicable an este sentido la Ley Federal de Protección al Consumidor. (32)

La acción que corresponde a la parte afectada por la lesión, es una acción de nulidad y no de "rescisión" como en forma inapropiada lo enunciaba El Código Civil Francés y los Códigos de 1870 y 1884, tratándose concretamente de una nulidad relativa, en orden a las características que guarda, siendo aplicables en este punto los artículos 2226 y 2227.

"Artículo 2226. La nulidad absoluta, por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede prevalerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción."

"Artículo 2227. La nulidad es relativa cuando no reúne todos los caracteres ennumerados en el artículo anterior. Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos."

En consecuencia, mediante la acción de nulidad por causa de lesión se puede obtener la devolución recíproca de las respectivas prestaciones, de conformidad con lo que establece el artículo 2239: "La anulación del contrato obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado." Existe la posibilidad de que el perjudicado por la lesión ejercite una acción distinta a la de nulidad, con el objeto de reducir equitativamente la obligación a su cargo, y conforme al artículo 17 del Código multicitado.

(32) Sánchez Medal, Ramón. Op. Cit. p. 62.

III. LA LICITUD EN EL OBJETO, MOTIVO O FIN. Se señala como elemento de validez de los contratos, en términos de la fracción III del artículo 1795 del Código Civil.

El estudio de este elemento de validez, obliga al examen de la causa de los contratos, que se asimila al fin o motivo de que determina a las partes a celebrar un contrato, y de la causa de una obligación contractual, que es el motivo por el que en ese contrato cada parte aceptó obligarse a favor de la otra.

Es conveniente precisar que existe una diferencia sustancial entre el fin o motivo determinante de la voluntad, y el objeto mismo del contrato, aunque ambos, desde luego, deben ser lícitos.

En el derecho romano, la causa era considerada como el elemento generador del contrato, consistiendo en la formalidad o en el hecho que se tenía que cumplir para que surgiera el acto. Con posterioridad, bajo la influencia del Derecho Canónico, se estimaba que todo contrato debería guardar una relación de equivalencia y conexión recíproca de las prestaciones, de donde se desprende el aforismo que señala que "la obligación de uno es el fundamento de la del otro".

En Francia, Domat construyó la teoría según la cual la causa de la obligación es el fin directo e inmediato que el deudor persigue al obligarse, variando en consecuencia según el contrato en cuestión. De cualquier forma, la causa siempre será idéntica en los contratos de la misma naturaleza, distinguiéndose del motivo, que consiste en el fin concreto que persiguen los contratantes al obligarse. Se establece también, entre el objeto y la causa, la siguiente distinción: "el objeto de la obligación es lo que el deudor se obliga a realizar, responde a la pregunta *quid debetur?*, mientras que la causa de la obligación es lo que ha determinado al deudor a obligarse y responde a la pregunta "*cur debetur?..*" (33)

(33) Ibid. p. 69.

En forma contraria, se ha cuestionado por diversos tratadistas, entre ellos Planiol, la utilidad y veracidad de la teoría de la causa. Se señala como falsa esta teoría en razón de que las obligaciones recíprocas nacen en forma simultánea; igualmente se sostiene que es inútil, porque la causa no es un elemento distinto e independiente de los otros elementos del contrato. Señala a este respecto Planiol:

"Se ha dicho que es lógicamente imposible considerar en los contratos sinalagnáticos la obligación de una de las partes como causa de la otra, ya que nacen simultáneamente y sería un círculo vicioso...También se ha dicho que en los contratos reales la prestación recibida no es causa de la obligación, sino el hecho generador de ésta." (34)

En otro sentido, Julian Bonecasse identifica plenamente a la causa con el fin o motivo determinante de la voluntad, adoptando nuestra legislación, finalmente, este criterio. Se distinguen en nuestro sistema, el motivo o fin, respecto del objeto de los contratos, determinándose en ambos, la licitud, siendo aplicables en esta materia los artículos 1826-II, 1830 y 1831.

"Art. 1827. El hecho positivo o negativo, objeto del contrato, debe ser: I. Posible; II. Lícito."

"Art. 1830. Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres."

"Art. 1831. El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres."

Es anulable el contrato que se celebra, cuando el fin o motivo determinante es ilícito o falso, siendo necesario, que se haya declarado tal motivo al celebrarse el contrato, o que

(34) Planiol, Marcel. Op. Cit. p. 285.

de las circunstancias que rodean la celebración del contrato, aparezca que se celebró por este motivo y no por otro.

IV. LA FORMA. Constituye la forma el último de los elementos de validez del contrato que considera el artículo 1795 del Código en vigor, en razón a que, en el supuesto de omitirse en la celebración de algún contrato que así lo requiera, permite que el mismo sea impugnado de nulidad relativa, al tenor del artículo 2228, que determina: "La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo."

De gran utilidad son las palabras que vierte Armando V. Silva, para integrar una idea sobre la utilidad de la forma en la celebración de los actos jurídicos: "La forma de todo acto negocio jurídico se concreta en los "medios" con que la voluntad se exterioriza, en procura de una finalidad en el campo del derecho. Toda declaración de voluntad tiene en este sentido una "forma"...La forma, como bien se ha dicho, es simplemente el "medio" con el que se pone en ser la declaración de voluntad, o sea, es el aspecto exterior que esta última asume." (35)

El Código Civil vigente, no proporciona una definición precisa de la forma en los artículos que específicamente consideran este elemento (arts. 1833, 1833 y 1834). En diverso sentido, el Código Civil de Argentina, en su artículo 973, propone el siguiente concepto: "La forma es el conjunto de las prescripciones de la ley, respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto jurídico; tales son: la escritura del acto, la presencia de testigos, que el acto sea hecho por escribano público o por un oficial público o por un oficial público, o con el concurso del juez del lugar."

(35) Enciclopedia Jurídica OMEBA Tomo XII; Buenos Aires, Editorial Driskill, 1987. p. 460.

Se ha emprendido una clasificación de los actos en cuanto a la forma, distinguiendo los actos formales y los no formales, subdividiendo a los primeros en actos solemnes y no solemnes, En el mismo sentido, se distingue una forma legal, y una forma pactada, atendiendo en el primero caso al supuesto en el que la ley impone una forma para el acto jurídico, y encontrando la forma pactada en donde convienen las partes expresamente en revestirla para expresar su voluntad.

Respecto de la forma solemne, "ésta se impone con el propósito de llamar la atención del declarante sobre la importancia del acto y se la exige de acuerdo a la importancia de la materia y de los actos; v.gr. actos de disposición, actos que sirven para constituir estados personales y actos del derecho sucesorio." (36)

Asimismo, la formalidad resulta propicia a los principios de certeza y seguridad jurídica, por cuanto se obtienen los siguientes beneficios: 1) Secrea una manifestación de voluntad clara y expresa, lo que permite conocer en sus verdaderos alcances la naturaleza del acto; 2) Protege contra la ligereza, la improvisación y precipitación al celebrar determinados actos, por ejemplo en el caso del matrimonio o el testamento; 3) Permite conocer y distinguir los actos prenegociales y la conclusión misma del negocio; 4) Un aspecto relevante es el que se refiere a la prueba. En efecto, el uso de formas preconstituidas facilita y asegura la prueba del acto; 5) Como medio de publicidad protege los intereses de terceros, situación que se presenta en el caso de los Registros Públicos.

En contrapartida, pueden encontrarse los siguientes inconvenientes: 1) Las formas resultan onerosas, afectando la economía en todas sus partes. 2) Las solemnidades hacen menos rápidas y ágiles las transacciones comerciales, y 3) La

(36) Ibid. p. 462.

exigencia de las formalidades lleva el riesgo de la invalidez de los actos por defecto de forma.

Se ha afirmado que el formalismo ha sido una característica de los derechos primitivos. (37) Ejemplo de ello lo constituye el propio Derecho Romano, en donde se presentó el más riguroso de los formalismos, atenuándose sin embargo en una época tardía hasta alcanzar la elaboración de contratos mediante el simple consenso de las partes, existiendo una categoría intermedia en donde para el perfeccionamiento del contrato se requería la entrega de la cosa. Describiendo el carácter rígido del formalismo sacramental existente en la Roma primitiva, señala Julian Bonecasse:

"1o. La voluntad, por sí misma, es impotente para crear un acto jurídico. Este principio se aplica al pacto, es decir, al acuerdo de voluntades, pues éste es impotente para generar obligaciones...2o. La forma que ha de revestir la voluntad es rigurosamente sacramental e inmutable...3o. El empleo de la forma sacramental sustituye, si no la existencia de la voluntad, sí, por lo menos, su integridad y móviles." (38)

Sin abarcar en su totalidad el contenido de la clasificación de los contratos atendiendo a su forma, resulta pertinente, en este apartado, señalar que han sido clasificados en formales, consensuales y solemnes.

Será formal el contrato en los casos en que el consentimiento debe manifestarse por escrito, como elemento de validez, de tal forma que si no se satisface, el contrato queda afectado de nulidad relativa.

En oposición al contrato formal, el contrato consensual no requiere para tener validez, que se manifieste la voluntad de los declarantes por escrito, pudiendo ser verbal o tácito, desprendiéndose de hechos que lo supongan.

(37) Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. p. 351

(38) Cit. Pos. Ibid. p. 352.

Finalmente, se distinguen los contratos solemnes, en donde la forma, de simple elemento de validez, se eleva a la categoría de elemento de existencia, de tal forma que si no se observa la forma, el contrato no existe.

A manera de antecedente del Código actual, en el Código Napoleón no se establecía a la forma como un elemento de validez, regulando sin embargo los contratos en particular, principalmente aquellos traslativos de dominio, en donde era exigible la forma escrita, elevándose a la categoría de elemento de existencia en los contratos de donación. En sentido diverso, el Código español que adoptó el proyecto de García Goyena, estimó a la forma como un verdadero elemento de validez, considerándose para ello, que resulta indispensable para la seguridad de los contratantes, procurando evitar los problemas inherentes a la interpretación de las obligaciones de las partes y de los términos en que cada uno quiso obligarse.

Con un criterio estrictamente consensualista, el Código Civil de 1870 contenía diversas disposiciones que establecían el perfeccionamiento de los contratos por el mero consentimiento, sin considerarse a la forma como elemento de validez. Este Código, sin embargo, apegado al sistema del Código Napoleón, exigía cierto formalismo al reglamentar cada contrato, especialmente aquellos traslativos de dominio.

Con un espíritu diverso, el Código de 1884 acogió el sistema del Código de García Goyena, incorporando a la forma como un elemento de validez, refiriéndose en concreto a ella, el artículo 1279: "Para que el contrato sea válido, debe reunir las siguientes condiciones: IV. Que se haya celebrado con las formalidades externas que exige la ley."

Observando un sistema mixto, entre el carácter consensualista y formalista de los Códigos anteriores, el Código

vigente estatuye que en los contratos se requiere la observancia de la forma únicamente en los casos expresamente determinados, pues fuera de esos casos, los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento. Se establece a la forma, siguiendo el Código español, como un elemento de validez, de conformidad con la fracción IV del artículo 1795, ya invocado con anterioridad, mismo que se adminicula a los artículos 1796, 1832, 1833, 1832 y 2232 del Código Civil vigente. así como el artículo 27 del Código de Procedimientos Civiles.

"Art. 1796. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto de aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan, obligan a los contratantes no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso y a la ley."

"Art. 1832. En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley."

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

"Art. 1834. Cuando se exija la forma escrita para el contrato, los documentos relativos deben ser firmados por todas las personas a las cuales se imponga esa obligación."

"Si alguna de ellas no puede o no sabe firmar, lo hará otra a su ruego y en el documento se imprimirá la huella digital del interesado que no firmó."

"Art. 2232. Cuando la falta de forma produzca nulidad del acto, si la voluntad de las partes ha quedado constante de una manera indubitable y no se trata de un acto revocable, cualquiera de los interesados puede exigir que el acto se otorgue

en la forma prescrita por la ley."

Por otra parte, el Código Procesal determina: "Art. 27. El perjudicado por falta de título legal tiene acción para exigir que el obligado le extienda el documento correspondiente." Es de observarse que este precepto atiende a la acción que corresponde a alguna de las partes para obtener de la contraria, el otorgamiento del título correspondiente, procediendo en el caso de la compraventa en los casos siguientes:

A). Cuando el actor haya celebrado contrato de promesa de venta con el demandado -antecontrato o contrato preliminar-, existe la obligación de firmar en la fecha señalada el contrato definitivo con las formalidades establecidas por la ley;

B). Cuando se ha celebrado el contrato de compraventa, pagando el precio de la operación, existiendo sólo un recibo que identifica plenamente el objeto de la operación;

C). Cuando ambos contratantes han firmado una minuta y sólo falta elevarla a la categoría de escritura pública o privada, según lo determine la ley. (39)

Existe jurisprudencia firme que advierte sobre el carácter meramente probatorio y no constitutivo de la forma en los contratos de compraventa:

"COMRAVENTA, LA FORMA NO ES ELEMENTO CONSTITUTIVO DE LA.
Al lado de los documentos constitutivos o "ad solemnitatem" existen los declarativos o "ad probationem", y mientras que los primeros son aquellos sin los cuales el acto jurídico que en ellos se hace constar no puede nacer y se dice que son constitutivos del acto mismo, como acontece verbigracia tratándose del acta de matrimonio, de la letra de cambio, del cheque, etc. En cambio, los segundos

ciertamente sirven para la demostración del acto o contrato que contengan, pero no excluyen la prueba de ese acto o contrato por otros medios entre las partes, como sucede precisamente tratándose de la compraventa, aunque puede serlo para su eficacia respecto de terceros, y tan no es la forma elemento de constitución en la compraventa, que inclusive cuando exige la ley que el contrato se otorgue en escritura pública, la ineficacia, se purga, a pesar de la inobservancia de la forma, cuando voluntariamente lo cumplen los que la celebran." (JPJF, 1917-1985, Pág. 269.). (40)

En los términos ya transcritos, se advierte la valoración de la forma como un elemento de validez y no de existencia, precisando la siguiente Ejecutoria esta distinción:

"CONTRATOS, ELEMENTOS DE LOS. Los elementos esenciales de existencia de un contrato (sic) deben comprobarse como previos a sus condiciones de validez y resultaría absurdo condenar a uno de los contratantes a que se le dé la forma legal, antes de que el acto surja a la vida jurídica." Sexta Epoca, Cuarta Parte, Vol. LXIV, Pág. 27, A.D. 1470/61. María Concepción Camacho Herrera.

En otro sentido, la Suprema Corte ha determinado también que cuando la ley exige que el contrato se otorgue en escritura pública, la ineficacia se purga, cuando voluntariamente lo cumplen las partes, extinguiéndose la acción de nulidad, por lo que cada contratante puede exigir del otro el otorgamiento de la escritura respectiva (S.J.F., tesis No 94, p. 252, Tercera Sala).

(40) Cit. Pos. Ibid. p.42 y 43.

3.- CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS.

Iniciando con este apartado, por principio de orden, resulta apropiado referirse a la clasificación de los contratos que desde fines de la República, adoptó la dogmática jurídica en Roma. Así, se distinguían tres tipos de contratos, atendiendo en forma exclusiva al elemento formal, a saber: los contratos *verbis*, el contrato *litteris* y los contratos *re*. Esta división parte de las *Institutas de Gayo*. (3,90-91).

Los contratos verbales y literales, quedan comprendidos dentro de los contratos formales. En los primeros, las fórmulas sacramentales dotaban de fuerza obligatoria a toda suerte de convenios, mediante una *stipulatio*, que era una promesa estipulada, instada por medio de una pregunta. En el Derecho civil arcaico, la pregunta y la respuesta se concibe en la forma de la *sponsio*: *spondes? spondeo*. La *sponsio* como institución de raigambre y con notable sello religioso-jurídico, sólo era accesible a los ciudadanos romanos, requiriendo como elementos la oralidad, la congruencia de la respuesta y la pregunta y la presencia de las partes. (41)

La oralidad, radicaba en el hecho de que una y otra parte tenían que pronunciar las palabras solemnes que se establecían, de tal suerte que la *stipulatio* no es permitida al sordo, al mudo y al infante.

Por otra parte, entre la pregunta y la respuesta debe existir correspondencia. Carecía de validez un acto, cuando no se respondía adecuadamente a lo que se preguntaba. Asimismo, la estructura formal de la *stipulatio* hacía indispensable la presencia de las partes, no siendo válida aquella que se contraía entre ausentes.

(41) Iglesias, Juan. Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado, 9a. ed., Barcelona Ed. Ariel, 1987. p. 458.

La formalidad que deriva de la *stipulatio* se devirtió y degenera en la última época del Derecho Romano, hasta que finalmente, el principio de oralidad pierde terreno bajo el influjo de la práctica oriental. Con la Constitución Antoniniana - 212 a. de C.-, se prefiere la escritura a la expresión verbal, hasta que finalmente, la voluntad contractual se puede manifestar de palabra o por escrito.

Ejemplo de contratos verbales existentes en Roma, son los siguientes:

I. *Dotis dictio*. Es la promesa solemne de dote, hecha por la mujer misma, o por el padre, abuelo paterno o un deudor de ella, que intervenga bajo el mandato de la misma. Esta obligación nace de la pronunciación de la fórmula por el constituyente, siempre y cuando se contraiga el matrimonio. Puede recaer sobre bienes muebles o inmuebles, corporales e incorporales.

II. *Promissio iurata liberti*. Es la promesa jurada por la que el liberto se obliga a prestar determinados servicios al patrono. Únicamente media aquí la formalidad pronunciada por el mismo promitente, que le obliga jurídicamente a prestar los servicios.

III. *Vadiatura*. El *vas*, fue considerado una persona que se hace responsable de los deberes ajenos, sobre todo en materia procesal, en donde se obligaba a presentar a juicio a determinado sujeto. Esta figura se constituía mediante la *stipulatio* del propio demandado, con la intervención de garantes.

IV. *Praediatura*. Esta figura funcionaba a manera de garantía de las deudas contraídas por los particulares a favor del Estado, extendiéndose, inclusive, al procedimiento entre los *quirites*, cuando se garantizaba la restitución de los frutos y de la cosa por parte del litigante que llegara a perder el juicio, con posesión del objeto materia de la *litis*.

El segundo tipo de contrato comprendido dentro de la división del Derecho romano, se refiere a los contratos literales. denominados en la época clásica como *transscriptio o nomen transscripticium*. El fundamento de la obligación derivada de estos contratos, descansaba en las anotaciones que el *paterfamilias* hacía en su libro de cuentas, donde anotaba los ingresos y salidas derivados de negocios contraídos con otras personas, bajo los rubros *acceptum y expensum*. (42)

De los contratos literales, escasos son los datos que permitan aclarar en detalle las formalidades que revestían, por ejemplo, no se sabe si la inscripción del acreedor exigía el concurso de la voluntad del deudor, y en caso de que así fuera, de qué modo se manifestaba ésta; así también, exista una laguna para determinar si a la anotación del acreedor, debería corresponder necesariamente una inscripción inversa del deudor.

A manera de modalidad, e incorporados dentro de los contratos literales, aparece la *chirographa* y los *syngrapha*, incluidos así por Gayo en sus *Institutas*. Por lo que toca al primero de estos contratos, éste se entendía como un documento único que quedaba en poder del acreedor y que atestiguaba en forma efectiva el negocio celebrado por las partes; el *syngraphum*, en cambio, se redactaba en doble original, suscrito por los interesados, conservando cada uno de ellos un ejemplar y guardando un principio dispositivo esta clase de contratos, en mérito a que el propio documento se erige como causa de la obligación. En forma ulterior, y al amparo de la Constitución Antoniniana, desaparece el *singrafo*, otorgándose exclusiva eficacia probatoria al *quirógrafo*, surgiendo desde entónces el vínculo a partir del documento mismo que adquiere carácter dispositivo.

Finalmente, y dentro de la división del Derecho romano, resta referirse a los contratos reales, de los cuales

(42) Ibid. p. 462 y ss.

en el período clásico se acuñó el siguiente aforismo, bastante representativo de la naturaleza propia que guardaban: *obligatio, quae re contrahitur*, misma que denota: "obligaciones que se contraen mediante la cosa", y de lo que se desprende que, en efecto, la obligación nace de la transmisión en propiedad de una cosa o de una cantidad de cosas, para que en un tiempo determinado, se restituya la misma cosa u otro tanto del mismo género y calidad. (43)

Las Institutas y el Digesto, enuncian diversos contratos que caen bajo la calificación de reales. El primero de los textos enunciados, se ocupa exclusivamente del contrato de mutuo, en tanto que en el Digesto se mencionan, además, la prenda, el comodato y el depósito. El carácter que guardan estos contratos de reales, queda ejemplificado con el mutuo, en donde una persona entrega a otra una determinada cosa de cosas fungibles, con la obligación de parte de ésta de restituir otro tanto del mismo género y calidad. En este sentido, se requería una entrega o transmisión de la propiedad para la perfección del contrato

En último término, existen los contratos consensuales, los cuales, para su validez, no requieren ni la observancia de alguna forma predeterminada, ni la entrega de la cosa, sino únicamente el consentimiento de las partes, ya se manifieste de manera expresa o tácita, de palabra o por escrito. In tregrando esta categoría de contratos, se encuentran la compraventa, el arrendamiento, la sociedad y el mandato, todos los cuales se originaron bajo el principio de la buena fe y bajo la corriente del *ius gentium*.

