

168



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

LA IMPORTANCIA DE LA OPERATIVIDAD "IPSO IURE" DEL
PACTO COMISORIO EN LOS CONTRATOS
SINALAGMATICOS CIVILES.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
ARTHEOM ADRIAN CRUZ CAMARENA



ASESOR: LIC. BERNARDO PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO

MÉXICO. D. F.

2002



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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 esta 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.

Paginación

Discontinua

**LA IMPORTANCIA DE LA OPERATIVIDAD “IPSO IURE”
DEL PACTO COMISORIO
EN LOS CONTRATOS SINALAGMÁTICOS CIVILES**

AGRADECIMIENTOS

*"Gloria in altissimis Deo
et in terra pax in hominibus bonae voluntatis."*

[«Gloria a Dios en las Alturas
y Paz en la Tierra a los Hombres de Buena Voluntad.»]
El Evangelio según San Lucas [2:14]

*"Beati qui esuriunt et sitiunt iustitiam
quoniam ipsi saturabuntur."*

[«Bienaventurados los que tienen hambre y sed de Justicia
porque ellos serán saciados.»]
El Evangelio según San Mateo [5:6]

María Villalpando Camarena †

In memoriam.

Porque algún día volveremos a estar juntos.

Salvador Cruz Ramírez †

In memoriam.

Sea este un humilde tributo para mi querido mecenaz.

A nuestra "*Alma Mater*" la Universidad Nacional Autónoma de México
y los inclitos catedráticos de su Facultad de Derecho,
de quienes he recibido la mejor formación humanística.

A mis amadisimos padres Aarón Cruz Hernández
y Hermelinda Camarena Villalpando.

Que Dios los bendiga por su gran amor y las maravillosas enseñanzas y sacrificios
que han realizado por su hijo, que los lleva día a día en su corazón,

A Blanca, Erika y Alejandro,
por el enorme cariño que nos une y el apoyo que siempre
me han brindado en todo tiempo.

A la gran familia Camarena,
Tíos y primos, por la invaluable ayuda en los momentos más difíciles, pues con
ella me permitieron conservar a mi lado a una de las personas más importantes en
mi vida, mi querida madre.

A Verónica Margarita Monroy Ríos.

*"Si te quiero es porque sos
mi amor, mi cómplice y todo,
y en la calle codo a codo,
somos mucho mas que dos."*

(*"Te Quiero"*, fragmento, Mario Benedetti).

Al egregio catedrático y jurista Lic. Bernardo Pérez Fernández del Castillo,
por su asesoría, dirección y apoyo brindados tan gentil y caballerosamente
para la elaboración de ésta investigación.

A los Licenciados Marco Aurelio Valverde Huerta y Eustacio González Lira,
conspicuos abogados cuyo ejemplo ha sido un
constante estímulo para mi superación intelectual.

A Ariel Vargas Vázquez, Alejandro Olvera Acevedo y David Puebla Vargas,
amigos y maestros que generosamente siempre
me han compartido sus conocimientos.

A mis queridos amigos Eustacio, Juan Luis, Salomón, Miguel y Ramiro,
“Vir amicalis ad societatem magis amicus erit quam frater.”

[«Hay amigos que sólo son para ruina, |
pero los hay más afectos que un hermano.»]

Proverbios [18:24]

LA IMPORTANCIA DE LA OPERATIVIDAD "IPSO IURE" DEL PACTO COMISORIO EN LOS CONTRATOS SINALAGMÁTICOS CIVILES

ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN	I
--------------------	---

CAPÍTULO PRIMERO

PROLEGÓMENOS PARA EL ESTUDIO DEL PACTO COMISORIO

1. CONCEPTO DE OBLIGACIÓN	1
2. ELEMENTOS DE LA OBLIGACIÓN	13
3. FUENTES DE LAS OBLIGACIONES	29
4. EL CONTRATO COMO FUENTE DE LAS OBLIGACIONES.....	43
5. CONCEPTO DE CONTRATO	45
6. ELEMENTOS DEL CONTRATO.....	56
7. ALGUNAS CLASIFICACIONES DE LOS CONTRATOS.....	85

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REGULACIÓN DEL PACTO COMISORIO EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

1. CONCEPTO Y ESPECIES DEL PACTO COMISORIO.....	89
2. LOS DERECHOS QUE NACEN AL OPERAR EL PACTO COMISORIO SEGÚN LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 1949 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	103
2.1. LA FACULTAD RESOLUTORIA	103

2.2. EL CUMPLIMIENTO FORZOSO.....	108
2.3. LOS DAÑOS Y PERJUICIOS.....	119
2.4. EL DERECHO DE OPCIÓN	125
3. PRESUPUESTOS NECESARIOS PARA LA ACTUALIZACIÓN DEL PACTO COMISORIO	126
3.1. LA CELEBRACIÓN DE UN CONTRATO SINALAGMÁTICO Plenamente Existente y VÁLIDO	126
3.2. LA VERIFICACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO CULPABLE DE ALGUNO DE LOS CONTRATANTES	136
3.2.1. EL INCUMPLIMIENTO CULPABLE DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES ES UN HECHO ILÍCITO.....	157
3.3. LA VERIFICACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LA PARTE AFECTADA DE SUS RESPECTIVAS OBLIGACIONES	170