Con un criterio distinto, en el Derecho Romano se admitió también la clasificación de los contratos en contratos de derecho escrito y contratos de buena fe, en donde los primeros

(43) Ibid. p. 420.

conservan un formalismo rígido, y para los efectos de su interpretación, se atiende exclusivamente a la letra misma del contrato, sin consideración alguna a motivos de razones de equidad.

Como se ha visto, la división de los contratos en consensuales, solemnes y reales, ha sido construida sobre la regla romana que determinaba que los contratos se forman por el consentimiento, por la solemnidad o por la entrega de la cosa. Planiol afirma en este sentido, que actualmente se acepta en forma generalizada la fuerza obligatoria de la voluntad y en consecuencia, todos los contratos son consensuales. (44) Se exceptúan, sin embargo, aquellos contratos que requieren una solemnidad.

Al estudiar a la forma como uno de los elementos del contrato, se precisó la distinción existente entre los contratos formales y solemnes, atendiendo a la validez o a la existencia del contrato en cuestión. En lo que toca a los contratos reales, se sostiene actualmente que esta noción es inútil, en virtud de que no existe en el derecho moderno, y considerando el siguiente argumento:

"Evidentemente, es imposible obligar a un contratante, prestatario, depositario o prendario, a restituir la cosa mientras ésta no le ha sido entregada. Pero este extremo, de pura lógica, no basta hacernos olvidar que la obligación de restituir no es la primordial en el préstamo, la prenda y el depósito. La finalidad principal de estas operaciones jurídicas es el derecho a disfrutar de la cosa prestada, retener como garantía la cosa dada en prenda y a conservar la entrega en depósito. El arrendatario de un cuerpo cierto, mueble o inmueble, tampoco viene obligado a devolver la cosa arrendada sino cuando previamente le ha

(44) Planiol, Marcelo. Op. Cit., p. 148.

sido entregada, y esto no impide que el arrendamiento sea un contrato consensual sinalagmático y continúa conservando este carácter, aún después que el arrendador ha entregado la cosa al arrendatario. Por tanto, en lugar de descomponer la operación en dos contratos sucesivos, uno, la promesa de préstamo de depósito, de prenda, y otro, real, constituido por la entrega de la cosa, es preferible francamente reconocer en esa entrega el primer acto de cumplimiento del contrato consensual, sinalagmático o unilateral, que comprende el conjunto de relaciones del prestatario y del prestamista, del depositante y del depositario, del deudor y del acreedor prendario." (45) (el subrayado es nuestro).

La clasificación de los contratos en diversas legislaciones, sirve para guardar una aproximación a la división establecida por el Código vigente. En principio, en el Derecho francés se establece la clasificación considerando las obligaciones que engendraban, y así, se establecen los contratos unilaterales y bilaterales; considerando las prestaciones, se clasifican en onerosos y gratuitos; por las equivalencias, en comutativos y aleatorios.

Savigny, en su Sistema de Derecho Romano actual, divide y clasifica las convenciones en la siguiente forma: las convenciones obligatorias en legítimas y *iuris gentium*; por su extensión, en unilaterales y bilaterales; por la forma, en solemnes y no solemnes.

En la legislación argentina, guardando gran analogía con la propia, se establece una división por el nombre: en nominados e innominados; por las personas, en individuales y colectivos; por las obligaciones, en unilaterales y bilaterales; por las prestaciones, en gratuitos y onerosos, y

(45) Ibid. p. 157.

éstos en conmutativos y aleatorios; por la causa, en consensuales y reales; por la forma, en formales, y éstos, en *ad solemnitatem* y *ad probationem*; por la dependencia, en principales y accesorios.

Finalmente, señala el Dr. Nestor A. Pizarro, que la más importante de las clases de contratos, por los efectos y consecuencias que traen aparejados, es la de unilaterales y bilaterales. (46)

Vistas algunas de las clasificaciones establecidas para dividir a los contratos, interesa ahora examinar aquella que adopta el Código Civil vigente. Nuestro Código Civil divide a los contratos, bajo un criterio jurídico, en unilaterales, cuando una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta le quede obligada; y bilaterales. Son bilaterales, en sentido amplio, cuando ambas partes se obligan, y serán sinalagmáticos o bilaterales en sentido estricto, cuando las obligaciones que nacen a cargo de una y otra parte tienen entre sí una interdependencia recíproca.

Los contratos sinalagmáticos se equiparan a los contratos de buena fe que referíamos en una clasificación anterior, y son aquellos que producen obligaciones a cargo de todas las partes contratantes, situación que se presenta en la compraventa y en el arrendamiento. El artículo 1836 del Código Civil vigente identifica a los contratos bilaterales, también llamados sinalagmáticos.

"Art. 1835. El contrato es unilateral cuando una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta le quede obligada."

"Art. 1836. El contrato es bilateral cuando las partes se obligan recíprocamente."

(46) Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo IV; Buenos Aires, Editorial Driskill, 1987. p. 127 y 128.

Es de observarse, que no debe confundirse el contrato bilateral con el oneroso, ya que el mutuo, por ejemplo, constituye en la actualidad un contrato bilateral y gratuito, aun cuando puede ser oneroso, como en el caso del mutuo con interés. En el mismo sentido, tampoco puede afirmarse que todos los contratos gratuitos sean unilaterales, pues, por ejemplo, la donación onerosa que establecen los artículos 2334 y 2337, no deja de ser un contrato gratuito y al mismo tiempo, bilateral, puesto que no impone obligaciones a las partes.

Es necesario para que el contrato sea bilateral, que no solo existan obligaciones derivadas del contrato y a cargo de una y de otra de las partes, sino que se requiere que tales obligaciones sean recíprocas. lo que necesariamente implica que debe existir una interdependencia de la obligación a cargo de una parte y de la obligación a cargo de la otra parte, de tal suerte que si alguna de dichas obligaciones por imposibilidad de objeto, no nace al celebrarse el contrato, tampoco nace la obligación a cargo de la otra parte, pues, como ha quedado establecido por lo expuesto en los apartados anteriores, al contrato le falta un elemento de existencia, como lo es el objeto-cosa. En igual forma, la interdependencia debe existir hasta el momento en que se ejecuta el contrato. Se ha denominado a la primera de estas interdependencias, como vínculo sinalagmático, y a la segunda vínculo sinalagmático funcional. Cuatro son los efectos en que se manifiesta la interdependencia de las obligaciones existente en los contratos bilaterales:

1) Si alguna de las partes no cumple con la obligación a su cargo, no puede tampoco exigir a la otra que cumpla judicialmente con la obligación a cargo de ella, pues en este caso podría ésta última oponer la excepción dilatoria de contrato no cumplido, denominada también *non adimpletus contractus*. Los artículos 2286 y 2295 establecen con claridad esta situación.

"Art. 2286. El vendedor no está obligado a entregar la cosa vendida, si el comprador no ha pagado el precio, salvo que en el contrato se haya señalado un plazo para el pago."

"Art. 2295. Si ocurre duda sobre cuál de los contratantes deberá hacer primero la entrega, uno y otro harán el depósito en manos de un tercero."

2) Otra de los efectos que derivan de la interdependencia existente entre las obligaciones, radica en el hecho de que si una de las partes no puede cumplir su obligación por una imposibilidad sobrevenida después de celebrado el contrato, no subsistirá obligación a cargo de la otra, presentándose esta supuesto cuando, por ejemplo, por caso fortuito o fuerza mayor o por aparición de defectos o vicios ocultos no conocidos del arrendador, se priva al arrendatario del uso total o parcial de la cosa arrendada, lo que trae como consecuencia la rescisión del contrato o la reducción de la renta, al tenor de lo dispuesto por los artículos 2431, 2432, 2421, 2445 y 2490 del Ordenamiento legal en consulta. Este efecto constituye una aplicación concreta de la figura en estudio, esto es, el pacto comisorio, mismo que queda regulado en el artículo 1949 del Código en cita.

A la imposibilidad que sobreviene en el cumplimiento de las obligaciones a cargo de una de las partes en un contrato bilateral, se le estudia dentro de la denominada "teoría de los riesgos", que es un problema que se presenta únicamente en los contratos bilaterales, y que consiste en determinar si en un contrato bilateral, cuando una de las obligaciones no puede cumplirse porque su ejecución se ha hecho después imposible, la otra obligación debe o no ejecutarse.

Se ha establecido como regla general en estos casos, que si una de las obligaciones resulta imposible de

hacerse cumplir, la otra obligación no debe subsistir, estableciéndose una excepción en el caso de que la obligación cuyo cumplimiento se hace imposible tiene por objeto un cuerpo cierto, en donde la imposibilidad del cumplimiento deja de cualquier forma subsistente la obligación de la otra parte.

En realidad, la excepción que se indica con anterioridad, no guarda tal carácter, toda vez que cuando la obligación personal de alguna de las partes tiene por objeto un cuerpo cierto, y éste se transmite por virtud del propio contrato, la obligación de transmitir la propiedad ya se ejecutó al momento mismo de la celebración del contrato, no obstante la cosa perezca en forma posterior por fuerza mayor o caso fortuito, haciéndose en consecuencia imposible la entrega de la cosa a la otra parte, por lo que en tal supuesto existe la correlativa obligación a cargo de ésta última.

Otro supuesto queda comprendido en el artículo 2431, en donde la obligación queda insubsistente: "Si por caso fortuito o fuerza mayor se impide totalmente al arrendatario el uso de la cosa arrendada, no se causará renta mientras dure el impedimento, y si éste dura más de dos meses, podrá pedir la rescisión del contrato."

Una situación distinta y con perjuicio para el comprador, queda establecida por el artículo 2014, refiriéndose al contrato de compraventa, mismo que se adminicula con el artículo 2017 del Código Civil, y que señalan: "Art. 2014. En las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, la traslación de la propiedad se verifica entre los contratantes, por mero efecto del contrato, sin dependencia de tradición, ya sea natural, ya sea simbólica, debiendo tenerse en cuenta las disposiciones del Registro Civil." "Art. 2017. En los casos en que la obligación de dar cosa cierta importe la traslación de la propiedad de esa cosa,

y se pierde o deteriora en poder del deudor, se observarán las siguientes reglas: V. Si la cosa se pierde por caso fortuito o fuerza mayor, la obligación queda sin efecto y el dueño sufre la pérdida, a menos que otra cosa se haya convenido."

3) Se señala también como efecto de los contratos bilaterales, el supuesto en el que alguno de los contratantes guarda el temor fundado de que la obligación a cargo de la otra parte no será cumplida a su vencimiento, pudiendo en consecuencia, suspender el cumplimiento de la obligación a su propio cargo, a menos que el otro contratante le garantice que cumplirá con la obligación al vencimiento. Ejemplo de este caso lo constituye el artículo 2287, en relación al contrato de compraventa: "Tampoco está obligado a la entrega, aunque haya concedido un término para el pago, si después de la venta se descubre que el vendedor se halla en estado de insolvencia, de suerte que el vendedor corra inminente riesgo de perder el precio, a no ser que el comprador le dé fianza de pagar al plazo convenido."

Este principio se ha generalizado a los contratos, partiendo de la aplicación que tiene respecto de los contratos de compraventa. Señala Ramón Sánchez Medal: "Así, por ejemplo, la teoría de los riesgos y las obligaciones de saneamiento por evicción y por vicios ocultos nacieron a propósito de la compraventa, para erigirse después a través de un proceso de generalización, merced a una interpretación sistemática de sus disposiciones, en una norma más general inserta en la teoría general de las obligaciones." (46)

4) Finalmente, el pacto comisorio queda comprendido como uno de los efectos que derivan de la celebración de los contratos bilaterales. En efecto, dispone el artículo 1949 del Código vigente, que cuando una de las partes no haya dado cumplimiento a la obligación a su cargo, podrá la otra exigir el cumplimiento forzado del contrato o la resolución de éste, con el

resarcimiento de daños y perjuicios, utilizando en este precepto el legislador el término de "reciprocidad".

Existen por otra parte contratos en los que, a pesar de que las obligaciones e imponen a cargo de una y otra de las partes contratantes, no son propiamente contratos bilaterales o sinalagmáticos, ello en razón de no presentarse el nexo de reciprocidad o interdependencia de una y otra obligación. Ejemplo de esta situación se presenta en el caso del mandato retribuido, en donde la actividad del mandatario no encuentra su causa en el precio, sino en la confianza o fiducia, pues cuando ésta falte, dejará de existir la relación.

En este punto, resulta necesario distinguir la reciprocidad en los contratos bilaterales, con la correlatividad. En este sentido se señala que no contratos bilaterales en un sentido propio o estricto, aquellos que desde que se perfeccionan producen obligaciones para ambos contratantes, sino que son bilaterales en sentido propio o estricto aquellos que generan obligaciones de tal manera que guardan entre sí una perfecta reciprocidad, siendo una condición de la otra.

Ejemplo de esta reciprocidad existente entre las obligaciones derivadas de algún contrato, se mencionan en el artículo 2533, tratándose del depósito; el artículo 2533, en donde se establecen las causas de terminación del mandato, no figurando en la enunciación que se indica el incumplimiento de una de las partes, apareciendo expresamente en el artículo 2483-IV, como causa de rescisión del contrato de arrendamiento. Señalan estos preceptos:

"Art. 2533. El depositario no puede retener la cosa, aun cuando al pedírsela no haya recibido el importe de las expensas a que se refiere el artículo anterior; pero sí podrá, en este caso, si el pago no se le asegura, pedir judicialmente la retención del depósito."

"Art. 2483. El arrendamiento puede terminar:
IV. Por rescisión.

De esta suerte, la verdadera diferencia existente entre los contratos sinalagmáticos y los llamados sinalagmáticos imperfectos, radica en la mencionada interdependencia de las obligaciones recíprocas de ambas partes en los contratos bilaterales en sentido propio. Así, no puede constituir una verdadera distinción el señalar que en los contratos sinalagmáticos perfectos todas las obligaciones a cargo de una y otra parte nacen desde el momento mismo de celebración del contrato, y en los sinalgáticos imperfectos, todas las obligaciones a cargo de una de las dos partes nacen en forma posterior a la celebración del contrato, y a consecuencia de un hecho posterior, pues por ejemplo, la obligación de saneamiento el producirse la evicción de la compraventa o la obligación del arrendador de efectuar reparaciones en la cosa arrendada por desperfectos posteriores por causas no imputables al arrendatario, constituyen obligaciones que nacen por hechos posteriores y eventuales.

Atendiendo a esta primera clasificación, se procede a señalar algunos de los contratos enunciados por el Código Civil vigente, buscando identificarlos en la división establecida. (47)

A) Contrato de compraventa. En este contrato, el vendedor se obliga a entregar una cosa al comprador y a transmitirle el dominio de ella, y el comprador, a su vez, se obliga a pagar el precio en dinero al vendedor. Disponen los artículos 2248 y 2283 del Código estas obligaciones. Por consiguiente, este contrato es bilateral, en razón a que engendra obligaciones a cargo de las dos partes, siendo oneroso en razón de que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos.

(47) Borja Soriano, Manuel. Op. Cit. p. 113 y ss.

B) Contrato de permuta. Consiste este contrato en que cada uno de los dos contratantes da, o se obliga a dar al otro una cosa. En este contrato nacen obligaciones a cargo de las dos partes, de donde se desprende que es bilateral.

C) Donación. El Código vigente establece que el contrato de donación se presenta cuando una persona transfiere a otra, gratuitamente, una parte o la totalidad de sus bienes presentes. (Art. 2332). Este contrato es unilateral.

D) Mutuo simple. El Código en vigor señala que "El mutuo es un contrato por el cual el mutuante se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al mutuuario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad." Se trata de un contrato bilateral de carácter gratuito, porque sólo el mutuuario obtiene provecho consistente en usar de la cosa.

E) Mutuo con interés. En este sentido señala el artículo 2393: "Es permitido estipular interés por el mutuo, ya consista en dinero, ya en géneros." Es un contrato bilateral como el mutuo simple.

F) Comodato. El artículo 2497 establece que por este contrato, el comodante se obliga a conceder gratuitamente el uso de una cosa no fungible al comodatario y éste contrae la obligación de restituirla individualmente. Este contrato es bilateral, pues se obligan ambos contratantes.

G) Arrendamiento. En este contrato, el arrendador se obliga a procurar el uso y goce temporal de una cosa al arrendatario y éste, a su vez, contrae la obligación de pagar la renta, esto es, el precio, al arrendador, regulándose por el artículo 2398 y siguientes del Código Civil vigente. Este contrato es bilateral.

H) Depósito. Regulado por los artículos 2516 y siguientes del Código Civil vigente, el depósito es un contrato por el cual el depositario se obliga hacia el depositante a recibir una cosa, mueble o inmueble, que aquél le confía, y a guardarla para restituirla cuando la pida el depositante." El artículo 2517 establece que el depositario tiene derecho a recibir retribución, salvo pacto en contrario. Normalmente este contrato será bilateral y oneroso; si se pacta que no habrá remuneración. será unilateral y gratuito.

I) Mandato. En este contrato, el mandatario se obliga a hacer alguna cosa en nombre del mandante o a ejecutar por cuenta del mismo los actos jurídicos que éste le encarga, obligándose por su parte el mandante a pagar una retribución al mandatario, salvo pacto en contrario. Este contrato por su naturaleza, es bilateral y oneroso, y por excepción puede ser unilateral y gratuito.

J) Prestación de Servicios Profesionales. En términos del artículo, el profesional se obliga a prestar sus servicios a otra persona, la cual queda obligada a pagarle una retribución. De esta forma, nacen obligaciones a cargo de los dos contratantes, estipulándose provechos para uno y otro; el contrato es bilateral y oneroso.

II. CONTRATOS ONEROSOS Y GRATUITOS. Es contrato oneroso aquel en el que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos; y gratuito aquél en que el provecho es solamente de una de las partes (artículo 1837 del Código vigente).

III. CONTRATOS CONMUTATIVOS Y CONTRATOS ALEATORIOS. El artículo 1838 del Código vigente, dice: "El contrato oneroso es conmutativo cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o

la pérdida que les cause éste. Es aleatorio, cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida sino hasta que ese acontecimiento se realice."

IV. CONTRATOS OBLIGATORIOS. Serán aquellos que generan obligaciones, como la compraventa; y contratos traslativos, que transmiten la propiedad o constituyen derecho reales, sin perjuicio de dar nacimiento también a obligaciones.

V. CONTRATOS DE EJECUCION INMEDIATA. Ejemplo de este contrato lo es la compraventa de contado, en oposición a los contratos de ejecución diferida, como en el caso de la obra a precio alzado.

VI. CONTRATOS DE ADHESION Y CONTRATOS NEGOCIADOS En los contratos de adhesión, el contratante que redacta, impone cláusulas de contrato-tipo, sin entrar a discutir cada una de las cláusulas para ponerse de acuerdo sobre éstas, como ocurre con los contratos negociados, también llamados paritarios.

VII. CONTRATOS LIQUIDATIVOS En esta clase de contratos quedan comprendidos el contrato de división de cosa común y el de transacción, mismos que tienen una naturaleza declarativa y no constitutiva.

VIII. CONTRATOS PREPARATORIOS, PRINCIPALES Y ACCESORIOS. Los primeros, tienen por objeto crear un estado de derecho como preliminar, necesario para la celebración de otros contratos posteriores. Los contratos principales pueden existir por sí y tienen fin propio independiente de los demás, siendo consensuales o reales. Finalmente, los contratos accesorios sólo pueden existir por consecuencia de otros, y pueden ser consensuales como la fianza, la hipoteca y el compromiso arbitral; o reales, como la prenda.

4.- MODALIDADES DE LOS CONTRATOS.

Resulta importante entender en conjunto la construcción que la dogmática jurídica ha emprendido para establecer cuáles son las modalidades de los contratos, ello en razón de que en capítulo posterior se analiza la naturaleza jurídica que guarda el pacto comisorio para establecer si se trata de una condición resolutoria.

El Código Civil de 1928 regula las modalidades de las obligaciones en el Libro Cuarto, Título Segundo, De las Modalidades de las Obligaciones, concretamente a partir del artículo 1938, mismo que establece que "La obligación es condicional cuando su existencia o su resolución depende de un acontecimiento futuro e incierto. En estos términos, se define la condición, supeditando la existencia o resolución de las obligaciones a un acontecimiento futuro e incierto.

En el mismo Título, el Código vigente establece la distinción existente entre la condición suspensiva y resolutoria:

"Artículo 1939. La condición es suspensiva cuando de su cumplimiento depende la existencia de una obligación."

"Artículo 1940. La condición es resolutoria cuando cumplida resuelve la obligación, volviendo las cosas al estado que tenían si esa obligación no hubiese existido."