CAPÍTULO TERCERO

LA OPERATIVIDAD DEL PACTO COMISORIO

1. EL PACTO COMISORIO Y LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD	186
1.1. EL CONTRATO COMO NORMA JURÍDICA	207
2. EL PACTO COMISORIO Y EL ORDEN PÚBLICO.....	216
2.1. LOS ARTÍCULOS 6º Y 7º DEL CÓDIGO CIVIL	219
3. LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PACTO COMISORIO	221
3.1. LOS ARTÍCULOS 14 Y 17 CONSTITUCIONALES	222

4. LAS DIFERENCIAS DEL PACTO COMISORIO CON OTRAS FIGURAS JURÍDICAS.....	225
4.1. CON LA CONDICIÓN RESOLUTORIA.....	225
4.2. CON LA NULIDAD.....	231
4.3. CON LA REVOCACIÓN.....	240
4.4. CON LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO POR MUTUO CONSENTIMIENTO.....	241
4.5. CON LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO.....	244
5. NECESIDAD DE REUBICAR AL ARTÍCULO 1949 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	245
6. EL PACTO COMISORIO Y SU OPERATIVIDAD.....	246
6.1. OPERATIVIDAD JURISDICCIONAL.....	246
6.2. OPERATIVIDAD DE PLENO DERECHO O "IPSO IURE".....	269
6.3. TESIS DE LOS TRIBUNALES FEDERALES EN TORNO A LA OPERATIVIDAD DEL PACTO COMISORIO.....	323
6.4. CRÍTICA A LAS TESIS DE LOS TRIBUNALES FEDERALES RELATIVAS AL PACTO COMISORIO.....	327
7. LA NECESIDAD DE HOMOGENEIZAR LOS CRITERIOS DE OPERATIVIDAD DEL PACTO COMISORIO A FIN DE QUE SE RECONOZCA SU APLICACIÓN "IPSO IURE", EN TODOS LOS CONTRATOS SINALAGMÁTICOS, AÚN Y CUANDO NO SE ESTIPULE EXPRESAMENTE EN EL CUERPO DE LOS MISMOS.....	328
CONCLUSIONES.....	332
BIBLIOGRAFÍA.....	335

INTRODUCCIÓN

La rescisión contractual es una figura jurídica de gran importancia en el ámbito del Derecho Civil, concretamente cuando existe un incumplimiento de obligaciones recíprocas nacidas en de un contrato bilateral; es una institución que mengua los efectos negativos del incumplimiento en que uno de los contratantes ha incurrido y del cual lógicamente, se le puede responsabilizar. El pacto comisorio constituye un punto central dentro las obligaciones civiles, siendo un tema incluíble dentro del estudio de éstas; es parte medular del conflicto contractual surgido del incumplimiento, y se revela como una solución justa que pretende ser pronta y expedita. Así se han reconocido dos sistemas de operatividad del mismo: la jurisdiccional y la de pleno derecho, siendo éste último una herramienta muy útil para el logro de la finalidad señalada: la pronta solución del incumplimiento.

En el Capítulo Primero, se exponen dos conceptos íntimamente relacionados con la rescisión y cuyo análisis debe ser previo al del pacto comisorio: la obligación y el contrato. Ambos conceptos han sido materia de revisión por la doctrina actual, lo cual resulta fatal dado el constante ánimo de perfección de la ciencia jurídica. La variable manifestación de los elementos de una y otra institución ha derivado en el replanteamiento de los conceptos generales.

Por cuanto al concepto de obligación, la eventual existencia de los sujetos, con la consecuente posible integración de la relación jurídica entre éstos, e incluso la posibilidad de crear obligaciones cuyo objeto puede no existir en el momento del nacimiento de aquéllas, condujo al replanteamiento de la definición de obligación. Ello sin embargo no significó que pudiese prescindirse de dichos elementos (sujetos, objeto, relación jurídica), ni siquiera para explicar integralmente el concepto general.

Igual cuestión se ha suscitado con el concepto de convenio y contrato, máxime que el propio Código Civil presenta en sus artículos 1792 y 1793 el concepto legal de los mismos. Ello inicia la crítica doctrinal por considerarse que ningún ordenamiento legal puede ni debe ser un catálogo de definiciones doctrinales. Los conceptos legales de convenio y contrato han sido objeto de un profundo análisis que ha concluido con la conveniencia de la desaparición legal de la diferencia entre uno y otro, para ser también coherentes con el contenido del artículo 1859 que atribuye a todos los convenios las disposiciones generales de los contratos.

Hemos tratado a los elementos y requisitos de los contratos bajo la misma tesitura, es decir, realizando una exposición sucinta de los mismos y la marcada evolución que han tenido dentro de la doctrina moderna, lo que demuestra de nueva cuenta el ánimo constante de los doctrinarios nacionales y extranjeros por perfeccionar cada día más materias torales dentro del Derecho, exaltándose al contrato como fuente principal de las obligaciones.

En el Capítulo Segundo, se analiza al pacto comisorio partiendo de su regulación legal en el Código Civil para el Distrito Federal, comenzando desde luego por el artículo 1949, precepto en donde se encuentra reconocido este tipo de derecho subjetivo de extinción jurídica.