La disposición contenida en el artículo alude a una consecuencia propia del pacto comisorio, cuando, actualizándose la hipótesis prevista en el artículo 1949 del mismo Código, sobreviene la posibilidad de resolver las obligaciones propias al contrato en cuestión.

Por otra parte, esta misma disposición coloca especial énfasis en la resolución derivada del cumplimiento de la condición, con el objeto de volver las cosas al estado que guardaban con anterioridad, existiendo congruencia con el precepto posterior, mismo que señala:

"Artículo 1941. Cumplida la condición se retrotrae al tiempo en que la obligación fue formada, a menos que los efectos de la obligación o su resolución, por la voluntad de las partes o por la naturaleza del acto, deban ser referidos a fechas diferentes."

En el propio título, se regula el pacto comisorio en el artículo 1949, mismo que indica: "Art. 1949. La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible."

Colin y Capitant, señalan con precisión el carácter de la condición resolutoria al especificar que:

"La condición puede, en segundo lugar, tener por fin la extinción de un vínculo de derecho...El vínculo de derecho se forma inmediatamente, produce sus efectos como si fuese puro y simple, pero su desaparición está subordinada a la llegada del hecho previsto (el subrayado es nuestro).(48)

A reserva de considerar en capítulo posterior la naturaleza propia del pacto comisorio, resulta pertinente observar algunos puntos de coincidencia que guarda con la condición

(48) Colin, Ambrosio et. al. Curso Elemental de Derecho Civil. Trad. Demófilo de Buen; Madrid, Editorial Instituto Editorial REUS, 1943. p. 370.

resolutoria se desprenden del concepto propio de esta modalidad, entre los cuales destaca la desaparición misma del vínculo de derecho en cuanto se actualiza el hecho previsto, que en la especie, sería precisamente el incumplimiento de las obligaciones a cargo de alguna de las partes. A lo anterior, se añade la característica que reviste la resolución que deriva del pacto comisorio, la que, en forma idéntica a la que sobreviene en la condición resolutoria, se retrotrae al tiempo en que la obligación fue formada.

En este sentido, y atendiendo a las disposiciones anteriormente transcritas, se observa que la condición, en general, subordina las consecuencias de un acto jurídico a un acontecimiento futuro e incierto.

En cuanto se habla de las modalidades de los contratos, las diversas legislaciones consideran en conjunto, y en forma generalizada, a la condición y al plazo, de las cuales la primera ha quedado comprendida en cuanto a su definición, determinándose a continuación el contenido del plazo.

El término o plazo, es un acontecimiento futuro de cuya realización, que siempre es cierta, depende que tengan lugar plenamente o que se extingan los efectos de un negocio jurídico. Señala sobre el particular el artículo 1953 del Código vigente: "Es obligación a plazo aquella para cuyo cumplimiento se haya señalado un día cierto."

Se dice que el término o plazo es suspensivo, cuando retarda, suspende, por todo el tiempo que transcurra hasta el cumplimiento del acontecimiento en que la modalidad consiste, la plena producción de los efectos del negocio.

Por lo que hace al término extintivo, éste permite, mientras se presenta, que el negocio produzca plenamente

sus efectos, mismos que se extinguirán a la llegada de aquél.(49)

En otro aspecto, y como elementos propios a las condiciones que permiten distinguirlas plenamente del plazo o del término, observamos:

a). La incertidumbre. Misma que deriva en forma objetiva, de la presentación o realización del hecho futuro, sin existir por parte de los contratantes conocimiento sobre su existencia o inexistencia.

b). Futuridad. Este elemento se incorpora también, encontrándose con gran persistencia en la mayoría de las legislaciones. (50)

Por otra parte, y en lo que toca a la condición resolutoria, cuando esta se ve cumplida, los efectos jurídicos se tienen como no sucedidos, la obligación se estima como no nacida al mundo jurídico. En virtud de esta situación, el acreedor debe devolver lo que hubiere recibido en orden a las disposiciones del acto jurídico mismo, ya que en el caso de no haber recibido cosa alguna, no podría demandar en lo futuro, haciéndose aplicables las disposiciones que en forma concreta regulan esta figura, como en el caso del perecimiento de la cosa.

(49) Ortiz Urquidi, Raúl. Derecho Civil. Parte General. ra. ed.; México, Editorial Porrúa, 1986. p. 436.

(50) Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo III, Buenos Aires, Editorial DRISKILL, 1985, p. 675.

C A P I T U L O I I I

EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

- 1.- EL NEXUM.
- 2.- LA MORA.
- 3.- TEORIA DE LOS RIESGOS.
- 4.- DAÑOS Y PERJUICIOS.
- 5.- PENA CONVENCIONAL.
- 6.- TEORIA DE LA IMPREVISION.

1.- EL NEXUM.

Considerada como una de las formas para obligarse, el *nexum* tenía por origen un préstamo de dinero, y era realizado por medio del cobre y la balanza -*per aest et libram*- en virtud de que era esta prácticamente la ceremonia con la que se revestían los actos jurídicos de mayor relevancia.

"En una época en que los romanos ignoraban aún el arte de acuñar moneda, la cantidad de metal dada en préstamo se pesaba en una balanza tenida por un *Libripens*, investido sin duda de un carácter religioso, en presencia de cinco testigos ciudadanos romanos y púberos." (51)

En forma simultánea, a esta ceremonia se añadía una declaración del deudor por la que se comprometía y respondía del pago de la deuda.

"...A esta solemnidad iba unida una declaración del deudor...que fijaba la naturaleza del acto, que contenía el equivalente a una verdadera condena...La persona misma del obligado (*corpus*) estaba, pues, comprometida y respondía del pago de la deuda." (52)

Reviste particular interés este medio por el cual se obliga el deudor respecto de una suma de dinero, en razón a las drásticas consecuencias derivadas de la falta de cumplimiento, pues el deudor materialmente respondía de la falta de pago mediante su integridad física.

(51) Petit, Eugène. Tratado Elemental de Derecho Romano. Trad. de José Fernández González, Madrid, Editorial Reus, 1924. p. 318.

(52) Ibidem.

En este sentido, afirma E. Petit:

"Las consecuencias del nexus son mal conocidas. Se sabe sin embargo que eran muy rigurosas. En virtud del contrato y sin juicio, el deudor que no pagaba estaba sometido a la manus injecto, especie de toma de cuerpo ejercido por el acreedor y que necesitaba de la intervención del magistrado." (53)

A partir de este momento, el deudor que se encontraba en estado de nexus, estaba a merced del acreedor, quien podía con toda libertad venderlo y tratarlo en su caso como un verdadero esclavo. Esta situación de exacerbada crueldad ante el incumplimiento de las obligaciones, queda ilustrada en alguno de los pasajes de la Historia Romana de Tito Livio:

(...) Aquel descontento que fermentaba por sí solo, estalló ante la vista de una de las víctimas. Un anciano se precipitó en el Foro, cubierto de señales de malos tratos...A pesar de lo desfigurado que estaba, reconocieronle; dícese que había sido centurión. Preguntáronle porqué se encontraba en aquel estado y porqué estaba tan desfigurado...dijo que: "mientras servía en la guerra contra los sabinos, el enemigo devastó sus campos, quemó sus granjas, quemó sus bienes y robó su ganado. Obligado a pagar el impuesto en tal miseria, vióse en la necesidad de tomar prestado; aumentadas sus deudas por la usura, le despojaron primeramente del campo que recibiera de su padre y de su abuelo y después, de todo cuanto poseía, y extendidnsoe muy pronto como mal que corroe, alcanzaron a su misma persona. Preso por su acreedor, más que amo había encontrado en él carcelero y verdugo." (54)

(53) Ibid. p. 319.

(54) Livio, Tito. Historia Romana. Trad. Francisco Navarro y Calvo, Buenos Aires, Librería El Ateneo, 1955. p. 109.

En una interpretación personal, Fustel de Coulanges sugiere que el derecho de propiedad sobre la tierra se encontraba en mayor estima que la propia libertad del ciudadano en los casos de deudas de carácter civil.

"La expropiación por deudas tampoco se encuentra jamás en el derecho antiguo de las ciudades. La Ley de las XII Tablas no atañe seguramente al deudor, no permite que su propiedad se confisque en provecho del acreedor. El cuerpo del hombre responde de la deuda, de su tierra, pues la tierra es indispensable para la familia. Más fácil es someter al hombre a la servidumbre que arrencarle un derecho de propiedad, perteneciente más a la familia que a él mismo; al deudor se le entregaba en manos del acreedor..." (55)

En cuanto al procedimiento a seguir una vez que se falta al cumplimiento de la obligación derivada de la celebración de un contrato, Teodoro Momen expone a continuación:

"El acreedor le detenía (al deudor) en dondequiera que lo hallaba, y lo conducía a la presencia del juez para obligarlo a pagar la deuda reconocida... Cuando el deudor no daba satisfacción, se adjudicaba al demandante, que se lo llevaba y trataba como esclavo. Durante los sesenta días siguientes se exponía tres veces en el mercado, allí se preguntaba en alta voz si había alguien que se compadeciese de él. Pasado este plazo, los acreedores tenían derecho a matarlo y a distribuir su cuerpo, o venderlo como esclavo al extranjero a él, sus hijos y sus bienes, o a retenerlo definitivamente como esclavo." (56)

En estos términos, se describe el procedimiento a realizar sobre el cuerpo mismo del deudor, reiterando que dichas medidas

(55) Fustel de Coulanges. La Ciudad Antigua. Trad. Eusebio de Gorbea; Buenos Aires, EMECE Editores, 1945. p. 114.

(56) Momen, Teodoro. Historia de Roma. 2a. ed.; Buenos Aires, Joaquín Gil, editor, 1960. p. 74.

tenían por objeto tutelar la fortuna de los ciudadanos romanos, sin dejar por ello de llamar poderosamente la atención el extraordinario rigor existente contra el robo, la posesión indebida y, sobre todo, contra la insolvencia del deudor.

Encuentra sin embargo Momsen una justificación en esta clase de proceder adoptada en Roma, y señala:

"La ley trata al insolvente como si fuera un ladrón...¿Es posible explicar más claramente la voluntad de constituir una agricultura libre y exenta de deudas, y un crédito comercial rápido y fácil? El legislador proscribía con una inflexible energía...toda falta a la palabra dada." (57)

Y de esta suerte, parece que encuentra el espíritu que informa la incorporación de tan funesta figura, al señalar que:

"No hay excusa ni salvación, ni aún para el pobre; no hay humanidad ni compasión; parece que el legislador se ha complacido en erigir en ley los extremos en todo; en llevar hasta el fin las consecuencias más despiadadas; en poner violentamente y en su más dura inteligencia, la tiranía de sus principios absolutos..." (58)

Este carácter rígido, formalista y arcaico, deriva de la legislación de las XII Tablas, que constituía el esquema de derecho vigente en la época.

"Las XII Tablas conocían una modalidad despiadada de contratos obligatorios, en la cual el mutuatario, al recibir el dinero, que se pesaba ante testigos, pasaba literalmente a poder del acreedor (de ahí que se llamara a

(57) Ibid. p. 76.

(58) Ibidem.

ese negocio *nexum*, "encadenamiento"). Si el deudor no podía liberarse a tiempo pagando lo que debía, caía en la esclavitud por deudas, sin que fuera necesaria una condena judicial..." (59)

Sin embargo, no existe una clara conciencia de parte de los historiadores y juristas, sobre el verdadero alcance y naturaleza de esta figura.

"Su finalidad radica en garantizar al acreedor, pero ha de advertirse, de todas maneras, que se trata de una institución muy antigua, de la que los mismos juristas romanos no tienen una idea cierta, una exacta conciencia." (60)

Por otra parte, se designa también a la obligación como *nexum*, esto es, la disposición que hace el propio deudor garantizando con su propia persona el crédito contraído, derivando de esta figura el estado de prisión que sobrevenía y se mantenía hasta en tanto se cumpliera con la prestación.

Al *nexum* recurrían quienes tenían una posición económica débil, sosteniéndose por variedad de tratadistas que únicamente era utilizada entre un acreedor patricio y un deudor plebeyo. La obligación entendida como *nexum*, fue fuente de diferentes agitaciones sociales y luchas constantes entre patricios y plebeyos, de tal suerte que una *Lex Poetelia Papiria* - Ley -236 a. de C.-, abolió el *nexum*, sustituyendo la atadura o vinculación de la persona del deudor por la de sus propios bienes. Dice sobre el particular Tito Livio:

"En ese año el pueblo romano recibió en cierta manera una libertad nueva con la abolición de la servidumbre por

(59) Kunkel, Wolfgang. Historia del Derecho Romano. Trad. Juan Miquel; 4a. ed., Barcelona, Editorial Ariel, 1982. p. 35.

(60) Iglesias, Juan. Derecho Romano. 9a. ed., Barcelona, Editorial Ariel. 1987. p. 457.

deudas...Por el atentado y la violencia de un solo hombre, aquél día quedó roto uno de los lazos más fuertes de la fe pública. Los cónsules recibieron orden de proponer al pueblo que en adelante ningún ciudadano podría, sino por pena merecida, y esperando el suplicio, quedar sujeto con cadenas o grillos; de la deuda debían responder los bienes y no el cuerpo del deudor. Por esta razón pusieron en libertad a todos los detenidos por deudas y se tomaron disposiciones para que en adelante ningún deudor pudiera ser reducido a prisión." (61)

Poco a poco, la obligación pierde su viejo carácter de vínculo físico, para convertirse en un vínculo ideal. Se ponen en existencia derechos perfectos de crédito, haciendo personalmente responsable al deudor con todos sus bienes. En este sentido, Fritz Shulz manifiesta:

"En algunos casos la ejecución en la persona pareció excesivamente dura y fue evitada en la práctica, limitando la responsabilidad del deudor, a la cuantía de su patrimonio. Se insertaba en la fórmula una *taxatio* autorizándose con ella al juez a condenar únicamente por el importe de la deuda, cubierto por la cuantía del patrimonio del deudor." (62)

Así, en forma posterior la obligación se convierte en un vínculo jurídico que pierde por completo el carácter de vínculo físico del deudor, en el caso del incumplimiento de las obligaciones generadas por un contrato.

(61) Livio, Tito. Op. Cit., p. 498.

(62) Shulz, Fritz. Derecho Romano Clásico. Trad. José Sta. Cruz Teigeiro; Barcelona, Casa Editorial BOSCH, 1960. p. 167.

2.- LA MORA.

Al estudiar las obligaciones, de las mismas resulta que lo normal sea su cumplimiento, sin embargo, en el devenir propio del tráfico económico-social, se presenta en menor número el incumplimiento de ellas, acuñándose en este sentido un aforismo que determina: "el incumplimiento es la parte patológica de las obligaciones." Desde luego, debe afirmarse que como regla indiscutible, predomina el cumplimiento de las obligaciones, mientras que el incumplimiento constituye la excepción.

Y, precisamente al considerar el estudio del pacto comisorio aplicado en el incumplimiento de las obligaciones, especial atención merece el examen de las diversas causas que motivan la inejecución de las obligaciones, analizando en primer lugar la mora -en sus concepciones, *Debitoris* y *Creditoris*-; la teoría del riesgo, considerada en nuestra legislación civil, es estudiada en segundo plano, dedicándose sendos apartados a la indemnización y la pena convencional; especial tratamiento en este capítulo se otorga a la teoría de la imprevisión, considerando precisamente que en la actualidad cobra especial relevancia en nuestro país; a reserva de profundizar en capítulo posterior sobre la naturaleza de la rescisión que sobreviene ante el incumplimiento de las obligaciones, se pasa a considerar sucintamente algunos aspectos de la misma, ubicando finalmente, el estudio del saneamiento y evicción, como "otras consecuencias" del incumplimiento de las obligaciones.

Ahora bien, para proceder al análisis de la mora, preciso es que se defina tal concepto; así, se ha dicho que la mora "es el retraso en el cumplimiento de la prestación imputable al deudor." (63)

(63) Larenz, Karl. Derecho de las Obligaciones. Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958. p. 340.

Se incurre entonces en mora, cuando el deudor no paga y la obligación se hace exigible por tener un plazo determinado, o bien, porque se cumplan los requisitos legales para ello. A priori, se observa que al sujeto pasivo de la obligación es a quien se le imputa la tardanza en el cumplimiento de la misma; empero, desde aquí podemos decir que el acreedor -también- puede ser responsable del citado retardo en el cumplimiento de la prestación. Esto no es nada nuevo, puesto que desde el Derecho Romano ya se hablaba de **Mora Creditoris** y **Mora Debitoris**. (64)

Considerada así la mora como el retardo en el cumplimiento de una obligación, resulta necesario precisar que no todo retardo en el pago hace incurrir en mora al deudor, pues pueden existir causas justificadas para no cumplir puntualmente una deuda. De lo anterior, se desprende que el deudor incurre en mora cuando injustificadamente no cumple en forma puntual con su obligación que ya se hizo exigible.

Al emprender el estudio del incumplimiento de las obligaciones, se tiene que distinguir si tal eventualidad es total o parcial. La mora se encuadra en esta última hipótesis, porque la obligación no se cumple a tiempo, pero no se puede asegurar que no se cumplirá, razón ésta que nos hace reflexionar y decir que no responde al incumplimiento en su más "puro" sentido, explicando esta situación con mayor detalle Karl Larenz, al decir:

Este retraso puede basarse en las más diversas causas, entre otras también en aquellas que hacen imposible la prestación o en supuestos que imposibilitaban al deudor cumplirla. Más en estos últimos casos se aplican, sin embargo, los preceptos especiales acerca de la imposibilidad sobrevenida, mientras que los preceptos sobre la mora, solamente rigen cuando y en tanto la prestación

(64) Margadant S. Guillermo Floris, Derecho Romano. 6a. ed. corr. y aun.; México, Editorial Esfinge, 1975. p. 368 y 369.

sea posible y en tanto el deudor no est'e permanente y definitivamente imposibilitado de cumplirla. De acuerdo con ello las normas que regulan la mora presuponen fundamentalmente la susceptibilidad del cumplimiento de la prestación. Si efectivamente durante la mora tiene lugar la imposibilidad subjetiva u objetiva con carácter permanente hemos de aplicar a partir de ello las disposiciones sobre imposibilidad sobrevenida y, además ciertos preceptos acerca de la mora." (65)

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, se afirma que la mora, sea del sujeto pasivo o del activo de la obligación, se deberá siempre a una tardanza culposa al no ejecutar la prestación que se debe o, ya bien, en repudiar lo que se nos debe; por lo tanto, si no existiera culpa no habría mora, en todo caso se estaría ante la presencia de otras figuras jurídicas (caso fortuito o fuerza mayor) que corresponde analizar en forma posterior. A la sazón de esto, se puede concluir diciendo que la cunjugación del tiempo y de la culpa son los elementos principales de la mora. Y cuando se refiere la culpa, es porque existe la presunción de que se ha violentado una obligación previamente establecida entre las partes.

En la mora, se hacen indispensables los siguientes requisitos para que la figura en estudio se actualice: a). Para que se incurra en mora es indispensable que la deuda sea líquida; b). El cumplimiento de la prestación debe estar vencido; c). En las obligaciones que tienen por objeto una abstención, no se da la mora, en tal caso se estaría en inejecución absoluta de la prestación; d). Su hubo caso fortuito o fuerza mayor, no se está frente a la mora, salvo algunos casos que adelante se abordan.

(65) Op. Cit. p. 340.

De la definición anotada con anterioridad, se observan como elementos propios a la *mora debitoris*, los siguientes: a) Que exista un retraso, y b) Que el retraso sea culpable (e incluso doloso) por parte del sujeto pasivo de la obligación. Para complementar los citados elementos, se requieren dos acciones por parte del acreedor y son: a) Que haga el requerimiento para el cumplimiento (cuando así sea necesario), y b) Que haya cumplido, en favor del deudor, la obligación a que se comprometió (de lo contrario el deudor se puede excepcionar mediante la *exceptio non adimpleti contractus*). Respecto a los dos primeros puntos relativos al deudor, podemos decir que: el retraso es el transcurrir del tiempo posteriormente al momento en que se debió cumplir la prestación debida y, sobre la culpa, esta es una presunción de *iure*, de tal suerte que el acreedor no tiene porqué probarla, bastará con que haya transcurrido el tiempo pactado para el cumplimiento de la obligación, para que se considere que el deudor, culposa o dolosamente, ha dejado que el mismo transcurra, ya por su negligencia o por su intencionalidad de causarle daño al acreedor al dejar de ejecutar la prestación debida; corresponderá por lo tanto, demostrar o comprobar al deudor, que su cumplimiento se ha debido a un caso fortuito o fuerza mayor, para liberarse de toda imputación. (66)

Sobre el particular, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido:

"MORA, NO SE CONFIGURA SI EL INCUMPLIMIENTO FUE POR CAUSA DE FUERZA MAYOR NO PROVOCADA POR EL DEUDOR, SI ESTE NO SE COMPROMETIO A SOPORTARLA NI LA LEY LE IMPUSO DICHA CARGA."

Amparo Directo 296/80.- Enríquez Macedo Huerta y otros.-
3 de Septiembre de 1980.- 5 Votos.- Ponente: Jorge Olivera
Toro; 3a. SALA. Informe 1980 SEGUNDA PARTE, Tesis 53. Pág.
55.