Se exponen los diversos tipos de pacto comisorio, el de la prenda y la hipoteca, ambos prohibidos en el Código Civil, y el de los contratos bilaterales (también denominados sinalagmáticos), y que constituye la parte fundamental de ésta investigación. Se determina de acuerdo al contenido del artículo 1949 del Código Civil su naturaleza de cláusula natural de todos los contratos bilaterales (que son los que generan obligaciones recíprocas), que atribuye diversos derechos al contratante acreedor perjudicado, ejercitables de acuerdo a los intereses de éste cuando existe un incumplimiento de las obligaciones recíprocas por parte del otro contratante. De igual manera se observará la posibilidad de rescindir el contrato por el incumplimiento de alguna obligación relacionada y no recíproca, pero de contenido trascendental cuya violación puede también acarrear la operatividad del pacto comisorio.

Se estudian igualmente los efectos que surgen al tener operatividad la facultad resolutoria, y que son los efectos liberatorio, extintivo, retroactivo e indemnizatorio.

Existen presupuestos necesarios, indispensables, para que pueda tener operatividad el pacto comisorio, sin dejar de reconocer importantísimas excepciones en las cuales también puede aplicarse la facultad rescisoria. Esas salvedades son planteadas a lo largo del desarrollo del presente trabajo.

Se expone la naturaleza del incumplimiento contractual como un hecho ilícito. El incumplimiento contractual debe poder atribuirse a uno de los contratantes, para estar en posibilidad de responsabilizarlo tanto de la rescisión

contractual como de los daños y perjuicios que se generen por la inobservancia de las prestaciones.

Finalmente en el Capítulo Tercero, se estudia el pacto comisorio en relación con diversos principios legales, tanto constitucionales (garantías individuales), como con los que se encuentran en el Código Civil, demostrando la armonía que guarda aquélla institución en relación con esos preceptos legales, incluso desde el plano de subordinación que le merece a los principios constitucionales y los demás principios de orden público contenidos en el ordenamiento sustantivo civil.

Otro aspecto de gran importancia lo son las características bien definidas que permiten diferenciar al pacto comisorio de otras figuras jurídicas con las que guarda semejanzas notables, pero no identidad.

Es en éste capítulo donde se analiza la operatividad "*ipso iure*" del pacto comisorio: su diferencia con la operatividad judicial y la carencia de solidez determinante para distinguir a uno y otro método de rescisión contractual de acuerdo a las tesis emitidas por nuestros Tribunales Federales. En el análisis de la rescisión de pleno derecho, se exponen sus repercusiones, tanto civiles como penales, y los métodos de defensa que estimamos pueden ser utilizados tanto por el contratante acreedor perjudicado como por el contratante deudor incumpliente. Por ello afirmamos que nuestra legislación es amplia, extensa y útil. Quizás perfectible, pero con la suficiente solidez para reconocer la operatividad de pleno derecho en nuestro sistema jurídico, sin sacrificar en la medida de lo humanamente posible los derechos de ambos contratantes, incluso los del deudor incumpliente, cuenta habida que en ningún sistema de derecho puede afirmarse que quien incumple con las obligaciones nacidas de un contrato pierde por ese sólo hecho ilícito la protección de las leyes.

La operatividad de pleno derecho del pacto comisorio es compleja, ya que en torno a ella se relacionan multitud de preceptos legales, no solamente los que se encuentran en el Código Civil. Ello no constituye ningún óbice para el estudio de dicha figura, y que aún se encuentra en proceso de aceptación por lo que se refiere a la operatividad de pleno derecho. Dada ésta dificultad, durante ésta investigación se utilizaron todos los medios de que dispusimos para sustentar lo más consistentemente posible las opiniones y conclusiones a las que arribamos, exponiéndose las reglas generales que en torno a cada uno de los temas ha sustentado la doctrina más especializada y de igual manera se exponen las

excepciones que evidentemente son también muy importantes para delimitar con precisión la figura en estudio, sin pretender desde luego haber agotado este tema tan vasto.

Hemos considerado pertinente citar, amén de los preceptos legales, jurisprudencia y doctrina, interesantes aforismos jurídicos, cuya esencia nutre muchos preceptos legales actuales. Ello nos colmó de asombro dada la permanencia que han tenido a través de los siglos, aún y con la evolución que el Derecho ha tenido también con el tiempo. En ese sentido consideramos acertada la frase acuñada por el célebre e ilustre político y estadista británico Winston Churchill (1847-1965), quien afirmó que "*Las palabras antiguas son las mejores, y las breves las mejores de todas.*" Estas características coexisten en los apotegmas jurídicos citados. De ahí que pueda afirmarse que la genialidad romana, la alta creatividad que tuvieron sus jurisperitos y los que posteriormente se encargaron de estudiar esas sentencias, han otorgado cierta inmutabilidad a muchas de ellas, otorgando indiscutiblemente al Derecho el carácter de ciencia social.

CAPÍTULO PRIMERO

PROLEGÓMENOS PARA EL ESTUDIO DEL PACTO COMISORIO

El estudio del pacto comisorio, al igual que todos los temas que versan sobre las demás instituciones jurídicas, es a no dudarlo muy complicado y extenso. Es por ello, y con la clara finalidad de facilitar su estudio delimitando lo más preciso posible el campo de operatividad jurídica en donde se desenvuelve, que es necesario entrar al análisis de conceptos que resultan indispensables para el estudio de la facultad rescisoria. Dichos conceptos son la "obligación" y el "contrato".