(66) Como requisito de la mora, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que la interpelación judicial es el momento en que se constituye la mora.

La primera acción que debe realizar el acreedor, es estar a lo dispuesto por la ley en cuanto a que la interpelación puede ser indispensable o no. En el primer caso, se estará en presencia de lo dispuesto por el artículo 2080 del Código Civil y en el segundo, en la fracción I del Artículo 2104 correlativamente con el 2105 del Ordenamiento en cita, mismos que literalmente rezan:

"Art. 2080. Si no se ha fijado el tiempo en que deba hacerse el pago y se trata de obligaciones de dar, no podrá el acreedor exigirlo sino después de los treinta días siguientes a la interpelación que se haga, ya judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante un notario o ante dos testigos. Tratándose de obligaciones de hacer, el pago debe efectuarse cuando lo exija el acreedor, siempre que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación."

"Art. 2104. El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios en los términos siguientes:

I. Si la obligación fuere a plazo, comenzará la responsabilidad desde el vencimiento de éste;"

"Art. 2105. En las obligaciones de dar que tengan plazo fijo, se observará lo dispuesto en la fracción I del artículo anterior.

Si no tuviere plazo cierto, se aplicará lo prevenido en el artículo 2080, parte primera."

Ya se ha señalado sobre la segunda acción que corresponde al acreedor, que deberá haber cumplimiento de la obligación a su cargo (cuando se trate de contratos sinalagmáticos), ya que en caso contrario, el deudor estaría en posibilidad de hacer efectiva la excepción de contrato no cumplido, o en su defecto, se estaría en presencia de una conducta imputable al acreedor, y que se actualiza en la la mora creditoris.

Por lo que toca a la mora creditoris, señalábam0s ya que no siempre es el deudor el que provoca la mora, no estando en posibilidad de asegurar, en consecuencia, que el deudor es el "responsable por su culpa" de la inexecución de la obligación. Este razonamiento encuentra su fundamento cuando se afirma que:

"...la conducta del acreedor puede retrasar el cumplimiento de la obligación o provocar para el deudor la imposibilidad de cumplirla. Puede tener lugar este retraso cuando el acreedor no acepta la prestación que le es ofrecida en tiempo y lugar oportunos, obstaculizándose así que el resultado de la prestación se produzca oportunamente o faltando en otros casos a su colaboración en el cumplimiento, sin la cual no puede éste ser llevado a cabo por el deudor. En ambos casos hablamos de mora accipendi o mora del acreedor." (67)

Se desprende que el deudor no es responsable del comportamiento del acreedor, mas ello no significa que el deudor quede liberado, puesto que la obligación subsiste hasta en tanto la misma sea posible.

En este punto, resulta necesario hacer las precisiones siguientes: a) En este supuesto, el deudor no es responsable de los daños ocasionados por la conducta del acreedor; b) El deudor puede liberarse de la obligación consignando el pago; c) El acreedor es responsable cuando, transitoria o definitivamente, impida el cumplimiento de la prestación debida; dicha responsabilidad se traducirá en los gastos ciertos que para el deudor ocasionó la mora. (68)

Los elementos o requisitos necesarios para que se produzca la mora creditoris son tres, a saber: a) Que el deudor

(67) Larenz, Karl, Op. Cit. p. 374 y 375.

(68) Ibid. p. 375.

pueda cumplir su prestación; b) Que el deudor haga ofrecimiento de pago y, c) Que el acreedor no haya aceptado la prestación que se le ha ofrecido. (69) Los dos primeros, a) y b), responden a un actuar del deudor, siendo el primero el más importante (ya que al no darse, los otros dos requisitos no tienen objeto), puesto que se traduce en la "disponibilidad de poder" cumplir con la obligación; mientras que, el segundo, es indispensable que se haya hecho el ofrecimiento en pago, de manera indubitable; y que, concurra el acto volitivo por parte del acreedor de "rechazar" la prestación.

Los efectos que produce la mora del acreedor, son: a) La responsabilidad del deudor se ve reducida; b) El riesgo de la cosa recaerá para el deudor; c) El deudor podrá hacer la consignación de la prestación, y d) El deudor podrá exigir los gastos suplementarios que haya realizado con motivo de la custodia y conservación de la cosa objeto de la prestación.

En cuanto a la normatividad en el Código Civil del Distrito Federal, no existe una regulación específica respecto a la mora. No obstante, en dicho ordenamiento hay preceptos que aluden a la misma. En el caso de la mora del deudor, Borja Soriano nos informa, diciendo:

"Si la obligación de hacer no dependiere de plazo cierto, la responsabilidad comenzará cuando exija el pago el acreedor, siempre que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación (arts. 2104 Frac. II y 2080). Según el Código de Procedimientos Civiles de 1932, artículo 259, fracción IV, es efecto del emplazamiento producir todas las consecuencias de la interpelación judicial, si por otros medios no se hubiese constituido ya en mora el obligado...Si la obligación de hacer fuere a plazo, comenzará la responsabilidad desde el vencimiento de

(69) Ibid. p. 376.

éste (art. 2104 frac. I)...El que contraviene una obligación de no hacer, pagará daños y perjuicios por el sólo hecho de la contravención (art. 2104, parte final)...Si la obligación de dar no tuviere plazo cierto, no comenzará la responsabilidad sino después de los treinta días siguientes a la interpelación que se haga, ya judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante un notario o ante dos testigos (arts. 2105, segunda parte y 2080, primera parte). Si la obligación de dar tuviere plazo fijo, comenzará la responsabilidad desde el vencimiento de éste (arts. 2105, primera parte y 2104 frac. I)." (70)

En el supuesto de la *mora creditoris*, se aplican los artículos 224 al 234, de la llamada "consignación en pago" u "ofrecimiento de pago" y la "consignación de la cosa debida"; el Código Civil vigente también lo regula en los artículos 2907 al 2103.

Señala el Código de Procedimientos Civiles: "Art. 224. Si el acreedor rehusare a recibir la prestación debida o dar el documento justificativo de pago, o si fuere persona incierta o incapaz de recibir, podrá el deudor librarse de la obligación haciendo consignación de la cosa."

En similar sentido, establece el Código Civil: "Art. 2097. El ofrecimiento seguido de la consignación hace veces de pago, si reúne todos los requisitos que para éste exige la ley."

De lo anteriormente expuesto, ha quedado determinado que el Código Civil vigente distingue entre las obligaciones de dar y las obligaciones de hacer, siendo en las primeras exigible el cumplimiento de la prestación treinta días después de la interpelación judicial o extrajudicial ante notario o dos testigos. En las segundas, es necesario que transcurra el

(70) Borja Soriano, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. 8a. ed., México, Editorial Porrúa, 1982. p. 97.

tiempo necesario para la ejecución del hecho y que el acreedor exija el pago. En esta última parte, el artículo 2080 no determina si tal exigencia debe manifestarse a través de una interpelación o bastará que en una forma privada, es decir, sin acudir al juez, al notario o a los testigos, el acreedor exija el pago al deudor.

En lo que corresponde a las obligaciones de no hacer, el Código en vigor no contiene regla alguna para el caso de que no se hubiere señalado fecha de exigibilidad. En este sentido, se señala que sólo en los casos en que la naturaleza de la abstención suponga el transcurso de cierto tiempo, cuando nada se diga, se sobrentenderá que la obligación es exigible desde que nace. En este caso se aplica el sistema según el cual, en toda obligación de dar o hacer en la que se fije un plazo de cumplimiento, se hace exigible por la simple llegada del día prefijado, sin ser necesaria una interpelación judicial o extrajudicial, y desde ese momento comenzarán a causarse los daños y perjuicios moratorios.

Las principales consecuencias de la mora, son las siguientes: a) Constituye al deudor en responsable de los daños y perjuicios, en razón de que los artículos 2104 y 2105, lo obligan a pagar dichas prestaciones a partir del momento en que la deuda sea exigible, de acuerdo al artículo 2080 ya comentado; b) Arroja el riesgo de la cosa sobre el deudor, pues por encontrarse en mora se estima que se halla en culpa. La regla conforme a la cual la cosa perece para su dueño, se aplica sólo cuando la pérdida ocurre por caso fortuito o fuerza mayor; c) Por último, la mora obliga al deudor a pagar los gastos judiciales, conforme al artículo 2118 que determina: "El pago de los gastos judiciales será a cargo del que faltare al cumplimiento de la obligación y se hará en los términos que establezca el Código de Procedimientos Civiles."

3.- TEORIA DE LOS RIESGOS.

Algún autor ha tratado de diferenciar el nombre de esta teoría con la del siniestro;(71) sin embargo, consideramos que es un problema de semántica, porque en el fondo el cuestionamiento es el mismo.

Dicha teoría radica en saber si es el deudor o el acreedor, el que soporta la pérdida o destrucción del bien objeto de la obligación, cuando el mismo ha perecido o se ha destruido, haciendo, desde luego, imposible el cumplimiento de la obligación. En consideración a esto, debemos tener presente que el caso fortuito y la fuerza mayor son excluyentes de responsabilidad, al grado de liberar y exonerar de culpa al deudor. Esta regla, sin embargo, resulta aplicable en dos formas, de acuerdo al tipo de obligaciones, a saber: a) En las unilaterales se sigue el principio de "la cosa perece para su dueño" (v.gr. la donación o el comodato); y, b) en la bilaterales se presenta el problema, porque como los sujetos son a la vez acreedores y deudores, ambos desean satisfacer recíprocamente sus respectivas prestaciones y, en el supuesto de que uno de los objetos se pierda, surgirá la pregunta ¿Quién sufre el menoscabo? La solución a tal planteamiento la brinda Bejarano Sánchez cuando señala:

"Se aplica a todos los contratos, excepto a los traslativos de dominio (a los que producen el efecto de transmitir la propiedad, como la compraventa, la permuta, etc.). Si en un contrato bilateral (u otro acto jurídico que engendre prestaciones recíprocas) una de las partes no puede cumplir su prestación, a causa de un caso fortuito o fuerza mayor, quedará eximida de hacerlo, lo mismo que su co-contratante y el contrato se extingue sin responsabilidad para ninguna de las partes perdiendo cada una sus propios

(71) Bejarano Sánchez, Manuel. Obligaciones Civiles, 3a. ed.; Colección Textos Jurídicos Universitarios, México, 1984. p. 332.

gastos... "Nadie está obligado a lo imposible", dice un conocido principio jurídico, y esa impotencia, deriva de causa ajena e irresistible, producida sin culpa del deudor, le exime de toda responsabilidad, libertándole de su obligación. Pero, en reciprocidad, también queda exonerada de cumplir la otra parte, y el contrato se ve extinguido." (72).

En efecto, atendiendo al principio que establece que nadie está obligado a lo imposible, el Código Civil en vigor aplica en forma expresa esta regla, al determinar que nadie está obligado al caso fortuito, porque implica una imposibilidad que puede ser absoluta desde el punto de vista físico, o de tal manera difícil para el deudor, que cumplir con la prestación a pesar del caso fortuito, sería imponerle una carga injustificada y una situación demasiado gravosa. De esta forma, dispone el artículo 2111: "Nadie está obligado al caso fortuito sino cuando ha dado causa o ha contribuido a él, cuando ha aceptado expresamente esa responsabilidad, o cuando la ley se la impone."

Sin embargo, un tratamiento especial recibe esta figura en tratándose de contratos traslativos de dominio. Inclusive, se apunta que el problema más importante es el riesgo en los contratos sinalmáticos, y específicamente en aquellos de ejecución instantánea, porque, conforme al artículo 2014, en la enajenación de cosas ciertas y determinadas, la transmisión de la propiedad opera por efecto mismo del acuerdo de voluntades, y en este caso, si el contrato se hubiere perfeccionado, pero la cosa no hubiere sido entregada y entretanto parece fortuitamente, es obvio que el riesgo de pérdida de la cosa recae sobre el comprador, pues éste es ya dueño y aún cuando el vendedor no puede dar cumplimiento a la obligación de entrega, si estará facultado para exigir el precio, la obligación de la entrega es púramente instrumental.

(72) Bejarano Sánchez, Manuel, Op. Cit. p. 383 y 384.

Por otra parte, con una regulación específica, el artículo 2017 del Ordenamiento legal en cita, establece: "En los casos en que la obligación de dar cosa cierta impone la traslación de la propiedad de esa cosa, y se pierde o deteriora en poder del deudor, se observarán las reglas siguientes...V. Si la cosa se pierde por caso fortuito o fuerza mayor, la obligación queda sin efecto y el dueño sufre la pérdida, a menos que otra cosa se haya convenido." En este precepto se aplica la regla ya invocada con anterioridad, "la cosa perece para el dueño", *Res perit domino*.

En relación con el artículo 2017 del Código en vigor, se establece por los artículos 2022 y 2023: "Cuando la obligación de dar tenga por objeto una cosa designada sólo por su género y cantidad, luego que la cosa se individualice por la elección del deudor o del acreedor, se aplicarán, en el caso de pérdida o deterioro, las reglas establecidas en el artículo 2017." "Artículo 2023. En los casos de enajenación con reserva de la posesión, uso o goce de la cosa hasta cierto tiempo, se observarán las reglas siguientes:...III. A falta de convenio o de culpa, cada interesado sufre la pérdida que le corresponda, en todo, si la cosa perece totalmente, o en parte, si la pérdida fuere solamente parcial." Para comprender el significado de éste último precepto, observa Borja Soriano: "Quizás la significación de nuestro artículo 1448 (actualmente 2023) sea la de que en el caso previsto en él, el adquirente pierde la cosa como dueño que es de ella y el que se reserve la posesión, uso o goce de la misma pierde este derecho." (73)

En tratándose del contrato de comodato, la ley previene una regla particular: "Artículo 2505. Si la cosa perece por caso fortuito, de que el comodatario haya podido garantirla empleando la suya propia, o sino pudiendo conservar más que una de las dos ha preferido la suya, responde de la pérdida de la otra."

(73) Borja Soriano, Manuel. Op. Cit. p. 503.

En el mismo sentido, refiere el artículo 2506: "Si la cosa ha sido estimada al prestarla, su pérdida, aun cuando sobrevenga por caso fortuito, es de cuenta del comodatario, quien deberá entregar el precio si no hay convenio expreso en contrario."

De las dos últimas disposiciones transcritas, se observa la siguiente excepción al principio *Res perit domino*: a pesar de que el deudor no cumpla su obligación, si ello se debe a caso fortuito, se considera que en primer lugar no incurrió en mora, porque hubo una imposibilidad absoluta para cumplirla; y en segundo, que habrá también una imposibilidad física para entregar la cosa cuando ésta ha perecido, o bien para realizar el hecho.

Para determinar el concepto de caso fortuito y de fuerza mayor, se hacen las siguientes precisiones: por caso fortuito se entiende el acontecimiento natural inevitable, previsible o imprevisible, que impide en forma absoluta el cumplimiento de la obligación. "Se trata, por consiguiente, de hechos naturales inevitables que pueden ser previstos o no por el deudor, pero a pesar de que los haya previsto no los puede evitar, y que impiden en forma absoluta el cumplimiento de la deuda, es decir, constituyen una imposibilidad física insuperable." (74)

Por fuerza mayor, se entiende el hecho del hombre, previsible o imprevisible, pero inevitable, que impide también en forma absoluta el cumplimiento de una obligación. Ejemplo de ello se presenta con motivo de la guerra y la huelga en ciertos casos.

Referida la teoría de los riesgos al tema en estudio, esto es, el examen de las causas que hacen imposible en forma total o parcial el cumplimiento de los contratos en donde se generan obligaciones recíprocas, preciso es señalar que este (74) *Idem*.

problema sólo se presenta respecto a los contratos bilaterales, en donde se trata de saber si a pesar de que una de las partes quedó liberada por la imposibilidad de cumplir su obligación, la otra debe realizar la prestación debida. Este problema queda resuelto al tenor de lo anotado al principio de este apartado, y considerando las disposiciones contenidas en los artículos 2017, 2022 y 2023. del Código Civil en vigor.

4.- DAÑOS Y PERJUICIOS.

En forma teórica, no puede darse el caso de que el incumplimiento de una obligación deje de originar daños y perjuicios, porque cualesquiera que sean las prestaciones debidas, dar, hacer o no hacer, el incumplimiento originará por lo menos los denominados daños compensatorios, es decir, el equivalente en dinero de la merma realmente sufrida en el patrimonio, más la ganancia que se puede obtener y no se obtuvo por virtud del mismo.

Bajo el rubro de "Responsabilidad contractual", ha señalado Borja Soriano que ésta consistirá, precisamente, en "la obligación que tiene una persona de indemnizar a otra los daños y perjuicios que le ha causado." Aunque, desde luego, también producen la obligación de indemnizar de los daños y perjuicios las figuras del enriquecimiento ilegítimo, la gestión de negocio, los hechos ilícitos y el riesgo, por lo cual resulta más apropiado aludir en forma genérica a una "responsabilidad civil." (75)

La responsabilidad contractual, se extenderá entonces al caso del incumplimiento de las obligaciones que tienen por fuente un contrato, existiendo en consecuencia un acreedor y un deudor. Distinguiendo los elementos propios de la responsabilidad contractual, observamos: a) Un daño o perjuicio causado al acreedor por la inejecución de la obligación; b). Imputable al deudor; c). Mora del deudor. (76)

Aportando una definición diversa, Gutiérrez y González señala: "Se le puede entender como la necesidad jurídica que tiene el deudor, de cumplir a favor de otra persona llamada acreedor, que le puede exigir, la restitución de

(75) Borja Soriano, Manuel. Op. Cit.

(76) Idem. p. 455.

una situación jurídica al estado que la misma tenía, al momento de violarse un deber jurídico strictu sensu, o una obligación lato sensu en cualesquiera de sus dos especies, obligación strictu sensu o derecho de crédito convencional." (77)

En forma precisa, el Código Napoleón establecía en su artículo 1142 el caso en el que operaba la indemnización por daños y perjuicios: "Toda obligación de hacer o de no hacer, se convertirá en indemnización de daños y perjuicios, en caso de falta de cumplimiento por parte del deudor." En forma idéntica, el artículo 2104 de nuestro Código vigente, contiene la misma regla, al prevenir: "El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios en los términos siguientes..."

La indemnización comprende dos elementos, que bien pueden producirse conjuntamente o no; nos referimos a los "daños" y "perjuicios". Así, se entiende por daño "el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o patrimonio." (78) Mientras que el perjuicio "es la privación de cualquier ganancia lícita que debería haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación." (79)

El daño compensatorio es, por consiguiente, la merma que sufre el acreedor en su patrimonio por no cumplirse definitivamente la obligación. En las obligaciones de dinero, esa merma queda representada por el valor mismo de la obligación, de suerte que toda obligación pecuniaria se resuelve en el cumplimiento y en los daños moratorios, en razón de que la indemnización compensatoria es idéntica al valor de la prestación omitida.

(77) Gutiérrez y González, Ernesto. Op. Cit. p. 31

(78) Larezn, Karl. Op. Cit. p. 193.

(79) Cfr. Artículo 2109 del Código Civil para el Distrito Federal.

Una situación diversa se presenta con las obligaciones que no son pecuniarias, en donde el incumplimiento de la obligación origina un daño que puede ser o no equivalente al valor en dinero de la prestación no cumplida. En este supuesto, el acreedor tiene dos acciones: o exige la prestación o la cosa para que se cumpla la obligación de dar en la transmisión del dominio o del uso, o bien, exige el pago de un valor compensatorio de los daños y perjuicios que hubiere sufrido por el incumplimiento de la deuda. Precizando la naturaleza jurídica de esta clase de indemnización, se ha señalado:

"La obligación de indemnización de daños (y perjuicios) tiende a proporcionar una compensación a aquel que en virtud de ciertos hechos ha sufrido un daño o un menoscabo económico en sus bienes...(cuyo) fundamento de la obligación de indemnización de los daños está en este caso en el acto propio, culpable y antijurídico." (80)

De esta suerte, observamos que existen dos clases de indemnización: a) La compensatoria, que es la que se le debe al acreedor en razón de la inejecución de la obligación: bajo su forma ordinaria no es otra que la evaluación en dinero del interés que el acreedor tenía en que la obligación fuese ejecutada, la compensación por consiguiente del perjuicio que la inejecución le causa y, b) La moratoria, la cual se le debe al acreedor en razón del simple retardo en la inejecución...porque es debida por la demora. Sobre éstas debe apuntarse que: "no se encuentran textualmente en nuestros códigos; sin embargo existen porque están basadas en la naturaleza de las cosas." (81)

No existe necesariamente una relación precisa entre la indemnización compensatoria y la moratoria. En el Código Civil vigente se establece que los daños y perjuicios por el incumplimiento de una obligación deben ser consecuencia directa e

(80) Cfr. Larenz, Karl, Op. Cit. p. 190 y 191.

(81) Cfr. Borja Soriano, Manuel, Op. Cit. p. 98 y 99.

del mismo; se requiere, por otra parte, una relación causal con el incumplimiento de la obligación.

En materia de responsabilidad contractual, los códigos civiles distinguen claramente los efectos del incumplimiento, separando el concepto de daño entendido como "pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación" (art. 2108 del Código Civil), de la idea de perjuicio, como "la privación de cualquier ganancia lícita que debería haberse obtenido con el cumplimiento de una obligación" (art. 2109 del Código Civil).

Considerando la relación de causalidad que debe existir entre el incumplimiento de las obligaciones y los daños y perjuicios, el artículo 2110, determina: "Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse." Por otra parte, y en el mismo caso de incumplimiento, en tratándose de las obligaciones en dinero se pagará hasta el interés legal por concepto de daños y perjuicios, lo que viene a significar que según los casos, podrá ese interés ser menor al legal, sin que en ningún caso pueda exceder del mismo. En este sentido señala el artículo 2117: "La responsabilidad civil puede ser regulada por convenio de las partes, salvo aquellos casos en que la ley disponga expresamente otra cosa. Si la prestación consistiere en el pago de cierta cantidad de dinero, los daños y perjuicios que resulten de la falta de cumplimiento no podrán exceder del interés legal, salvo convenio en contrario".

5.- PENA CONVENCIONAL.

Se ha definido a la pena convencional como el convenio expreso mediante el cual las partes prevén determinar los daños y perjuicios que acarreará el incumplimiento de la obligación contraída (82). Es decir, es la fijación previa de la indemnización en caso de inejecución de la prestación contraída. En otras palabras: es la fijación convencional de los daños y perjuicios en caso de incumplimiento de la obligación concertada.

La función principal de la cláusula penal, radica en estimar convencionalmente los daños y perjuicios compensatorios, esto es, aquellos que se causan por el incumplimiento definitivo, aunque también puede comprender y regular los daños y perjuicios moratorios originados por el simple retardo en el pago.. En igual forma, la pena convencional puede tener por objeto prever un incumplimiento.

Varios son los principios y características que rigen la pena convencional: a) Si la obligación principal es la nula, la cláusula también (no podría haber indemnización alguna por inejecución de una prestación nula) (83); b) Se hace efectiva solo cuando alguna de las partes es culpable de dicha inejecución; c) No es admisible que se acumule con el incumplimiento (en el caso de que parcialmente se hubiese realizado la obligación, no podría exigirse el monto total de la pena, por equidad); d) Se puede fijar, en función de que un tercero cumplirá, pero la cláusula será suscrita y obligará únicamente a las partes contratantes; e) No podrá ser mayor que la cuantía de la obligación principal; f) El acreedor no puede exigir el cumplimiento de la obligación más la pena convencional, salvo que se estipule por el simple retardo o porque no se ejecute de la manera convenida.

(82) Cfr. Larenz, Karl, Op. Cit., p. 190 y 191.

(83) Cfr. Borja Soriano, Manuel, Op. Cit., p. 104.

Resulta conveniente, en este apartado, dejar anotado el fin que persigue tal convención, para lo cual resulta apropiado atender a Karl Larenz, cuando señala: "La finalidad de semejante pena contractual o pena convencional es, en primer lugar, estimular al deudor al cumplimiento del contrato. De ahí que la cuantía de la pena contractual coloque al deudor en situación de evitar en incurrir en ella". (84)

Otra utilidad que se desprende de la cláusula penal, se advierte de dos aspectos fundamentales: a) Por un lado, el acreedor no tiene que demostrar el monto de los daños sufridos. Sobre este particular, señala el artículo 1842 del Código vigente: "Al pedir la pena, el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios, ni el deudor podrá eximirse de satisfacerla, probando que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno." b) Por otra parte, el acreedor no tiene que demostrar, en el caso de incumplimiento, que éste le es imputable al deudor, sin que sea aplicable, desde luego, esta cláusula penal en el caso fortuito o de fuerza mayor, como claramente se observa de lo dispuesto por el artículo 1847, que determina: "No podrá hacerse efectiva la pena cuando el obligado a ella no haya podido cumplir el contrato por hecho del acreedor, caso fortuito o fuerza insuperable".

"La importancia práctica de la cláusula penal se manifiesta especialmente en liberar al deudor de la obligación de comprobar en juicio el monto de los daños y perjuicios, pues desde el punto de vista procesal, la prueba de los mismos en muchos casos es sumamente difícil o por lo menos, presenta grandes dificultades, de aquí la ventaja, permitida por la ley, de fijar alzadamente y en forma previa, el importe de la pena, con la única limitación de que no exceda el valor de la obligación principal". (85)

(84) Op. Cit., p. 369.

(85) Rojina Villegas, Rafael, Op. Cit. p. 419 y 420.

Varios son los preceptos que regulan esta figura, la mayoría referidos a los principios que abordamos en párrafos anteriores, iniciando a partir del artículo 1840, hasta el 1850 las disposiciones que aluden a la pena convencional. En principio, señala el artículo 1840: "Pueden los contratantes estipular cierta prestación como pena para el caso de que la obligación no se cumpla o no se cumpla de la manera convenida. Si tal estipulación se hace, no podrán reclamarse, además, daños y perjuicios".

De la lectura de el precepto que se indica con anterioridad, se observa que en la primera parte se considera el caso del incumplimiento total y definitivo, es decir, la función más importante de la cláusula penal, estimándose para tal efecto el importe de los daños y perjuicios compensatorios. En la segunda parte, se regula el caso de incumplimiento parcial o pago con retardo, en donde las partes estipulan el pago de cierta pena por daños y perjuicios para resarcir al acreedor en el caso de incumplimiento parcial. Con mayor precisión, el artículo 1846, establece: "El acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación o el pago de la pena, pero no ambos; a menos que aparezca haber estipulado la pena por el simple retardo en el cumplimiento de la obligación, o porque esta no se preste de la manera convenida".

En cuanto al momento preciso en que se puede hacer exigible la pena convencional, resulta necesario distinguir entre las obligaciones de hacer, no hacer y dar. Considerando las obligaciones de dar y hacer, la citada cláusula penal será exigible cuando el deudor incurra en mora, atendiendo a las reglas propias que han quedado señaladas en el apartado segundo de este apartado. En tratándose de las obligaciones de no hacer, se hará exigible la pena en cuanto se presenta la simple contravención. En este sentido, resulta aplicables las hipótesis contenidas en los artículos 2104 y 2105 del Código Civil en vigor.

En efecto, de conformidad con los preceptos anteriormente indicados, en las obligaciones de hacer y de dar que tienen señalado un plazo, la pena será exigible desde el vencimiento de éste; en el caso de que no dependiere de un término, se hace necesario distinguir ambos tipos de deuda, en razón de que en las de hacer, la exigibilidad de la cláusula penal dependerá de que haya transcurrido el término necesario para el cumplimiento de la obligación, requiriéndose además que la exiga el acreedor. En el caso de las obligaciones de dar, se hace necesario que transcurra un plazo de treinta días, después de la interpelación judicial o extrajudicial, ante un notario o dos testigos. Atendiendo a la parte última del artículo 2104, en las obligaciones de no hacer la pena se hace exigible por el solo hecho de la contravención.

Una ejecutoria del año de 1933 dictada por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, distingue con claridad la pena convencional del caso en el que se aplican réditos elevados cuando el deudor incurre en mora.

"CLAUSULA PENAL.- El artículo 1843 del Código Civil para el Distrito Federal ordena expresamente "que la cláusula penal no puede exceder ni en valor ni en cuantía a la obligación principal". Ahora bien, debe estimarse que la cláusula penal pactada en favor del actor, excede a la obligación principal, si ésta en realidad no existe, por haberse estipulado que los servicios de aquél serían absolutamente gratuitos para el demandado." (Luis Iarracochea, Tomo CI, 22 de Julio de 1949)."

"CLAUSULAS PENALES EN LOS CONTRATOS.- La estipulación de un interés mayor que el legal, para el caso de retardo en el incumplimiento de una obligación, no constituye, por su misma naturaleza, una cláusula penal, y por tanto, no está

sujeta a las disposiciones que la reglamentan. La verdadera naturaleza de la cláusula penal deriva de su propia índole, relacionada con la obligación que sanciona y los tribunales, en cada caso, deben apreciar, dada la naturaleza de la obligación y las condiciones a ellas anexas, si determinado pago constituye una pena, para los efectos procedentes en derecho. El cobro de un rédito excesivo no presenta carácter alguno de cláusula penal, sino el ejercicio de un derecho usurario; pero la estipulación del mismo, tanto por ciento, caso de prórroga, o mora, sobre el importe de los intereses no pagados, hasta la fecha en que lo sean, patentiza, de modo claro, que la principal intención del prestamista, aparte del lucro, fue apremiar al deudor al cumplimiento de la obligación principal y castigar su morosidad. La cláusula penal no es necesario que se estipule mediante una fórmula especial." (Francisco Morones. Tomo XXXIX, Quinta Epoca, 11 de octubre de 1933). "

6.- TEORIA DE LA IMPREVISION.

Las alteraciones y cambios que sufre hoy en día la economía mundial -de la cual depende la nuestra-, hacen que el tráfico jurídico presente una grave ponderación de "inseguridad", con motivo de la constante devaluación, inflación, o lo que pesa o no se nota, la deflatación del peso, de donde surge la teoría de la imprevisión, que tiene por objeto responder a las interrogantes siguientes: ¿En qué periodos se presenta el desequilibrio de las prestaciones? La verdad es que en todos los contratos celebrados con antelación a un periodo de crisis, necesariamente económico, siempre que no se trate de la obligación de ejecución instantánea, se presenta el desequilibrio; así tenemos que "todo contrato que no es ejecutado inmediatamente expone al deudor a una eventualidad favorable o desfavorable a causa de las modificaciones en las circunstancias de hecho que condicionan la ejecución del contrato" (87). ¿Debe hacerse cumplir la obligación que fue pactada en un momento NORMAL, si la ejecución de la misma debe efectuarse en época posterior, y si en ésta han incurrido circunstancias extraordinarias e imprevisibles, haciendo que la ejecución sea una carga excesiva para una de las partes o, inclusive, traiga consigo la ruina patrimonial del obligado? ¿Es justo que el obligado con una carga mayor debido a una alteración de las circunstancias originales responsa por causas exógenas que alteraron el fin o motivo que originalmente lo llevó a contratar? Con el propósito de dar respuesta a estas interrogantes, se ha elaborado la Teoría de la Imprevisión, que es "una creación de los juristas medievales, los cuales en el siglo XIV, la sostuvieron al amparo del Digesto. En Roma, se podía dispensar la ejecución de un contrato en nombre de la bona fides y los tratadistas dedujeron que los contratos qui habent tractum succesivum et dependiant futuro rebus sic stantibus intelliguntur". (88)

(87) Borja Soriano, Manuel. Op. Cit. p. 323.

(88) REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA, Año CIV, No 4, Tomo XXXIII, Julio-Diciembre, Instituto Editorial REUS, Segunda Epoca, Madrid, 1956, p. 402.

Precisamente, la teoría de la imprevisión, o cláusula rebus sic stantibus, se ha constituido como un medio para proteger a los acreedores a plazo de una suma de dinero contra los efectos de la pérdida considerable e imprevisible del valor de cambio o poder adquisitivo de la moneda nacional a causa de la inflación. Esta figura jurídica contempla dos alternativas: conforme a la primera, implicaría una intervención directa por parte del legislador para que se pueda revisar y modificar o rescindir los contratos afectados gravemente por el desequilibrio posterior a su celebración y debido a la desvalorización monetaria; en un segundo aspecto, las mismas partes acuerdan expresamente en el texto propio del contrato una estipulación especial que permita la aplicación de los efectos que se indican. De esta suerte, se ha señalado que jamás competirá al juez hacer aplicación de la figura en estudio, sin la autorización expresa de la ley o sin haberlo previsto y facultado las partes en el mismo contrato. (89)

En el Código Civil vigente, no existe disposición alguna por parte del legislador que permita la aplicación de esta teoría de la imprevisión, y de esta forma, la revisión del contrato para modificarlo o rescindirlo. En el Derecho Positivo Mexicano, a excepción de los Estados de Jalisco y Aguascalientes, no existe Ordenamiento jurídico alguno que permita la revisión contractual para modificar las condiciones y en su caso determinar la rescisión del mismo ante la excesiva onerosidad sobreviniente.

Con un criterio diverso, y admitiendo expresamente la figura de marras, el Código Civil italiano de 1942, el Código portugués de 1968 y el Código Civil argentino, regulan la rescisión de los contratos ante la onerosidad excesiva de las prestaciones a cargo de alguna de las partes.

(89) Sánchez Medel, Ramón. De los Contratos Civiles. 9a. ed., México, Editorial Porrúa, 1988. p. 98 y 99.

Una confrontación de carácter doctrinario, se ha generado en cuanto a la aplicabilidad o ineficacia de la teoría de la imprevisión. Como fundamento jurídico para proponer la efectiva aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, se invocan los artículos 1796, 1838, 1845, 1857 y 2117 del Código vigente. Se indica que el artículo 1796 dispone que para el cumplimiento de los contratos, hay que respetar la "buena fe"; el artículo 1838, en razón de que en los contratos conmutativos las prestaciones de las partes han de ser ciertas desde que se celebra el contrato de manera que permitan "inmediatamente la pérdida o la ganancia que derivará del contrato"; el artículo 1845, en cuanto concede al juez la facultad de reducir equitativamente la pena, cuando la reducción no pueda ser proporcional en los casos de incumplimiento parcial de la obligación; el artículo 1857, en donde se apela, para la interpretación de los contratos oscuros, a "la mayor reciprocidad de los intereses en los contratos onerosos; y el artículo 2117, en virtud del cual establece el legislador un tope máximo a la responsabilidad por incumplimiento en las deudas en dinero.

En relación a los dos únicos Ordenamientos jurídicos que permiten, en nuestro país, la aplicación de la cláusula multicitada, a saber, los Códigos civiles de Aguascalientes y Jalisco, éstos determinan la revisión de los contratos por los tribunales en caso de agravación de una de las prestaciones a causa de "haber variado las condiciones generales del medio en que debía tener cumplimiento" o a consecuencia de alteraciones imprevisibles que sobrevinieren por hecho general", permitiéndose en estos casos la rescisión del contrato, pero imponiendo en forma simultánea al contratante que la hubiere obtenido, la obligación de indemnizar a la otra parte, "por mitad de los perjuicios que le ocasione la carencia repentina de las prestaciones materia de dicho contrato".(90)

(90) Cit. Pos. Sánchez Medal, Ramón, Op. Cit., p. 134.

Con la salvedad del arrendamiento de fincas rústicas, regulado por el artículo 2445, y en donde se permite la reducción de la renta ante la pérdida de más de la mitad de los frutos por casos fortuitos extraordinarios, el sistema propio del Código civil vigente en el Distrito Federal no permite la la revisión contractual ante la modificación de las circunstancias en que se celebró el contrato. En esta dirección, el maestro Borja Soriano indica:

"Con todo, según se indicó antes (Núm. 47), ni los mencionados esfuerzos de una parte de nuestra doctrina, ni las soluciones que ofrece también una parte del derecho comparado, autorizan la aplicación general a nuestro derecho, de la teoría de la imprevisión o la revisión del contrato o de la resolución por la excesiva onerosidad sobreviniente, pues la admisión de estas instituciones quebrantaría gravemente la seguridad de la contratación. Es más, nuestra legislación rechaza expresamente esta revisión del contrato, a propósito del contrato de obra a precio alzado, ya que "el empresario que se encargue de ejecutar alguna obra por precio determinado, no tiene derecho de exigir ningún aumento, aunque lo haya tenido el precio de los materiales o el de los jornales". (262)". (91)

Preciso en este punto, resulta distinguir la lesión, entendida como el desequilibrio contemporáneo a la celebración del contrato, del desequilibrio superveniente que se origina en un contrato después de celebrado, y que se origina en muchas ocasiones, por la desvalorización de la moneda por disminución económica de su poder adquisitivo o bien, por una devaluación decretada por la autoridad que le fija una paridad inferior a la vigente con respecto a las monedas extranjeras.

(91) Ibidem.

C A P I T U L O I V

EL PACTO COMISORIO.

- 1.- ANTECEDENTES HISTORICOS.
- 2.- EL PACTO COMISORIO EN EL CODIGO DE 1928.
- 3.- EL PACTO COMISORIO COMO MODALIDAD DE LAS
OBLIGACIONES.

1.- ANTECEDENTES HISTORICOS.

Por pacto comisorio se entiende la cláusula por la cual las partes convienen en que el contrato será resuelto si una u otra de ellas no cumple con su obligación (92)

Los orígenes del pacto comisorio se encuentran en el derecho romano y puede establecerse su importancia a través de ciertas prácticas por las que las relaciones contractuales quedaban disueltas si alguna de las partes no cumplía con las obligaciones establecidas. La cláusula que se insertaba en este sentido recibía el nombre de *lex comissoria* y tenía que estipularse expresamente y se aplicaba principalmente a los contratos de compraventa.

En una etapa ulterior, el pacto comisorio se aplicó a los contratos innominados, ya que cuando en una relación de ese orden el beneficiario de la prestación inicial no cumplía su propio débito, correspondía al acreedor una *condictio* para reclamar la devolución de lo entregado.

Puesto que esta figura recaía principalmente en los contratos de compraventa, mismos que se encontraban tutelados por las acciones *venditii* a favor del vendedor, y *empti* a favor del comprador, en el mismo se permitían muchas declaraciones adicionales, las cuales eran exigibles utilizando esas dos acciones principales del contrato. El pacto comisorio, de esta suerte, podía quedar comprendido en las convenciones o declaraciones adicionales.

"...*Lex Comissoria*. Es un convenio que en las compraventas con el precio alzado, hace que se disuelvan, volviendo las cosas al vendedor, si el precio no es abonado dentro de un término que se fija." (93)

(92) Cit. Pos. Borja Soriano, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. 8a ed., México, Editorial Porrúa, 1982. p. 476.

(93) Arias Ramos, Juan. Derecho Romano. T. II, lla. ed., Madrid, Revista de Derecho Privado, 1969. p. 643.

En igual sentido, señala Girard en su "Manual Elemental de Derecho Romano."

"Los principales convenios en virtud de los cuales el contrato de venta puede ser afectado por una condición resolutoria, son: lo. *lex commissoria*, por la cual el vendedor se reserva el derecho de rescindir la venta si no le es pagado el precio. Esta cláusula le permite no quedar indefinidamente ligado por el contrato, de recobrar, por falta de pago, su libertad de acción". (94)

No obstante la predominante utilización de la *lex commissoria* en los contratos de compraventa, se llegó a aplicar esta figura a la *pignus*, misma que consistía en la entrega de una cosa mueble con el fin de asegurar la obligación. La propiedad del objeto continuaba vinculada al deudor -*pignorante*-, no procurándose otro beneficio al acreedor que el de retener la cosa mientras no sea saldada la deuda, a no ser que, por virtud de cláusulas especiales, se le confieran facultades más amplias.

"...Tales cláusulas son las siguientes: a) *Lex Commissoria* o convenio que otorga al acreedor la facultad de cobrarse con la cosa *pignorada* en el caso de no ser pagada la deuda." (95)

En virtud de facilitar la aplicación del pacto comisorio en la *pignus* las prácticas usurarias, en razón de que el valor de la cosa suele ser muy superior al del crédito que se garantiza, el mismo fue declarado nulo por Constantino.

Volviendo a la aplicación que tiene el pacto comisorio en el contrato de compraventa, el tratadista Juan Iglesias señala que en este contrato se pueden adicionar algunos

(94) Cit. Pos. Borja Soriano, Manuel. loc. cit.

(95) Iglesias, Juan. Derecho Romano, 9a. ed., Barcelona, Editorial Ariel, 1987. p. 371.

pactos que tienden a a atenuar o eliminar los efectos propios de la compraventa, haciéndose efectivos mediante las acciones propias de ésta, destacando entre ellos la figura en estudio.

"1.- *Lex Commissoria*. En virtud de este pacto, se tiene por no celebrado el contrato cuando el comprador deja de pagar el precio dentro del tiempo señalado...debiendo restituirse la cosa con los frutos percibidos..." (96)

Además del pacto comisorio, al contrato de compraventa se podían adicionar las siguientes cláusulas:

Factum displicentiae. En virtud de este pacto, el comprador se reserva la facultad de rescindir el contrato si la cosa no resulta de su agrado, o bien, condiciona la existencia del contrato al hecho de que aquélla le ofrezca interés alguno.

Factum de retrovendendo En virtud de este pacto, el vendedor se reserva la facultad de rescatar la cosa dentro de cierto tiempo, mediante la restitución de la cosa, al comprador.

Factum de retroemendo Por este pacto, el comprador puede obligar al vendedor a que adquiera de nuevo la cosa, dentro de un tiempo determinado y por el mismo precio. (97)

En una época posterior, el derecho canónico destaca la buena fe que debe prevalecer en la celebración de todo contrato, otorgando a la rescisión el carácter de pena derivada de la falta de cumplimiento a las obligaciones contraídas.