1. CONCEPTO DE OBLIGACIÓN.

El concepto de "obligación" ha sido estudiado arduamente por los estudiosos de la materia, quienes, en un intento por lograr la unificación de su conceptualización, han aportado diferentes nociones de la misma, exponiendo sistemática y metódicamente el análisis de sus elementos.

Etimológicamente, el verbo "obligar" proviene de dos voces latinas; significa "obtener por la fuerza, forzar"; "obligación" significa "deber moral o legal", voz que proviene de latín "obligare", cuya acepción es "comprometer, obligar; atar, ligar a, de ob - (a) + ligare (atar, ligar)."

El Diccionario de la Real Academia Española establece varios significados de la palabra *obligación*, de los cuales nos interesan particularmente los siguientes: "[...] 2. *Imposición o exigencia moral que debe regir la voluntad libre.* || 3. *Vínculo que sujeta a hacer o abstenerse de hacer algo, establecido por precepto de ley, por voluntario otorgamiento o por derivación recta de ciertos actos.* || 4. *Correspondencia que alguien debe tener y manifestar al beneficio que ha recibido de otra persona.* [...]."²

¹ Gómez de Silva, Guido. "Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Española". Fondo de Cultura Económica — El Colegio de México, México, 1989, p. 494.

² Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. Tomo II, 20ª Edición, Espasa - Calpe, 1984, p. 966.

En el ámbito jurídico encontramos un cúmulo de definiciones, las cuales parten de conceptualizaciones aportadas por célebres juristas romanos. En la "Instituta" de Justiniano (Libro III, Título XIII, *de obligationibus*), se definía que: "*Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius rei solvendae secundum iura nostra civitatis*" [«La obligación es un vínculo jurídico por el que somos constreñidos por la necesidad de pagar alguna cosa según las leyes de nuestra ciudad»³]. En el "Digesto", el eminente jurista romano Paulo (Libro XI.IV, Título VII, *de obligationibus*, Ley III), precisando el concepto anterior, manifestó que: "*Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutum nostram faciat, se ut alium nobis adstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum*" [«La substancia de las obligaciones consiste, no en que haga nuestra alguna cosa corpórea o una servidumbre, sino en que constriña a otro a darnos, a hacernos o a prestarnos algo»⁴]. Resalta dicho jurisconsulto el objeto directo de la obligación, que a su vez constituye el objeto indirecto de los contratos.

Evidentemente partiendo de las definiciones anteriores, los estudiosos del Derecho emitieron sus correspondientes conceptualizaciones de "obligación", mismas que en la mayoría de los casos, comparten elementos comunes, si bien difieren en la terminología que emplean.

Dentro del cúmulo de definiciones de autores extranjeros podemos citar a Pothier, quien al respecto manifiesta que la obligación "*es un vínculo de derecho que nos sujeta respecto de otro a darle alguna cosa o hacer o no hacer alguna cosa.*"⁵ Baudry - Lacantinerie et Barde, establecen que "*la obligación, en el sentido jurídico de la palabra puede definirse como un vínculo de derecho por el cual una o varias personas determinadas están civilmente comprometidas hacia una o varias otras, igualmente determinadas a dar, a hacer o a no hacer alguna cosa.*"⁶ Aubry et Rau manifiestan que "*una obligación es la necesidad jurídica a consecuencia de la cual una persona está sujeta hacia la otra a dar o hacer o no*

³ Mans Puigarnau, Jaime M. *Los Principios Generales del Derecho*. Editorial Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1979, p. 338.

⁴ *Loc. cit.*

⁵ Pothier, cit. por Borja Soriano, Manuel. *Teoría General de las Obligaciones*. Tomo I, Porrúa, México, 1971, p. 80.

⁶ Baudry - Lacantinerie et Barde, cit. por Manuel Borja Soriano. *Loc. cit.*

*hacer alguna cosa.*⁷ Polacco, por su parte incluye dentro del concepto obligación, que la relación jurídica habida en la misma debía ser de carácter patrimonial, lo que en su momento fue el carácter distintivo de ésta. Dice Polacco *"llámese obligación a la relación jurídica patrimonial en fuerza de la cual una persona (que se llama deudor) está vinculada a una prestación (de índole positiva o negativa) hacia otra persona (que se llama acreedor)."*⁸ G. Marty, no define a la obligación como un vínculo jurídico propiamente, sino como *"la institución jurídica en virtud de la cual una persona (llamada deudor) debe hacer que otra (llamada acreedor) se beneficie de una prestación positiva o de una abstención."*⁹ Lévy Ullmann, en el mismo sentido, establece que *"la obligación es la institución jurídica que expresa la situación respectiva de personas de las cuales una (llamada el deudor) debe hacer beneficiar a la otra (llamada acreedor) de una prestación o de una abstención y que corresponde, bajo los nombres de crédito y de deuda, al elemento particular de activo y de pasivo engendrado por esa relación en el patrimonio de los interesados."*¹⁰

De las anteriores definiciones cabe señalar que, aún y cuando algunos de los autores citados no incluyen expresamente el término (y elemento) *relación jurídica* en el concepto que proporcionan, determinan claramente que las dos partes involucradas, es decir al deudor y al acreedor, que tienen una conexidad de derecho habida entre las mismas, por lo que nosotros consideramos que tácitamente se reconoce la existencia de una relación entre ambos, lo cual hace que su concepto comparta la misma naturaleza que los manejados por la mayoría de los tratadistas. *"En las definiciones [...] juegan las expresiones vínculo jurídico, relación jurídica, necesidad jurídica, situación jurídica e institución jurídica, pero en realidad, la diferencia que entre ellas pueda señalarse es más de palabra que de concepto."*¹¹

Nuestros tratadistas también se han manifestado con respecto de la definición de obligación que a su juicio es la más apropiada. Así, el maestro Manuel Borja Soriano nos dice que *"obligación es la relación jurídica entre dos personas en*

⁷ Aubry et Rau, cit. por Manuel Borja Soriano. *Loc. cit.*

⁸ Polacco, cit. por Manuel Borja Soriano. *Ibidem.* pp. 80 y 81.