"Los canonistas...han considerado como una falta a la buena fe reclamar la ejecución de una obligación cuando no se había hecho lo que se debía...La resolución tenía el carácter de un castigo por la mala fe". (98)

(96) Iglesias, Juan. Loc. Cit.

(97) Ibidem.

(98) Borja Soriano, Manuel. Op. Cit. p. 476.

Por otra parte, en Francia, el pacto comisorio se entendía pactado tácitamente, aunque no mediara convenio alguno sobre el particular, desarrollándose esta postura gradualmente hasta incorporarse a la legislación civil del Código Napoleón, partiendo del criterio sustentado por los tribunales y fundamentado en la equidad.

En los siguientes términos se advierte el desarrollo que en la legislación francesa adquirió la figura de marras.

"En Francia, en los países de costumbres, en silencio del convenio, el pacto comisorio se consideraba sobreentendido: al lado del pacto comisorio expreso, el antiguo derecho consuetudinario admitía, pues, el pacto comisorio tácito...Pothier explica muy claramente que por un motivo de equidad es por el que la condición resolutoria fue admitida...Una vez aceptada por la jurisprudencia francesa la condición resolutoria tácita, fue extendida naturalmente a los otros contratos sinalmáticos." (99)

A reserva de comentar con posterioridad si el pacto comisorio constituye en esencia una condición resolutoria, en los anteriores términos destaca ratio iuris por la cual el legislador incorpora la figura que se analiza, atendiendo para ello a la equidad y a los considerables precedentes emitidos por los tribunales.

Por otra parte, el Código Napoleón determinaba:

"Artículo 1184.- La condición resolutoria está siempre sobreentendida en los contratos sinalmáticos, para el caso de que una de las partes no satisfaga su obligación. En este caso el contrato no es resuelto de pleno derecho. La parte

(99) Ibidem.

respecto de la cual la obligación no se ha cumplido, tiene la elección o de forzar a la otra a la ejecución del contrato cuando es posible, o de demandar la resolución con indemnización de daños y perjuicios. La resolución debe ser demandada judicialmente y puede concederse al demandado un plazo según las circunstancias." (100)

En el precepto que se cita, se encuentra contenida en su totalidad la figura en comento, el pacto comisorio, incorporándose posteriormente a nuestra legislación en la forma de una condición resolutoria. Constituyendo un verdadero antecedente de la regulación que han hecho nuestros códigos del pacto comisorio, el Código Civil español de 1851 identifica a esta figura como una verdadera condición resolutoria.

"Artículo 1041.- La condición resolutoria va siempre implícita en los contratos bilaterales, para el caso de que uno de los contratantes no cumpliere con su obligación. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento de la obligación o la resolución del contrato, con el resarcimiento de daños y pago de intereses, pudiendo adoptar este segundo medio aún en el caso de que, habiendo elegido el primero, no fuere posible el cumplimiento de la obligación. El tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas suficientes que lo autoricen para señalar el plazo." (101)

Continuando con la exposición del desarrollo histórico que ha alcanzado el pacto comisorio, toca ahora referirnos a la legislación civil propia, para lo cual se cita el Código de 1884, mismo que en su artículo 1394 determinaba:

"Artículo 1394.- La condición resolutoria va siempre implícita en los contratos bilaterales para el caso de que

(100) Ibidem

(101) Idem

uno de los contrayentes no cumpliere con su obligación?

Esta disposición identifica al pacto comisorio como una condición resolutoria, en los términos del Código Napoleón y del Código Español de 1852. Referentes al pacto comisorio, son también las disposiciones siguientes:

"Artículo 1350.- El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento de la obligación o la resolución del contrato con el resarcimiento de daños y abono de intereses pudiendo adoptar este segundo medio, aún en el caso de que habiendo elegido el primero, no fuere posible el cumplimiento de la obligación."

"Artículo 1421.- Si el obligado en un contrato dejare de cumplir su obligación, podrá el otro interesado exigir judicialmente el cumplimiento de lo convenido o la rescisión del contrato, y en uno y otro caso el pago de daños y perjuicios."

Estableciendo un criterio comparativo entre las disposiciones precitadas, se observa una coincidencia manifiesta entre lo preceptuado por el Código Napoleón y el Código Civil español de 1851, constituyendo ambos, el precedente de los artículos relacionados en el Código de 1884 ya antes invocados.

2.- EL PACTO COMISORIO EN EL CODIGO DE 1928.

A manera de referencia y por constituir el precedente inmediato del artículo 1949 del Código Civil vigente, aludiremos brevemente a la legislación italiana y española recientes.

En principio, el artículo 1124 del Código Civil español, constituye el modelo inmediato de la redacción actual del artículo 1949 del Código Civil, al coincidir en la totalidad de sus elementos con excepción de la parte última. Dice así el numeral que se indica.

"La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible. El tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo."

Obsérvese ahora el contenido de la disposición incorporada en el Código Civil en vigor:

"Artículo 1949.- La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando este resultare imposible."

De esta forma, se desprende con claridad que el artículo 1949 resulta literalmente idéntico al artículo 1124 del Código Civil español, apreciándose además, que se omiten las palabras "condición resolutoria" utilizadas por el Código Napoleón y español de 1851.

En torno al Código Civil español y, en forma concreta, respecto al contenido de la disposición transcrita, Manresa, De Buen y Castán Tobeñas han vertido en diverso sentido su postura con el objeto de determinar la ratio iuris por la que se ha incorporado en las modernas legislaciones el pacto comisorio.

En principio, el concepto de bilateralidad que se desprende del precepto en cita, se pone de manifiesto al comentar Manresa el artículo 1124 del Código Civil vigente en España.

"La bilateralidad o reciprocidad de las obligaciones, supone desde luego que los dos sujetos, términos necesarios de la relación obligatoria, sean a la vez deudores y acreedores el uno del otro...Pero no basta con esto: significa aquella nota de estas obligaciones algo más, una reciprocidad tan perfecta que haga proceder ambas relaciones de una misma causa, siendo también cada obligación supuesto de la correlativa, no concibiéndose, en suma, la una sin la otra. Así, por ejemplo, cuando una persona sea deudora de la otra por consecuencia de un mandato y ser acreedora de la misma por razón de un préstamo, y nadie diría que tales obligaciones son recíprocas, puesto que son y se conciben independientes y proceden de distinta causa..." (102) (el subrayado es nuestro).

Enseguida, ejemplifica con precisión el carácter propio de la bilateralidad en las obligaciones:

(102) Manresa y Navarro, José María. Comentarios al Código Civil Español. 7a. ed., Madrid, Revista de Derecho Privado, 1957. p. 148.

"...en cambio, sí percibimos con toda evidencia esta nota de reciprocidad comparando en la compraventa las obligaciones de comprador y de vendedor para entregar respectivamente el precio y la cosa..." (103)

De lo expuesto, se denota que el fundamento propio del pacto comisorio radica en la reciprocidad de las obligaciones derivadas de los contratos sinalagmáticos.

Emprendiendo el análisis del artículo 1124 del Ordenamiento en cita, Demófilo de Buen enfatiza la posibilidad que tiene el perjudicado de optar entre la ejecución o el cumplimiento de la obligación, o bien, la rescisión del contrato en cuestión.

"...La condición resolutoria tácita del artículo 1124 no es absoluta en el sentido de que produzca sus efectos en el momento mismo de la resolución, pues queda un derecho de opción." (104)

Por su parte, Castán Tobeñas insiste en el aspecto de la reciprocidad inherente a las obligaciones bilaterales, destacando que cada una de las partes se obliga con el propósito de obtener el cumplimiento de la obligación de la otra, situación que expresa también Ortiz Urquidí al señalar: "...que la obligación de cada una de las partes tiene por causa la obligación contraída por la otra. Las dos obligaciones se sostienen mutuamente, y mutuamente se sirven de fundamento." (105)

Dice sobre el particular Castán Tobeñas:

"Las obligaciones bilaterales producen efectos muy

(103) Ibidem.

(104) Cit. Pos. Borja Soriano, Manuel, Op. Cit. p. 482.

(105) Ortiz Urquidí, Raúl. Derecho Civil. Parte General. 3a. ed., México, Editorial Porrúa, 1986, p. 354.

peculiares, derivados del vínculo de reciprocidad que liga a las respectivas prestaciones de las partes, cada una de las cuales se obliga con el fin de obtener el cumplimiento de la obligación de la otra..." (106)

Considera además este autor, aplicación retroactiva de la resolución derivada del pacto comisorio, estableciendo cierta analogía con la condición resolutoria:

"...En la doctrina corriente se consideran estos efectos como resultado de una condición resolutoria tácita, pero los intérpretes más modernos niegan que se trate de una verdadera condición, ya que es propio de ésta ser impuesta por la voluntad de los sujetos del negocio, mientras que la llamada condición resolutoria tácita se impone por ministerio de la ley sin consideración de los sujetos del negocio que la incorpore en el mismo." (107)

Se argumenta, en igual sentido, que lo que propicia la aplicabilidad del pacto comisorio en las obligaciones sinalagmáticas es la reciprocidad de las prestaciones existentes. De esta suerte, es en los contratos sinalagmáticos en donde la teoría de la causa encuentra sus más frecuentes casos de aplicación práctica. En efecto, haciendo consideración precisa de esta teoría en el caso de incumplimiento de las obligaciones, la parte que no recibe lo que se le debe, deja a su vez de estar obligada respecto a su acreedor.

En opinión de Marcelo Planiol y Jorge Ripert, la el pacto comisorio resulta aplicable a toda suerte de obligaciones, ya sea de dar, de hacer o no hacer, no admitiendo causa alguna de exoneración ni tampoco la fuerza mayor como obstáculo a la resolución en el caso de que alguna de las partes

(106) Castán Tobeñas, José. La ordenación sistemática del Derecho Civil. Madrid, Editorial Reus, 1954. p. 474.
 (107) Ibidem.

no cumpla sus obligaciones. Son ejemplo de la aplicación de esta figura con plena independencia de la causa del incumplimiento aquellas que señala el Código Civil francés y que se hacen consistir en el contrato celebrado por un artesano o un empresario, en donde éste no podrá reclamar el precio de su labor si la cosa perece antes de ser entregada.

La resolución que deriva del artículo 1949, no resulta de pleno derecho, sino que ha de pedirse ante los tribunales, solución que resulta pertinente siempre que exista incumplimiento parcial o retraso en el cumplimiento.

Las disposiciones que consideran el pacto comisorio en el Código Civil vigente se encuentran contenidas en los artículos 1949, ya citado con anterioridad, así como 1950, 1951 y 1952, mismos que determinan:

"Artículo 1950.- La resolución del contrato fundado en falta de pago por parte del adquirente de la propiedad de bienes inmuebles u otro derecho real sobre los mismos no surtirá efecto contra tercero de buena fe, si no se ha estipulado expresamente y ha sido inscrito en el Registro Público en la forma prevenida por la ley."

"Artículo 1951.- Respecto de bienes muebles no tendrá lugar la rescisión, salvo lo previsto para las ventas en las que se faculte al comprador a pagar el precio en abonos."

"Artículo 1952.- Si la rescisión del contrato dependiere de tercero y éste fuese dolosamente inducido a rescindirle, se tendrá por no rescindido."

3.- EL PACTO COMISORIO COMO MODALIDAD DE LAS OBLIGACIONES

El tratadista Raúl Ortiz Urquidi, dentro de la exposición que emprende sobre la teoría del acto jurídico, sostiene que el pacto comisorio constituye una modalidad de las obligaciones, al igual que la condición y el término.

"(El pacto comisorio) es la facultad que dicha parte (la afectada por el incumplimiento) tiene de resolver el negocio por sí y ante sí, esto es, de propia autoridad, y por ello sin necesidad de recurrir a los tribunales, siempre, naturalmente, que no haya un principio de ejecución." (108)

Congruente con la teoría del acto jurídico que expone, señala este tratadista que el pacto comisorio descansa en la causa final de los contratos, esto es, "un contratante se obliga a dar, a hacer o no hacer algo a favor de su cocotratante, porque éste a su vez se obliga a dar, hacer o no hacer algo a favor de aquél." (109)

Como consecuencia de lo anterior, y atendiendo a la teoría causalista que considera Ortiz Urquidi, debe decirse que si alguna de las partes deja de cumplir su obligación, la obligación del otro cesa, desaparece por la sencilla razón de la extinción de la causa que le sirve de fundamento, de razón de ser.

El propio Código en vigor, comprende la figura que se analiza en el Libro Cuarto, Primera Parte, Título Segundo, Capítulo I, "Modalidades de las Obligaciones", regulando precisamente también, las obligaciones condicionales y las obligaciones a plazo.

(108) Ortiz Urquidi Raúl. Derecho Civil. Parte General. 3a. ed., México, Editorial Porrúa, 1986. p. 515.

(109) Ibidem.

Por otra parte, aunque la condición resolutoria y el pacto comisorio son identificadas por el Código Napoleón, incorporadas en el Código vigente como modalidades de las obligaciones, y estimadas en los Códigos de 1870 y 1884 como condiciones resolutorias, y no obstante que ambas buscan resolver una relación obligacional, lo cierto es que existe entre ellas una radical diferencia.

La distinción existente entre las dos figuras en estudio, radica en que la condición resolutoria opera de pleno derecho, en razón de que con su sola realización resuelve ipso iure la relación, dejándola sin efecto alguno, inclusive en el supuesto de que las partes quisieran seguir manteniéndola. (110)

En diverso sentido, el pacto comisorio no opera de pleno derecho, sino que requiere de una manifestación expresa de voluntad que el perjudicado, en el supuesto de que opte por la resolución, debe imprescindiblemente hacer saber al incumplido para su debido conocimiento y efectos consecuentes.

En consecuencia, la parte afectada por el incumplimiento estará en posibilidad, también, de exigir por las vías de derecho la ejecución del contrato. La parte respecto de la cual la obligación no se ha ejecutado, tiene una opción que ejercer, lo que excluye la posibilidad de una resolución que opere de pleno derecho. La solución contraria habría conducido a este resultado inadmisibles: que una de las partes pueda resolver por su propia voluntad el contrato rehusándose a cumplirlo.

La resolución derivada del pacto comisorio puede ser de dos clases: a) La tácita, que se sobreentiende en todas las obligaciones bilaterales y que corresponde al artículo 1949 ya citado, y b) La expresa, que es cuando las partes lo regulan,

(110) Idem.

modificando o adicionando las reglas del Código. (111)

De lo preceptuado por el artículo 1949, se desprende que el pacto comisorio procede en tres casos: a) Cuando el incumplimiento proviene de la culpa del deudor, de causa imputable a él, b) Cuando el incumplimiento se refiere a prestaciones recíprocas y principales del contrato y, c) No importa que el incumplimiento sea total o parcial, pues la ley no distingue. (112)

Asimismo, atendiendo al precepto multicitado, el pacto comisorio puede ser tácito en virtud de que, ante el silencio de los contratantes, la ley estima que se sobreentiende en toda suerte de contratos del tipo a que alude dicho precepto y en donde las partes hubieren incumplido con el mismo. En cuanto al pacto comisorio expreso, si las partes, an alguna de las cláusulas del contrato manifiestan que cualquiera de ellas podrá de propia autoridad dar por terminado el contrato si la otra incumple, el pacto no será tácito, sino expreso, siendo ésta manifestación expresa, escrita, lo único que distingue este pacto del tácito, en razón de que ambas figuras son idénticas.

En cuanto a los efectos del pacto comisorio, al tenor del artículo 1949 del Código Civil ya citado, son: a) El dejar sin efecto la obligación contraída, o ya bien, b) El exigir el cumplimiento forzoso. En ambos casos, el acreedor podrá exigir el resarcimiento de daños y perjuicios.

(111) Escriche, Joaquín. Diccionario Razonado de legislación civil, penal y forense. 2a. ed., Editorial Librería de Calleja e Hijos, Madrid, España, 1942. p. 610.

(112) Bejarano Sánchez, Manuel. Obligaciones Civiles. 3a. ed., Colección Textos Jurídicos Universitarios, México, 1984. p. 393.

C A P I T U L O V

EL PACTO COMISORIO APLICADO EN EL INCUMPLIMIENTO DE
LAS OBLIGACIONES.

- 1.- EL PACTO COMISORIO Y LA RESOLUCION DE LAS OBLIGACIONES.
- 2.- APLICACION PRACTICA DE LA RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO.
- 3.- NATURALEZA JURIDICA Y RETROACTIVIDAD DE LA RESOLUCION.
- 4.- LA EJECUCION FORZADA.

1.- EL PACTO COMISORIO Y LA RESOLUCION DE LAS OBLIGACIONES.

En razón de que la figura en estudio, el pacto comisorio, se actualiza precisamente ante el incumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos sinalmáticos, resulta preciso entender los motivos por los que se puede dar origen a la resolución de esos actos jurídicos.

Señala Ramón Sánchez Medal, que la resolución de los contratos sinalmáticos puede producirse por las causas siguientes:

a) Por el incumplimiento de las partes, mismo que reconoce expresamente nuestra legislación en el artículo 1949 del Código Civil vigente.

b) Por imposibilidad superveniente de las obligaciones a cargo de las partes en un contrato bilateral, admitida también en el caso del pacto comisorio, aplicándose al arrendamiento en los casos previstos por los artículos 2431, 2445 y 2490 del Ordenamiento legal en cita, mismos que determinan:

"Artículo 2431.- Si por caso fortuito o fuerza mayor se impide totalmente al arrendatario el uso de la cosa arrendada, no se causará renta mientras dure el impedimento y si éste dura más de dos meses, podrá pedir la rescisión del contrato."

"Artículo 2445.- El arrendatario que por causa de reparaciones pierda el uso total o parcial de la cosa, tiene derecho a no pagar el precio del arrendamiento, pedir la reducción de ese precio o la rescisión del contrato, si la pérdida del uso dura más de dos meses en sus respectivos casos."

"Artículo 2490.- En los casos del artículo 2445, el

arrendatario podrá rescindir el contrato cuando la pérdida del uso fuere total, y aun cuando fuere parcial, si la reparación durare más de dos meses."

c) Finalmente, es causa de rescisión de un contrato, la excesiva onerosidad superveniente, fundada ésta en la teoría de la imprevisión, no admitida sin embargo por nuestra legislación, pero admitida por algunos de los tratadistas que integran nuestra Doctrina. (113)

De las causas anteriormente enunciadas, procederemos al examen de la primera, en razón de interesar en forma predominante en la presente investigación.

Incorporando nuevamente el contenido del artículo 1949 del Código vigente, éste determina que el incumplimiento de las obligaciones generadas por un contrato sinalgmático a cargo de una de las partes, da derecho a la otra de pedir la resolución del contrato.

"Artículo 1949.- La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbiere.

"El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible."

El autor precitado, indica cuál es el carácter de esta disposición.

"La norma general para este modo de terminación de contrato es que la parte perjudicada quiere resolverlo por

(113) Sánchez Medal, Ramón. De los Contratos Civiles. 9a. ed., México, Editorial Porrúa, 1988. p. 129.

incumplimiento de la otra, debe promover el juicio correspondiente ante la autoridad judicial y que, por tanto, dicha resolución no opera de pleno derecho. (el subrayado es nuestro). (114).

De trascendental importancia resulta la afirmación última del párrafo que antecede, y que viene a participar de la postura generalizada de diversos autores que sostienen que la resolución derivada del pacto comisorio no opera ipso iure, de pleno derecho, sino que requiere de una declaración de la autoridad judicial. En contra de esta dirección, Gutiérrez y González, quien se basa en que los Códigos civiles anteriores de 1870 (art. 1537) y de 1884 (art. 1421), expresamente exigían acudir ante la autoridad judicial para obtener la resolución por incumplimiento del contrato bilateral, en tanto que el Código actual de 1928 ya no impone esta exigencia. (115)

En realidad, el argumento sostenido por Gutiérrez y González no es convincente, pues la diferencia existente entre estos ordenamientos, se puede interpretar en el sentido de que los dos Códigos anteriores no permitían el pacto comisorio expreso, sino que exigían siempre la intervención judicial, en tanto que el Código Civil vigente autoriza implícitamente prescindir de la intervención judicial a través del pacto comisorio expreso.

Resulta conveniente señalar que existe una excepción al principio que enunciamos, y ésta se desprende de la facultad que tiene el arrendatario de rescindir el contrato sin necesidad de una sentencia judicial, en el supuesto de que el arrendador se niegue a efectuar las reparaciones del bien dado en arrendamiento, y que por ser necesarias, le han sido requeridas por el propio arrendatario.

(115) Ibidem.

(116) Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. 7a. ed. corr. y aum., México, Editorial Porrúa, 1990. p. 564.

Determina es este aspecto el artículo 2416:

"Si el arrendador no cumpliere con hacer las reparaciones necesarias para el uso a que está destinada la cosa, quedará a elección del arrendatario rescindir el arrendamiento u ocurrir al juez para que estreche al arrendador al cumplimiento de su obligación, mediante el procedimiento rápido que se establezca en el Código de Procedimientos Civiles."

Acorde con la postura sostenida por la mayoría de tratadistas, la Suprema Corte de Justicia ha admitido que el incumplimiento de los contratos bilaterales no resuelve automáticamente el contrato, sino que resulta necesario acudir ante la autoridad judicial en el supuesto de que no se haya establecido en forma expresa el pacto comisorio.

"El pacto comisorio expreso es legítimo y en virtud de él y diversamente a lo que acontece en el tácito en que en el incumplimiento se requiere la declaración judicial para lograr la rescisión, el contrato se resuelve automáticamente por el sólo efecto del incumplimiento y sin intervención de los tribunales, pero si el pacto comisorio no es expreso sino tácito, es evidente que una de las partes no puede rescindir por sí y ante sí, el contrato tan sólo porque la otra haya dejado de cumplir con las obligaciones que el propio contrato le impuso. Si el pacto comisorio, o sea la cláusula por la que las partes convienen que el contrato será resuelto si una u otra de ellas no cumpliere con su obligación no figura expresamente en el documento en el que consta el contrato respectivo, es evidente que tal pacto no puede operar de pleno derecho. (Semanario Judicial de la Federación, 6a Época, 4a. parte, Vol. I, pág. 119, Amparo de México, Tractor and Machinery Col. S. A.).

Para que el incumplimiento sea causa de rescisión, es necesario que la obligación incumplida sea de verdadera consideración, pues los pequeños incumplimientos no sirven de fundamento a una acción de rescisión.

Se suele equiparar al incumplimiento del contrato el llamado "cumplimiento defectuoso" o "violación contractual positiva", mismo que se presenta cuando existen vicios, defectos o irregularidades en la prestación: "Artículo 2027.- Si el obligado a prestar un hecho no lo hiciere, el acreedor tiene derecho de pedir que a costa de aquél se ejecute por otro, cuando la substitución sea posible. Esto mismo se observará si no lo hiciere de la manera convenida. En este caso el acreedor podrá exigir que se deshaga lo mal hecho."

En otro aspecto, es de mencionarse que sólo la parte que ha cumplido sus obligaciones, o que esté en posibilidades de hacerlo, puede, ante el incumplimiento de la otra y a su elección, optar por la resolución o el cumplimiento del contrato, agregando una reclamación por daños y perjuicios, comprendiéndose dentro de éstos últimos no sólo los daños materiales, sino también el daño moral, de conformidad con los artículos 1916, 2116 y 1916 bis in fine.

En caso de incumplimiento por imposibilidad superveniente, también se aplica el pacto comisorio, ello en virtud de que una vez celebrado el contrato, sobreviene la imposibilidad de cumplir con las obligaciones derivadas del propio contrato, lo cual resulta evidente después de razonar la parte final del multicitado artículo 1949. En otros términos, el perjudicado puede optar por la reducción de la prestación a su cargo, en vez de la resolución del mismo contrato, cuando la imposibilidad superveniente es sólo parcial.

2.- APLICACION PRACTICA DE LA RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO.

Se ha establecido que es un requisito indispensable para la procedencia del pacto comisorio, la ausencia de todo principio de ejecución del contrato, esto es, que el incumplimiento sea total, pues si la obligación ha sido cumplida en cierta parte (principio de ejecución), probablemente se estaría en el supuesto de la existencia de daños y perjuicios y muy posiblemente, de ciertos beneficios, como aprovechamientos, réditos, frutos, etc., caso en el que competiría resolver al juez y no a la parte facultada para ejercitar la acción.

De esta suerte, y existiendo un principio de ejecución, no podrá dejarse al libre criterio del acreedor la rescisión automática del contrato que dió origen a las obligaciones que se incumplieron, de todo lo cual resulta que, existiendo un principio de ejecución, y con ello una serie de consecuencias jurídicas, tocará a la autoridad judicial resolver sobre la procedencia de la resolución que deriva del pacto comisorio.

Otro presupuesto fundamental para ejercitar la acción derivada del artículo 1949 del Código Civil, radica en que la parte que ha sido afectada por el incumplimiento haya realizado, o esté en posibilidad de hacerlo, al cumplimiento de la obligación a su cargo.

Especial interés merece considerar la clase de obligación en su incumplimiento traerá aparejada la resolución del contrato que le dió origen. Se observaba en este sentido con anterioridad que "los pequeños incumplimientos no producen la rescisión del contrato, sino que debe tratarse, en estricto rigor, de aquella obligación que constituye la causa por la cual las partes se obligan a la celebración del propio contrato". En este punto resulta útil tener presente la Teoría de la Causa que

brillantemente desarrolla el maestro Ortiz Urquidi en la Parte General de su Derecho Civil. (117)

En otro aspecto y antes de entrar a la exposición del aspecto practico que reviste la aplicación del pacto comisorio, conviene tener presente el significado propio de los términos resolución y rescisión, utilizados en forma reiterada por el Código Civil vigente.

Las voces "rescisión" y "resolución", guardan identidad en cuanto a susignificado, no obstante que el Código actual utiliza a la primera en diversos preceptos para referirse a la nulidad, sobre todo al tratar de la acción pauliana y de la lesión. De esta forma, el término de resolución, mismo que considera el artículo 1949 del Código Civil en relación al pacto comisorio, y el de rescisión, son sinónimos, tal y como puede desprenderse de la lectura de diversas disposiciones relacionadas con los contratos.

Sin comprender al vocablo "resolución", el Diccionario de Joaquín Escriche únicamente define a la rescisión como "la anulación o invalidación de algún contrato, obligación o testamento." (118)

El término "rescisión", deviene del latín rescisum, guardando la misma raíz etimológica que la palabra "escisión", que vale tanto como separación, y expresa en sustancia la privación de los efectos jurídicos de un negocio o acto por sí mismo válido para el futuro, por medio de una declaración de voluntad.

Debe distinguirse la rescisión de la nulidad, ya que ésta última puede provenir de la estructura propia del acto o sobrevenir por la falta de capacidad de alguno de los

(117) Ortiz Urquidi, Raúl. Op. Cit. p. 344 y ss.

(118) Escriche, Joaquín. Op. Cit. p. 1507.

contratantes o por la presencia de alguno de los vicios del consentimiento o bien, la ilicitud en el objeto, motivo o fin del negocio jurídico en cuestión (119).

Se ha señalado, que el objeto propio de la rescisión consiste en evitar la desventaja que alguno de los contratantes sufre por consecuencia natural del propio contrato o por la conducta desplegada por el contrario:

"Por otra parte -y aquí aparece el fundamento racional de la rescisión-, la finalidad que con ella persigue el legislador es proteger a uno de los autores del acto frente al otro." (120)

El propósito de la rescisión, se actualiza entonces en el caso de incumplimiento de las obligaciones, tutelándose de esta forma el interés jurídico del contratante afectado.

Precisando el significado de los términos rescisión y resolución, la Suprema Corte de Justicia ha emitido Jurisprudencia en la que se emplea el vocablo rescisión para referirse a los casos de resolución por incumplimiento:

"...La rescisión produce efectos no solo para el tiempo venidero sino con alcance retroactivo...y el retorno al estado anterior al vínculo contractual hecho por modo resolutorio..." (Informe 1975, Segunda Parte, Tercera Sala, p. 64.).

Analizando ahora los efectos propios del pacto comisorio, éstos guardan analogía con los derivados de la condición resolutoria, extinguiendo todo el vínculo y las consecuencias inherentes al mismo, lo cual, no obstante, no debe entenderse de modo absoluto pues cuando las obligaciones son de

(119) Diccionario Jurídico Mexicano. T. II. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, 3a. ed., México, Editorial Porrúa, 1989. p. 811.

tracto sucesivo, no se pueden destruir los efectos que se hayan generado en el transcurso del tiempo, por lo que la Suprema Corte de Justicia ha sostenido en diversas ejecutorias, que corresponde al juzgador declarar los efectos de la resolución. (Semanao Judicial de la Federación; 6a. Epoca, Cuarta Parte, Volúmen XLV, p. 88. A. D. 485/59).

Por otra parte, la resolución no puede afectar los derechos producidos en beneficio del tercero de buena fe, tal y como lo determina el artículo 1950 del Código en consulta, mismo que señala:

"Artículo 1950.- La resolución del contrato fundado en la falta de pago por parte del adquirente de la propiedad de bienes inmuebles u otro derecho real sobre los mismos, no surtirá efecto contra tercero de buena fe, si no se ha estipulado expresamente y ha sido inscrito en el Registro Público en la forma prevenida por la ley."

Se ha señalado con antelación que el carácter propio de la resolución derivada del pacto comisorio, no opera de pleno derecho, ipso iure, pues ello llevaría al absurdo de considerar que una persona por su sola voluntad puede resolver el contrato rehusándose a cumplirlo, razón por la cual se hace necesario pedir la resolución por vía judicial, o en su caso, si se prefiere la ejecución del contrato, no bastando en consecuencia que la parte respecto de la cual la obligación no se ha cumplido, manifieste a la otra en forma extrajudicial su voluntad de resolver el contrato. En este sentido observa Baudry-Lacantinerie:

"La parte respecto de la cual la obligación no se ha ejecutado; tiene pues una opción que ejercer: lo que excluye la posibilidad de una resolución de pleno derecho..." (120)

(120) Cit. Pos. Borja Soriano, Manuel, Loc. Cit.

Reconoce en forma posterior Baudry Lacantinerie, la posibilidad de que el contratante que ha incumplido con la obligación, lo reconozca plenamente, y de conformidad con la otra parte, consienta en la resolución, en cuyo caso esta producirá todos los efectos de una resolución que es solicitada judicialmente y decretada en consecuencia por el juez del conocimiento.

"No hay razón para obligar a los interesados a seguir un litigio cuando en realidad no existe controversia alguna entre ellos." (121)

De esta forma, se insiste en el carácter particular que guarda la resolución derivada del pacto comisorio, misma que no opera de pleno derecho, sino que resulta necesario para el demandante solicitarla por vía judicial.

Especial comentario merece el carácter retroactivo de la resolución derivada del pacto comisorio, operando en forma idéntica a aquella que es pactada en forma expresa por las partes estableciendo una condición resolutoria, volviendo las cosas al estado que guardaban con anterioridad, como si la obligación nunca hubiera existido. Ello, desde luego, no autoriza a suponer que existe identidad entre ambas figuras, pues el derecho de rescisión no puede calificarse como una verdadera condición, puesto que no es una determinación accesoria al contrato del que deriva, pues la propia ley establece tal derecho.

"EFECTOS DE LA RESOLUCION. Efectos entre las partes.- La jurisprudencia declara que la resolución surte efectos como en la condición resolutoria expresa, es decir, retroactivamente, y restituye las cosas al mismo estado que si la obligación no hubiera existido en ningún momento (art. 1183). Sería más exacto decir que el contrato deja de

(121) Ibidem.

producir efectos y que, si hubiese sido cumplido, sus efectos pasados han de ser liquidados... (122)

Con idéntico criterio, señala Castán Tobeñas:

"Que la resolución...supone la extinción real del contrato no sólo para el tiempo venidero, sino con carácter retroactivo, con la consecuencia del reintegro a cada contratante en las cosas y valor de las prestaciones que aportaron, por razón del contrato, lo mismo que rige para los casos de nulidad y rescisión y para el de condición resolutoria." (123)

En este punto, surge el problema de determinar el efecto retroactivo de esta resolución, cuando ha existido un cumplimiento en cualquier grado. En este caso, se señala que podrá decretarse la restitución de las cosas todavía existentes, pero lo más a que podrá llegarse es a imponer una condena pecuniaria por un importe igual al del valor recibido que no pueda restituirse en especie, bien por haberse consumido las cosas o porque materialmente o jurídicamente sea imposible individualizarlos o conseguirlos, especialmente cuando se hallan en poder de tercero. Este principio, cabe también, principalmente, tratándose de servicios prestados o de disfrute de una cosa, en donde no cabe otra liquidación que el pago del precio.

La liquidación que se hace, implicará el pago de toda la cosa consumida, de todo disfrute, de todo servicio recibido, por las cuales la otra parte no hubiera recibido la contraprestación convenida. En este aspecto, señalan Planiol y Ripert, que el precio se fijará de conformidad con las estipulaciones del contrato.

(122) Planio, Marcelo, et. al., Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. T. VI, Las Obligaciones; trad. Mario Díaz, Cuba, Editorial Cultural. p. 606.

(123) Castán Tobeñas, Op. Cit.. p. 64.

En tratándose de los contratos de tracto sucesivo, el precio deja de adeudarse desde el día en que, como consecuencia de la resolución, terminan las obligaciones de la otra parte. (124)

Visto lo anterior, se podría suponer que la falta de ejecución por el deudor de su obligación originaría una resolución de pleno derecho, sin que el acreedor haga manifestación alguna sobre el particular. Ello, ineludiblemente nos llevaría al absurdo comentado en apartados anteriores, en el sentido de que el deudor quedaría liberado de realizar su obligación y el acreedor, imposibilitado para obligarlo a ello.

En conclusión, cuando se estipula que el contrato será resuelto de pleno derecho en el caso de que el deudor no cumpla con su obligación, no debe entenderse que el acreedor renuncia a la facultad de exigir el cumplimiento o ejecución de la obligación, si ello reviste especial interés para el mismo.

Finalmente, y en este apartado reservado a la aplicación práctica el pacto comisorio, es preciso determinar a quién corresponde la acción. Atendiendo al tenor literal del artículo 1949 del Código Civil, sólo se confiere esa acción a la parte que está en disposición de cumplir o que ya ha cumplido con su obligación, estableciéndose que el incumplimiento se verifique por alguna de las partes, pues si ambas han faltado al cumplimiento de sus obligaciones, no procede la resolución.

De esta suerte, y con precisión admirable, Puig Peña determina los elementos necesarios para ejercitar la acción derivada del pacto comisorio:

"...Es pues, absolutamente indispensable: a) Que quien solicita la resolución haya empezado a cumplir con su

(124) Cfr. Planiol, Marcelo. Op. Cit. p. 607 y ss.

obligación; b) que él por su parte, no haya hecho nada que obstaculice el cumplimiento de la obligación por parte del otro; c) que aún en el caso de incumplimiento, no dé después con sus actos por cumplida la obligación del primero y d) que quede patentizado el incumplimiento por parte del otro contratante." (125)

(125) Cit. Fos. Borja Soriano Manuel, Op. Cit. p. 468.

3.- NATURALEZA JURIDICA Y RETROACTIVIDAD DE LA RESOLUCION.

Se ha señalado con anterioridad, que el fundamento que da sustento a la aplicación del pacto comisorio en forma tácita, ante el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato sinalagmático, es propiamente la interdependencia existente entre las mismas.

El carácter y la naturaleza jurídica de la resolución, hacen interpretar al pacto comisorio como una condición resolutoria tácita aplicable a los contratos bilaterales, de donde pueden desprenderse dos afirmaciones: a) el pacto comisorio constituye una condición resolutoria; b) el pacto comisorio queda comprendido en forma tácita en los contratos sinalagmáticos.

Esta postura ha sido sostenida por diversos autores, de entre los que destaca Julian Bonecasse, quien afirma:

"La condición resolutoria no tiene necesidad de ser prevista siempre de manera expresa. El artículo 1184 la sobreentiende en éstos términos en los contratos sinalagmáticos..." (126)

En el mismo sentido, Hémard advierte los elementos que he mos observado, en cuanto a la interdependencia existente en las obligaciones recíprocas, y termina identificando el pacto comisorio como una condición resolutoria.

"La obligación de cada parte sirve de condición a la obligación de la otra...La resolución reposa sobre la noción de condición; todo contrato sinalagmático implica una condición resolutoria tácita, pero la resolución debe ser demandada judicialmente." (El subrayado es nuestro) (126)

(125) Bonecasse, Julien. Elementos de Derecho Civil. Trad. José Ma. Cajica, 2a. ed., Madrid, Instituto Editorial Reus, 1945. p. 630.

(126) Cit. Pos. Borja Soriano, Manuel, Op. Cit. p. 478.

Podrían argumentarse razones de equidad para entender como una verdadera condición resolutoria al pacto comisorio, y de esta forma, comprender la aplicación de la resolución en los contratos sinalmáticos. Precisamente en este sentido, obserba Baudry-Lacantinerie:

"La ley, interpretando la voluntad de las partes que celebran un contrato sinalmático, supone que tácitamente han convenido que, si una de ellas no ejecuta su obligación, la otra tendrá el derecho de demandar la resolución del contrato y declarar en consecuencia que ésta cláusula será sobreentendida de pleno derecho en el contrato...tal es el pacto comisorio tácito. Está fundado en consideraciones de equidad..." (127)

Colocando especial énfasis en la reciprocidad existente entre las obligaciones derivadas de un contrato sinalmático, y en la resolución que sobreviene por aplicación de la figura de marras, señala Planiol:

"La resolución supone siempre que las partes han dado al contrato un consentimiento adicional, reiterado de antemano en vista de una eventualidad determinada; realizada esta eventualidad, el contrato será resuelto...un contrato sinalmático es resoluble desde que una de las partes no ejecuta su obligación...la reciprocidad de las obligaciones trae consigo necesariamente la de las prestaciones..." (128)

De esta forma se observa que lo que desea el contratante es obtener la prestación que le fue prometida, y en el momento mismo en que ésta no se efectúa voluntariamente, es de estimarse que faltará en consecuencia el fin que sirvió de fundamento al acto jurídico. En consecuencia, el afectado tiene

(127) Cit. Pos. Idem.

(128) Opere Citato. p. 610.

acción para demandar la rescisión del contrato y señalar que el fin en vista del cual se obligó no puede ya alcanzarse, por lo tanto su obligación queda sin causa.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la resolución que sobreviene por el incumplimiento de las obligaciones, ésta se explica por la interdependencia que existe en los contratos sinalagmáticos.

Asimismo, considerando la resolución que se analiza, se aprecian algunas diferencias entre el pacto comisorio y la condición resolutoria, a saber: 1) La resolución del contrato no ocurre ipso iure, sino por declaración del juez; 2) La parte respecto de la cual no se ha ejecutado el contrato, tiene el derecho o de pretender su cumplimiento o de pedir la resolución con daños y perjuicios. Se señala desde luego, que con estas características resulta imposible considerar al pacto comisorio tácito como una condición resolutoria.

Atendiendo a la naturaleza propia de esta resolución y estimando la teoría de la causa, observa Capitant:

"Lo que quiere el contratante es obtener la prestación que le ha sido prometida. Desde el momento en que esta prestación no se efectúa voluntariamente, es de temerse que el fin considerado por él falte...el quejoso tiene fundamento para demandar la resolución del contrato y decir: el fin en vista del cual me he obligado no puede ya alcanzarse, por consiguiente, mi obligación está sin causa..." (129)

Estima por otra parte Planiol, que la retroactividad que se aplica en los casos de resolución por incumplimiento es una ficción creada por la ley, específicamente

(129) Colin, Ambrosio, et. al. Curso Elemental de Derecho Civil. T. III, Trad. Demófilo de Buen, Madrid, Editorial Instituto Editorial Reus, 1946. p. 316.

en el Código Civil francés, por la que se hace remontar los efectos de la resolución, a una época anterior a la del incumplimiento del contrato. Expone con posterioridad el autor en cita la diferencia existente entre la resolución derivada del pacto comisorio, y aquella que se origina por la aplicación de una condición, pues en la primera existe la posibilidad de una ejecución forzada. (130)

De las consideraciones precedentes, se concluye que el pacto comisorio se identifica como una cláusula tácita que las partes han colocado en el contenido del contrato, haciendo depender la disolución del mismo del incumplimiento por parte de alguno de los contratantes.

Sirve para distinguir la naturaleza propia de la rescisión que sobreviene por aplicación del artículo 1949 del Código Civil, el artículo 1165 del Código Civil Italiano que determina la necesidad de demandar judicialmente la rescisión del contrato en cuestión.

"Artículo 1165.- La condición resolutoria está siempre sobreentendida en los contratos bilaterales, para el caso de que una de las partes no satisfaga su obligación. En este caso el contrato no queda rescindido de derecho. La parte respecto de la cual la obligación no se ha cumplido, tiene la elección entre compeler a la otra al cumplimiento del contrato cuando sea posible o demandar la rescisión y el resarcimiento de los daños, en ambos casos. La resolución del contrato debe demandarse judicialmente y puede concederse al demandado un plazo, según las circunstancias."

La disposición antes transcrita, con falta de propiedad habla de "condición resolutoria", sin atender al razonamiento de que la condición resolutoria es un elemento

accidental del negocio jurídico, en tanto que el pacto comisorio es un elemento natural y sobreviene como consecuencia del incumplimiento.

A las anteriores observaciones, debe añadirse que resultaría un absurdo estimar que la totalidad de contratos bilaterales son condicionales. En estos términos, no es admisible confundir o identificar al pacto comisorio con una verdadera condición resolutoria.

Insistiendo sobre la naturaleza propia de la resolución que se estudia, señala Sánchez Medal:

"La norma general para este modo de terminación de contrato es que la parte perjudicada quiera resolverlo por incumplimiento de la otra, debe promover el juicio correspondiente ante la autoridad judicial y, que, por tanto, dicha resolución no opera de pleno derecho." (el subrayado es nuestro) (131)

Guarda especial interés este aspecto, en razón de que se afirma categóricamente que la resolución implícita en el pacto comisorio no opera ipso iure, sino que requiere de la declaración de la autoridad judicial.