⁹ Marty, G. *Derecho Civil.* Teoría General de las Obligaciones, Volumen 1, Cajica, Puebla, 1986, p. 13.

¹⁰ Lévy Ullmann, cit. por Manuel Borja Soriano. *Op. cit.*, p. 81.

¹¹ De Pina, Rafael. *Elementos de Derecho Civil Mexicano.* Obligaciones Civiles – Contratos en General, Volumen III, Porrúa, México, 1993, p. 26.

*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 del deudor.*¹² Este mismo autor precisa que: *“La palabra obligación abarca toda la relación; considerada ésta especialmente del lado activo toma el nombre de crédito o derecho personal, y del lado pasivo el de deuda u obligación en sentido restringido.”*¹³

En el campo del Derecho Positivo Mexicano, el Código Civil vigente para el Distrito Federal, no define a la obligación, como lo hacía el ordenamiento predecesor el cual contenía su conceptualización en el artículo 1326, definición que a decir del maestro Manuel Borja Soriano empleaba un lenguaje muy deficiente. El artículo establecía que la *“obligación personal es la que solamente liga a la persona que la contrae y a sus herederos.”*¹⁴

La Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación¹⁵ por su parte, emitió una tesis en la que expone su concepto de obligación:

¹² Borja Soriano, Manuel. *Op. cit.*, p. 81.

¹³ *Ibidem*, p. 82.

¹⁴ *Ibidem*, p. 81.

¹⁵ En el Diario Oficial de la Federación de 26 de junio de 1995 se publicó la actual Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. En el artículo 15 de ésta ley, se determinó que *“La Suprema Corte de Justicia contará con dos Salas, las cuales se compondrán de cinco ministros, bastando la presencia de cuatro para funcionar.”* En su artículo 11, fracción IV se estableció que es atribución del Pleno de la Suprema Corte de Justicia *“Determinar, mediante acuerdos generales, la competencia por materia de cada una de las Salas y el sistema de distribución de los asuntos de que éstas deban conocer;”* lo cual cristalizó el contenido del párrafo sexto (actualmente séptimo), del artículo 94 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual establece que *“El Pleno de la Suprema Corte de Justicia estará facultado para expedir acuerdos generales, a fin de lograr una adecuada distribución entre las Salas de los asuntos que compete conocer a la Corte, así como remitir a los Tribunales Colegiados de Circuito, para mayor prontitud en el despacho de los asuntos, aquellos en los que hubiera establecido jurisprudencia o los que, conforme a los referidos acuerdos, la propia corte determine para una mejor impartición de justicia. Dichos acuerdos surtirán efectos después de publicados.”* Con base en dichos artículos, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, emitió el *“Acuerdo del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de fecha diecinueve de junio de mil novecientos noventa y cinco, relativo a la determinación de la competencia por materia de las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y al envío de asuntos competencia del Pleno a dichas Salas”* (Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Instancia: Pleno, Época: NOVENA EPOCA, Tomo: 1, Junio de 1995, Acuerdo: 7/1995, Página: 573), el cual determinó en el punto segundo que la Primera Sala de la

Quinta Epoca

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XLVII

Página: 4200

OBLIGACIÓN, NATURALEZA DE LA. La obligación es un vínculo jurídico que nos constituye en la necesidad de dar, hacer o prestar alguna cosa, por lo que cada obligación supone: a), un lazo jurídico que liga necesariamente al deudor con el acreedor, y del que se deriva el derecho que este tiene, para exigir que aquel de, haga o preste, y el deber jurídico correspondiente al deudor, de dar, hacer o prestar, y b), un

Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá de las materias civil y penal, y que la Segunda Sala conocerá de las materias Administrativa y del Trabajo. Antes de la publicación de la ley vigente, en el "Acuerdo del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de fecha siete de febrero de mil novecientos noventa y cinco, relativo a la distribución de asuntos entre las Salas y los señores Ministros" (Novena Epoca, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Instancia: Pleno, Epoca: NOVENA EPOCA, Tomo: I, Marzo de 1995, Acuerdo: 2/1995 (9a), Página: 75), se había determinado en el punto cuarto que "Los asuntos que actualmente se encuentran en la Primera Sala anterior se conservarán en la Primera Sala actual, y los que se encuentran en la Tercera Sala anterior serán enviados a la Primera Sala actual." En el punto quinto se determinó que "Los asuntos que actualmente se encuentran en la Segunda Sala anterior se conservarán en la Segunda Sala actual, y los que se encuentran en la Cuarta Sala anterior serán enviados a la Segunda Sala actual." Y finalmente en el punto seis se señaló que "Los asuntos que actualmente se encuentran en la anterior Sala Auxiliar de esta Suprema Corte de Justicia serán turnados, equitativamente y conforme al riguroso orden numérico progresivo de los expedientes, a las dos Salas actuales de este Alto Tribunal." No obstante estos cambios habidos en la estructura del Máximo Tribunal, ello no afectó la obligatoriedad de las jurisprudencias emitidas tanto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en Pleno o en Salas, así como las de los Tribunales Colegiados de Circuito. El propio artículo 177 de la actual Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación determina que "La jurisprudencia que deban establecer la Suprema Corte de Justicia funcionando en Pleno, las Salas de la misma y los tribunales colegiados de circuito en las ejecutorias que pronuncien en los asuntos de su competencia distintos del juicio de amparo, se regirán por las disposiciones de la Ley de Amparo, salvo en los casos en que la ley de la materia contuviera disposición expresa en otro sentido." Evidentemente las tesis sobresalientes que sustenten nuestros Tribunales Federales, seguirán siendo aptos para guiar las prestaciones resolutorias de dichos tribunales, y por tanto aptas también para constituir jurisprudencia.

hecho reductible a valor pecuniario, que es el objeto o fin del lazo jurídico. desde este punto de vista, lo esencial, lo característico de las obligaciones, se patentiza en el vinculum juris, y en el onus conventionis de la doctrina, por lo cual, para que la obligación de origen al ejercicio del derecho en ella contenida, se hace indispensable acreditar ambos elementos.

Vega Mier Clemente. Pág. 4200. Tomo XLVII. 13 de marzo de 1936. 5 Votos.

Obsérvese que el concepto de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se apega a los conceptos romanos como a los de los autores anteriormente citados. No obstante la aparente coincidencia significativa, el término *obligación* carece de una uniformidad conceptual científica. Dentro del trato del concepto de *obligación*, se han suscitado diversas discusiones, por más que existe quien considera válida la terminología tradicional, como el maestro Jorge Alfredo Domínguez Martínez.¹⁶ Sin embargo, considerado como insuficiente el concepto tradicional de *obligación*, autores tanto extranjeros como nacionales han elaborado algunas críticas al mismo; entre ellos podemos citar del extranjero al maestro Domenico Barbero, y entre los destacados autores nacionales, a los maestros Rafael Rojina Villegas y a Ernesto Gutiérrez y González.

Domenico Barbero, manifiesta que dentro del concepto de *obligación* no se encierra necesariamente al de *deuda* (o *débito*, como lo denomina), apoyándose en el hecho frecuente de la creación de obligaciones sujetas a término. *“¿Cómo podemos hablar de «obligación» – expresa – antes de que el deudor, por la pendencia del término, esté «obligado a cumplir»? No hay más que un camino: distinguir entre «obligación» y «deber» [...] «Obligado» significa, no ya, ni tanto, ni necesariamente, actualmente en deber de efectuar la prestación de que se trata, sino que está definitivamente implicado en el vínculo jurídico. El «deber de cumplir», el «débito» propiamente dicho, podrá ser contemporáneo o venir posteriormente [...] lo que vale en cuanto a la «obligatio» es que haya el vínculo, es el estar ligado: ligados a una prestación que cumplir hoy o mañana, o acaso*

¹⁶ Cfr. Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. *Convenio y Contrato. Replanteamientos de sus respectivos conceptos en el Código Civil para el Distrito Federal*. Porrúa, México, 1996. Nota al pie de página número 2, pp. 2 y 3.

hoy y mañana, ininterrumpidamente (obligaciones negativas)."¹⁷ El débito así como se expresa puede ser entonces coetáneo, si ha de satisfacerse inmediatamente: "*Statim debetur, quod sine die debetur*" [«Se debe en el acto lo que se debe sin término»¹⁸], o adventicio, si sobreviene con posterioridad al nacimiento de la obligación: "*Ex die incipit obligatio*" [«La obligación empieza al terminar el plazo»¹⁹]; pero en cualquiera de los casos, existe ya un vínculo jurídico. Lo que refiere dicho autor, no es otra cosa que lo que el maestro Gutiérrez y González ha señalado como un requisito del acto jurídico: la eficacia. Ésta es definida como "*La situación de tiempo o conducta positiva o negativa, que fija la ley o pactan las partes, para que un acto jurídico -unilateral o bilateral- que tiene plena existencia y completa validez, empiece a generar algunas, o todas, sus consecuencias de derecho.*"²⁰

El maestro Rafael Rojina Villegas critica las definiciones que señalan que la obligación es una relación jurídica, manifestando que "*se ha cometido el grave error de confundir la obligación, con la relación jurídica. En otras palabras, se ha confundido un elemento con la articulación general de todos los demás, lo que da como resultando la relación jurídica. Es decir, se confunde la parte con el todo.*"²¹ En el pensamiento de éste autor "*Las relaciones jurídicas vienen a crear situaciones concretas en las que aquellos elementos simples que están enunciados*

¹⁷ Barbero, Domenico. *Sistema de Derecho Privado*. Tomo II, *Obligaciones*; Traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1967, p. 7.

¹⁸ Mans Puigarnau, Jaime M. *Op. cit.*, p. 341.

¹⁹ *Ibidem*, p. 340.