Con una postura contraria a este criterio, el tratadista Gutiérrez y González argumenta que los Códigos de 1870 y 1884 reglamentaban en forma expresa la necesidad de acudir ante la autoridad judicial para obtener la resolución del negocio jurídico, siendo omiso en este sentido el Código actual, por lo que debe entenderse que el legislador eliminó esta situación, operando en consecuencia de pleno derecho la resolución que se comenta.

(131) Sánchez Medal, Ramón. De los contratos civiles. 9a. ed., México, Editorial Porrúa, 1988. p. 129.

En este punto, resulta procedente afirmar que la resolución derivada del incumplimiento de las obligaciones no opera de pleno derecho, existiendo, sin embargo, aquella excepción que se anotaba en un apartado anterior, y que deriva de la facultad que se otorga al arrendatario de rescindir el contrato sin necesidad de sentencia judicial, en el supuesto de que el arrendador se niegue a efectuar las reparaciones en el bien arrendado que por ser necesarias le han sido requeridas por el propio arrendatario. (artículo 2416 del Código Civil).

Acorde con la postura que sostenemos, la propia Suprema Corte de Justicia ha admitido que el incumplimiento de los contratos sinalmáticos no resuelve automáticamente el contrato, sino que resulta necesario acudir a la autoridad judicial, con excepción de aquellos casos en que se regula expresamente el pacto comisorio entre las partes.

"El pacto comisorio expreso es legítimo y en virtud de él y diversamente a lo que acontece en el tácito en que en el incumplimiento se requiere de la declaración judicial para lograr la rescisión, el contrato se resuelve por el solo efecto del incumplimiento y sin intervención de los tribunales, pero si el pacto comisorio no es expreso, sino tácito, es evidente que una de las partes no puede rescindir por sí y ante sí, el contrato tan sólo porque la otra lo haya dejado de cumplir con las obligaciones que el propio contrato le impuso. Si el pacto comisorio, o sea, la cláusula por la que las partes convienen que el contrato será resuelto si una u otra de ellas no cumpliera con su obligación, no figura expresamente en el documento en el que consta el contrato respectivo, es evidente que tal pacto no puede operar de pleno derecho." (Semanario Judicial de la Federación, 6a. Epoca, 4a Parte, VOL.I, pág.119, México, Tractor and Machinery Col. S.A.).

4.- LA EJECUCION FORZADA.

Señala la segunda parte del artículo 1949 del Código Civil, que la parte afectada por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato bilateral estará en posibilidad de exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios. En otros términos, si el deudor no cumple su obligación, el acreedor tiene el derecho de constreñirlo a ello. Los medios que se le conceden para lograrlo, constituyen la teoría de la ejecución forzosa.

Para comprobar que el deudor no cumple, el acreedor debe, en principio, constituirlo en mora. En el Capítulo III de esta investigación ha quedado establecido el concepto y los casos en que las partes incurren en mora.

Si el deudor constituido en mora no cumple, el acreedor tiene el derecho de exigir el cumplimiento en naturaleza, siempre que esto sea posible. Sin embargo, frecuentemente la ejecución en naturaleza no puede obtenerse, o interviene sumamente tarde.

En realidad, sólo hay un modo de satisfacer completamente al acreedor y de dar a la obligación todo su efecto: constreñir al deudor a cumplir lo prometido, siendo ésta la ejecución forzosa en naturaleza.

Existen, en primer lugar, medios directos para obtener la ejecución forzosa en naturaleza. Pero la ejecución forzosa no siempre resulta posible, es por ello que la ley ha dispuesto de medios indirectos para constreñir al deudor lo que ha prometido.

En lo que toca a la coacción directa, se plantea en forma inmediata una interrogante: ¿Cómo es posible constreñir directamente al deudor para cumplir sus obligaciones en naturaleza?

En tratándose de las obligaciones cuyo objeto es una suma de dinero, la ejecución forzosa en naturaleza es ciertamente posible. Para obtenerla el acreedor dispone de los diversos procedimientos coactivos sobre los muebles, inmuebles o créditos del deudor. (132)

Cuando las obligaciones tienen por objeto un dar, es decir, transmitir la propiedad o un derecho real, en donde la transmisión de opera por el simple consentimiento, no surge en consecuencia problema alguno sobre la ejecución forzosa. Cuando más puede suceder que el deudor se niegue a otorgar el contrato correspondiente, por ejemplo, la escritura de venta en que deba constar el consentimiento y la transmisión; en este supuesto la transmisión constará en la sentencia condenatoria, que bien podrá servir de título al acreedor. En este tipo de obligaciones, la víctima puede pedir el secuestro de la cosa que se le debe, precisamente cuando la entrega sea traslativa de dominio, pues cuando fuere temporal, se puede pedir que el juez le ponga en posesión de la misma o, en su caso, la restitución de la misma si fuere tal el contenido de la obligación.

En las obligaciones de hacer y no hacer, rige el principio según el cual la ejecución en naturaleza debe ordenarse y perseguirse siempre que sea posible. Considerando a las primeras, obligaciones de hacer, en éstas se puede exigir que el deudor ejecute la obligación, en cuyo defecto se puede también pedir que otro, a costa del propio deudor, cumpla con la obligación. Por lo que toca a las obligaciones de no hacer, en donde el incumplimiento consistirá en la realización de una obra, se puede pedir la demolición de la obra a costa del deudor (ejemplo de ello lo constituye el muro construido en contravención a una obligación de no construir).

(132) Cfr. Marty, G. Teoría General de las Obligaciones. Vol. II. Trad. José Ma. Cajica, México, Editorial José Ma. Cajica JR, 1952. p. 43 y ss.

Cuando resulta imposible la ejecución directa en naturaleza, se ha establecido el principio según el cual toda obligación de hacer o de no hacer se resuelve en daños y perjuicios en caso de incumplimiento por parte de los deudores. De esta forma, el acreedor siempre tiene el derecho de constreñir directamente al deudor al cumplimiento, la coacción directa sólo se rechaza si es física o legalmente imposible.

Ante la imposibilidad física o jurídica de la coacción directa, señala Marty que existen otros medios indirectos de coacción tendientes a obtener la ejecución en naturaleza, en donde encontramos el apremio corporal y el apremio económico. (133)

Por apremio corporal se entiende "el derecho de acreedor de hacer encarcelar al deudor que no cumple y constreñirlo al cumplimiento". En la actualidad, la poca estimación que tiene el apremio corporal se explica por razones de orden humanitario.

En lo que hace al apremio pecuniario, también denominado astreinte, por Marty, éste consiste en la condena monetaria impuesta al deudor que se niega a cumplir, a razón de tanto por día de retardo, y destinada a obtener el cumplimiento en naturaleza de su obligación, por la amenaza de una pena pecuniaria razonable.

El deudor desafortunado y de buena fe, puede escapar al apremio corporal, abandonando judicialmente sus bienes a sus acreedores. Es ésta la cesión de bienes. Dispone en este punto el Código Civil:

"Artículo 2063.- El deudor puede ceder sus bienes a los acreedores en pago de sus deudas. Esta cesión, salvo pacto

(133) Ibid. p. 46.

en contrario, sólo libera a aquél de responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos. Los convenios que sobre el efecto de la cesión se celebren entre el deudor y sus acreedores se sujetarán a lo dispuesto en el título relativo a la concurrencia y prelación de créditos."

CONCLUSIONES

1. Los derechos subjetivos que integran el patrimonio de los particulares se distinguen en reales y personales, existiendo una irreductible distinción entre ambos, caracterizada por una determinación concreta en los segundos del sujeto pasivo de la relación jurídica, en tanto que los primeros admiten la calificación de "absolutos", en mérito a que resultan valederos "erga omnes".

2. Se identifican como fuente de las obligaciones en el Derecho Romano los contratos, los delitos, los cuasicontratos y cuasidelitos, incorporándose estos últimos en una forma tardía, guardando en cuanto a su contenido una relativa imprecisión conceptual.

3. La clasificación de las obligaciones elaborada en el Derecho Romano, excepción hecha de las civiles y honorarias, se traslada directamente a la actual dogmática jurídica, existiendo en consecuencia obligaciones divisibles e indivisibles, alternativas, facultativas, genéricas, propter rem y solidarias.

4. La teoría de las obligaciones alcanzó en Roma una estructura nítida e impecable, aludiendo desde entónces al término *obligatio* con una connotación clara de atadura personal relacionada al concepto del *nexum* y guardando un contenido de verdadero vínculo físico sobre el deudor.

5. Los elementos que incorpora la doctrina a la definición del contrato, tales como el acuerdo de voluntades existente entre dos o más personas encaminados a crear una o varias obligaciones, se encuentran reconocidos expresamente en

el Código Civil vigente, en donde se identifica al contrato como una especie del convenio, que produce o transfiere obligaciones y derechos.

6. Son elementos de existencia de los contratos el objeto y el consentimiento, y elementos de validez, la capacidad legal de las partes, la ausencia de vicios del consentimiento, la licitud en el objeto, motivo o fin, así como la forma.

7. Destacan dentro de la variedad de contratos, los contratos sinalgmáticos, entendiendo por éstos los que producen obligaciones a cargo de todas las partes contratantes, identificándolos el Código Civil como contratos bilaterales, en donde existe la reciprocidad de provechos y gravámenes.

8. El pacto comisorio consiste en la cláusula por cual las partes convienen en que el contrato será resuelto si una u otra de ellas no cumple con su obligación, encontrándose regulado expresamente en el Código Civil vigente, bajo el numeral 1949 y en el Título correspondiente a las modalidades de las obligaciones.

9 Estimando a la condición resolutoria como una modalidad de las obligaciones que tiene por fin la extinción de un vínculo de derecho, presenta cierta coincidencia con el pacto comisorio, en razón de que ante el incumplimiento de las obligaciones a cargo de una de las partes, sobreviene la posibilidad de rescindir el contrato en cuestión, distinguiéndose, sin embargo, en que el pacto comisorio admite la ejecución forzada de la obligación derivada de un contrato sinalgmático.

10 El incumplimiento de las obligaciones, en el

Derecho Romano, provocaba la vinculación física directa sobre el deudor mediante la figura conocida como nexum, disponiendo de la totalidad de sus bienes, con la posibilidad de venderlo públicamente como esclavo y en su caso, matarlo distribuyendo el cuerpo entre los acreedores. La extinción del nexum se presenta mediante una Lex Poetelia Papiria que limita al orden patrimonial la responsabilidad de los deudores.

11. La mora constituye una forma de incumplimiento de las obligaciones, y se entiende por la misma una tardanza culposa al no ejecutarse la prestación que se debe, siendo requisito para que se presente, que la deuda sea líquida, que el cumplimiento de la prestación sea vencido. Se excluye a la mora de otras figuras jurídicas, v. gr. el caso fortuito o la fuerza mayor. Aplicable a la mora resulta el pacto comisorio, en donde se da lugar a la llamada acción rescisoria de los contratos con el pago de daños y perjuicios o bien. exigiéndose en su caso el cumplimiento de la obligación debida.

12. La indemnización prevista por el artículo 1949 del Código Civil vigente comprende dos elementos que pueden producirse conjuntamente o no: los daños y perjuicios. Se entiende por daño el menoscabo que a consecuencia de un acontecimiento o evento determinado sufre una persona, ya en su persona, ya en sus bienes naturales, ya en su propiedad o patrimonio. Mientras que el perjuicio es la privación de cualquier ganancia lícita que debería haberse obtenido por el cumplimiento de la obligación.

13. En la costumbre francesa se aplicaba tácitamente el pacto comisorio, atendiendo a diversas razones de equidad, incorporándose en forma ulterior a la legislación y jurisprudencia, regulando la totalidad de contratos sinalmáticos.

14. La fuente de donde se incorpora a la legislación y jurisprudencia mexicanas el pacto comisorio, es el Código Napoleón, mismo que estimaba e identificaba plenamente esta figura como una condición resolutoria siempre sobreentendida en los contratos sinalagmáticos, y teniendo por objeto la ejecución o cumplimiento forzado o la resolución de la obligación con el pago de una indemnización por daños y perjuicios.

15. El fundamento del pacto comisorio descansa en la reciprocidad existente en las obligaciones derivadas de los contratos sinalagmáticos, pues la obligación de cada una de las partes tiene por causa la obligación contraída por la otra, de donde se desprende que las dos obligaciones se sostienen mutuamente.

16. No obstante la identificación que emprende el Código Napoleón del pacto comisorio como una condición resolutoria, ésta última se distingue en que opera de pleno derecho en el supuesto de que las partes la hayan establecido, resolviendo en consecuencia ipso iure la relación, en tanto que el pacto comisorio no opera de pleno derecho, sino que se requiere de una manifestación expresa de voluntad de la parte afectada, optando por la rescisión o por cumplimiento de la obligación.

17. La rescisión se produce como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones, no operando de pleno derecho, pues la parte que está en posibilidad de cumplir la obligación debe promover juicio ante la autoridad judicial, siendo acorde con esta afirmación el criterio jurisprudencial sustentado por la Suprema Corte de Justicia.

18. Se establece que para la procedencia del pacto comisorio no debe existir ningún principio de ejecución del contrato, así como también que la parte afectada por la falta de cumplimiento, haya realizado o esté en posibilidad de hacerlo, el cumplimiento de la obligación a su cargo.

19. la rescisión derivada del pacto comisorio, guarda la característica de operar en forma retroactiva, extinguiendo el contrato y volviendo las cosas al estado que guardaban con anterioridad, como si la obligación no hubiera existido.

20. La acción que resulta del pacto comisorio en vista al incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato sinalagmático, corresponde a la parte afectada que está en posibilidad de cumplir o ya cumplió la que le corresponde.

21. Del contenido del artículo 1949 del Código Civil vigente se desprende la posibilidad de exigir el cumplimiento forzado de la obligación cuando ello resulte posible, situación que se verifica en las obligaciones de dar, mediante el secuestro de la cosa que se debía entregar; en las obligaciones de hacer, exigiéndose que el deudor ejecute la obligación y finalmente, en las obligaciones de no hacer, pidiendo la demolición de la obra a costa del deudor.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- ARIAS RAMOS, Juan. Derecho Civil. T. II, 11a. ed., Madrid, Revista de Derecho Privado, 1969. 1184 pp.
- 2.- BAUDRY-LACANTINERIE, et Barde. Tratado Teórico y Práctico de Derecho Civil. 3a. ed., París, Librería de la Societé de Recueil Sirey, 1907-1909. 245 pp.
- 3.- BEJARANO SANCHEZ, Manuel. Obligaciones Civiles. 3a. ed., Colección Textos Jurídicos Universitarios, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1984. 394 pp.
- 4.- BONECASSE, Julien. Elementos de Derecho Civil. Trad. José Ma. Cajica, 2a. ed., Madrid, Instituto Editorial Reus, 1945. 830 pp.
- 5.- CASTAN TOBEÑAS, José. La Ordenación Sistemática del Derecho Civil. Madrid, Editorial Reus, 1954. 497 pp.
- 6.- CARBONNIER, León. Derecho Civil. Trad. Manuel María Zorrilla, Barcelona, Editorial BOSCH, 1960, 233 pp.
- 7.- COLIN, Ambrosio, et. al. Curso Elemental de Derecho Civil. T. III. Trad. Demófilo de Buen, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1943. 964 pp.
- 8.- COVIELLO, Nicolás. Doctrina General del Derecho Civil. Trad. Felipe de J. Tena, México, Unión Tipográfica Editorial Hispanoamericana, 1938. 628 pp.

- 9.- DIEZ PICASSO, Luis. Sistemática del Derecho Civil. Madrid, Editorial Technos, 1976. 415 pp.
- 10.- ENECCERUS, Ludwig, et. al. Tratado de Derecho Civil. Derecho de las Obligaciones. Trad. Blas Pérez González, Barcelona, Editorial BOSCH, 1953. 417 pp.
- 11.- ESCRICHE, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia Razonado. 9a. ed., París, Librería de Garnier Hermanos, 1986. 1787 pp.
- 12.- FARINA, Juan M. El Pacto Comisorio, precedido por un estudio sobre la resolución y rescisión de los contratos. Buenos Aires, OMEBA, 1961. 174 pp.
- 13.- FOUSTEL DE COULANGES. La Ciudad Antigua. Trad. Eusebio de Gorbea, Buenos Aires, EMECE Editores, 1945, 194 pp.
- 14.- FUEGO LANERI, Fernando. Derecho Civil. T. V., 2a. ed., Santiago de Chile, Impresora Universal, 1964. 256 pp.
- 15.- GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. 7a. ed., México, Editorial Porrúa, 1990. 327
- 16.- IGLESIAS, Juan. Derecho Romano. 9a. ed., Barcelona, Editorial Ariel, 1987. 774 pp.
- 17.- IRURZUN GOICOA, Domingo. La Cláusula Resolutoria y el Pacto Comisorio. Estudios de Derecho Privado. V. II, México, 1992. 127 pp.

- 18.- KUNKELE, Wolfgang, Historia del Derecho Romano. Trad. Juan Miquel, 4a. ed., Barcelona, Editorial Ariel, 1982. 248 pp.
- 19 LARENZ, Karl. Derecho de las Obligaciones. T. I, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. 430 pp.
- 20.- MAR, Nereo. Guía del Procedimiento Civil para el Distrito Federal. México, Editorial Porrúa, 1992, 623 pp.
- 21.- MANRESA Y NAVARRO, José Ma. Comentarios al Código Civil Español. 7a. ed., Madrid, Revista de Derecho Privado, 1957. 257 pp.
- 22.- MARGADANT S., Guillermo Floris. Derecho Romano. 6a. ed. corr. y aum., México, Editorial Esfinge, 1975. 436 pp.
- 23.- MARTINEZ RADIO, Antonio de la E. Estudios de Derecho Privado. V. II, México, 1962. 127 pp.
- 24.- MARTY, G. Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones. Vol. II, Trad. José Ma. Cajica Jr., México, Editorial José Ma. Cajica Jr., - 1956. 630 pp.
- 25.- MAZEAUD, Henry, et. al. Lecciones de Derecho Civil. Trad.- Luis Alacalá Zamora y Castillo, Buenos Aires, - Ediciones Jurídicas Europa América, 1960. 413 - pp.
- 26.- MESSINEO, Francesco. Doctrina General del Contrato. Trad.- R.O. Fontanarrosa, Vol. I, Buenos Aires, Editorial Jurídica Europa América, 1986. 355 pp.

- 27.- MOMSEN, Teodoro. Historia Romana. 2a. ed., Buenos Aires, -
Joaquín Gil Editores, 1960. 884 pp.
- 28.- MUÑOZ, Luis. Teoría General del Contrato. México, Cárdenas-
Editor, 1973, 1960. 884 pp.
- 29.- ORTIZ URQUIDI RAUL, Derecho Civil. Parte General. 3a. ed., -
México, Editorial Porrúa, 1986. 633 pp.
- 30.- PALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. -
17a. ed., México, Editorial Porrúa, 1986. 881 -
pp.
- 31.- PETIT, Eugéne. Tratado Elemental de Derecho Romano. Trad. -
José Fernández González, Madrid. Editorial REUS
1924. 717 pp.
- 32.- PLANIOL, Marcelo, et. al. Tratado Práctico de Derecho Civil
Francés. Tomo Sexto, "Las Obligaciones", trad.
Mario Díaz Cruz. Habana. Editorial Cultural, -
1964. 1005 pp.
- 33.- POTHIER, R. J. Tratado de las Obligaciones. Trad. S.M.S., -
Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina
OMEBA, 1961. 346 pp.
- 34.- ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo V, -
Volúmen I, 5a. ed., México, Editorial Porrúa, -
1985. 613 pp.
- 35.- _____ . Derecho Civil Mexicano. Tomo V, -
Volúmen II, 3a. ed., México, Editorial Porrúa,-
1976. 743 pp.

- 36.- SANCHEZ MEDAL, Ramón. De los Contratos Civiles. 9a. ed., - México, Editorial Porrúa, 1988. 608 pp.
- 37.- SHULZ, Fritz. Derecho Romano Clásico. Trad. José Ma. Santa-Cruz Teigeiro, Barcelona, Casa Editorial BOSCH, 1960. 438 pp.

DICCIONARIOS, ENCICLOPEDIAS Y REVISTAS.

- 1.- DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. Instituto de Investigaciones-Jurídicas Universidad Nacional Aurtónoma de México. 3a. ed., IV Volúmenes, Editorial Porrúa.- 1989.
- 2.- ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Tomo II, Buenos Aires, Editorial DRISKILL, 1985. 1070 pp.
- 3.- _____ . Tomo XII, Buenos Aires, Editorial DRISKILL, 1987. 1053 pp.
- 4.- _____ . Tomo XXI, Buenos Aires, Editorial DRISKILL, 1982. 1019 pp.
- 5.- REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA. Año CIV, No 4, Tomo XXXIII, Julio-Diciembre, Instituto Editorial REUS, Segunda Epoca, Madrid, 1956. 427 pp.