²⁰ Gutiérrez y González, Ernesto. *Derecho de las Obligaciones*. Porrúa, México, 1993, p. 190. Positivamente dicho requisito no es reconocido por el Código Civil para el Distrito Federal. Ya en una ejecutoria se había anunciado, aunque no con la precisión del conspicuo maestro, la eficacia como situación distinta de la existencia y validez de un acto jurídico, y así, se determinó el criterio que expresa: "CONTRATOS, VALIDEZ Y EFECTOS JURIDICOS DE LOS. No hay que confundir la validez de un contrato, con lo que puede llamarse su capacidad o aptitud para producir determinados efectos jurídicos, es decir, con su eficacia como fuente de los derechos que de él se hacen derivar, porque una cosa es que un contrato pueda llamarse válido, porque reúna las condiciones esenciales de todos los contratos, y otra muy distinta, que sólo por ello puedan deducirse todas las acciones y todos los derechos que de él se quieran derivar. (Quinta Época, Instancia: Segunda Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: LXVII, Página: 999. Amparo administrativo directo 7154/39. Ortiz Escalante Agustín. 7 de febrero de 1941. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Manuel Bartlett Bautista).

²¹ Rojina Villegas, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*. Tomo V, *Obligaciones I*, 7ª ed., Porrúa, México, 1998, p. 16.

en las normas entran en juego para determinar los sujetos y los objetos, ante ciertos supuestos que a su vez originarán ciertas consecuencias. Aislando, por consiguiente, sólo para los fines de una explicación, los distintos elementos de la relación jurídica, tenemos, por una parte los sujetos, por otra, los objetos. Ahora bien, los objetos de la relación jurídica constituyen las formas de conducta que se manifiestan como facultad, como deber o como sanción. Formas de conducta que se imputan a los sujetos por virtud de la realización de un supuesto. Estas formas de conducta pueden presentar diferentes aspectos, según se trate de la creación, modificación, transmisión o extinción de derechos, deberes o de sanciones. En esto radican las consecuencias, es decir, en tanto que se pueden crear, transmitir, modificar o extinguir los objetos, que son la forma de la conducta reguladas. Por lo tanto, el deber jurídico u obligación se presenta como objeto de la relación jurídica, como forma de conducta regulada bajo la forma de deber y, correlativamente, bajo la forma de facultad desde el punto de vista del sujeto activo. «Luego entonces, la obligación no es, ni puede ser, la relación jurídica». Esta es el resultado de la articulación de los elementos simples que originan la obligación, referida al sujeto pasivo. Es evidente que la obligación es un estado de sujeción jurídica; no es la relación de un sujeto con otro.²² La relación jurídica "es un elemento ideal, trátase de cualquier tipo de relación, pues se constituye merced a una combinación. Por consiguiente, la relación jurídica es el elemento ideal que resulta del enlace de los elementos simples y no puede confundirse con la obligación que es uno de ellos."²³ Por lo anterior concluye que la obligación es "un estado de subordinación jurídica que impone al deudor la necesidad de ejecutar en favor del acreedor un hecho o una abstención de carácter patrimonial o moral."²⁴ Como derecho y obligación son correlativos,²⁵ al verificarse estados de subordinación de uno a otro contratante, en todo momento ambos tendrán una situación de igualdad jurídica. Sin embargo, siendo la subordinación un estado de sumisión u obediencia y aún y cuando manifiestamente el maestro Rojina Villegas se ha referido no a éste estado de sumisión, pues del concepto se colige que se refiere a la necesidad de cumplir con las prestaciones debidas, no por obediencia a una orden dada, sino porque el obligado se ha comprometido a ello voluntariamente, de ahí el estado de sujeción jurídica, consideramos que el empleo

²² *Ibidem*, p. 17.

²³ *Ibidem*, p. 18.

²⁴ *Ibidem*, p. 47.

²⁵ *Vid. Infra*, p. 46.

del término subordinación no es afortunado en ésta definición, dada la confusión que puede generar, aún de manera injustificada.

El maestro Ernesto Gutiérrez y González critica lo que denomina el *concepto tradicional de obligación*, manifestando que el mismo es erróneo al no abarcar otros supuestos. El concepto tradicional no explica "al caso de un «obligado» que no sea «deudor» y no tenga «acreedor», sino que sólo esté en la necesidad de observar voluntariamente la conducta que la ley determina, llegando el caso se convierta en deudor y tenga un acreedor, pero ello no necesariamente sino de manera eventual."²⁶ Igualmente señala que "Al no caber en esas definiciones el caso de las declaraciones unilaterales de voluntad, que son fuente creadora de obligaciones, necesariamente son conceptos incompletos y por lo mismo equivocados."²⁷ Establece un concepto genérico de *deber jurídico*, el cual tiene como subespecies el *deber jurídico stricto sensu*, *obligación lato sensu* y *derecho de crédito convencional*. La *obligación lato sensu*, a su vez se subdivide en *obligación stricto sensu* y *derecho de crédito convencional*, este último sería el equivalente al concepto de *obligación* tradicional, aún y cuando la terminología empleada pueda parecer un tanto diferente en cuanto a sus alcances. Dice este autor que por *obligación lato sensu*, debe entenderse "la necesidad jurídica de cumplir voluntariamente una prestación de carácter patrimonial (pecuniaria o moral), a favor de un sujeto que eventualmente puede llegar a existir, o a favor de un sujeto que ya existe."²⁸ La siguiente conceptualización que plantea es la de *obligación stricto sensu*, la cual define como "la necesidad jurídica de mantenerse en aptitud de cumplir voluntariamente una prestación de carácter patrimonial (pecuniaria o moral), a favor de un sujeto que eventualmente puede llegar a existir."²⁹ Finalmente por *derecho de crédito convencional* debe entenderse "la necesidad jurídica que tiene una persona denominada obligado - deudor, de cumplir voluntariamente a favor de otra persona, denominada acreedor, que le puede exigir, una prestación de carácter patrimonial (pecuniaria o moral)."³⁰

Explica que, cuando un determinado sujeto emite una declaración unilateral de la voluntad, éste queda obligado conforme a la ley, pero que no tiene el carácter

²⁶ Gutiérrez y González, Ernesto. *Op. cit.*, p. 58.

²⁷ *Loc. cit.*

²⁸ *Ibidem*, p. 33 et seq.

²⁹ *Loc. cit.*

³⁰ *Loc. cit.*

de deudor ya que no existe sujeto alguno que pueda exigirle la prestación, es decir, no tiene acreedor, y que éste, incluso, puede no llegar a existir. En otras palabras, en la declaración unilateral de la voluntad no surge una relación jurídica entre personas de manera inmediata e ineludible: ésta puede llegar a formarse de manera eventual, pero no necesariamente; sí existe, en cambio, un vínculo jurídico entre el sujeto y el objeto (es decir, entre el sujeto y la prestación *dar, hacer o no hacer*, que debe otorgar); el obligado sólo debe mantenerse *en aptitud* de satisfacer una prestación pecuniaria para cumplirla, si y sólo si, el beneficiario de esa prestación (acreedor) llega a existir, o en otros términos, si se cumple la condición suspensiva a la cual está sujeto el cumplimiento de la prestación que hará surgir la relación jurídica entre ambos,³¹ pues de lo contrario no nace obligación alguna: "*Pendente conditione nihil interim debetur*" [«Mientras esté pendiente la condición nada se debe»³²].

Por cuanto a la patrimonialidad de la prestación, el maestro Gutiérrez y González basa su exposición en la tesis de Ihering, puesto que considera acertado la postura de éste por cuanto a "*aceptar obligaciones con contenido no pecuniario, pero equivocado al estimarlas extrapatrimoniales.*"³³ Para el maestro mexicano el patrimonio no sólo se constituye por el carácter pecuniario o económico de sus elementos. "*En el campo del Derecho, el patrimonio debe quedar en definitiva formado por dos grandes ámbitos: el económico y el de los derechos de la personalidad.*"³⁴ De ahí se parte para afirmar que pueden existir entonces obligaciones con contenido no pecuniario. Pensamos que existe la posibilidad de celebrarse convenciones que generen obligaciones de contenido no pecuniario, ante lo cual, en tratándose del pacto comisorio, éste tendrá plena operatividad cuando esas obligaciones de contenido no pecuniario sean además recíprocas, no dejándose extramuros de las hipótesis legales, las cuestiones de cumplimiento o

³¹ Rafael de Pina manifiesta que existe distinción entre *relación* y *vínculo* cuando dice que "*la obligación es una relación jurídica productora de un vínculo jurídico. El «uris vinculum» es consecuencia de la relación jurídica.*" (*Op. cit.*, p. 25). Creemos que es posible hacer una distinción entre vínculo jurídico y relación jurídica, estableciendo que el primero hace alusión a la sujeción del obligado a la prestación que debe otorgar, y el segundo a la conexión entre las personas que puede darse de manera eventual, tal y como sucede con la declaración unilateral de la voluntad (Ver *supra*, p. 6). La mayor parte de la doctrina no hace esa distinción: ambos términos pueden ser válidamente utilizados como sinónimos.

³² Mans Puigarnau, Jaime M. *Op. cit.*, p. 340.

³³ Gutiérrez y González, Ernesto. *Op. cit.*, p. 114.

³⁴ *Ibidem*, p. 112.

incumplimiento de dichas convenciones, so pretexto de la carencia del contenido económico o pecuniario. Con ello igualmente habrá congruencia con el contenido del Código Civil, el cual reconoce la posibilidad de vulnerarse derechos de índole moral. Al respecto cabe citar el artículo 1916 del Código Civil, el cual establece que el daño moral es también fuente, precisamente, de obligaciones:

“ARTÍCULO 1916.- Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus servidores públicos, conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del presente código.

La acción de reparación no es transmisibile a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida.

El monto de la indemnización lo determinará el Juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el Juez ordenará, a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios

informativos que considere convenientes. En los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el Juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original."

Pensamos que la tesis del maestro Gutiérrez y González, tienen el mérito de proponer una diferenciación en el ámbito jurídico, de conceptos como deber jurídico, obligación y derecho de crédito.

Dadas las críticas expuestas por los maestros Rafael Rojina Villegas y Ernesto Gutiérrez y González, pensamos que la definición usual de obligación debe seguir siendo revisada, a fin de precisarla paulatinamente como ha sucedido justamente con el pacto comisorio. Consideramos que la definición del maestro Gutiérrez y González es acertada dado que en el mismo se engloba precisamente otra institución generadora de obligaciones, como lo es la declaración unilateral de la voluntad, aún y cuando ésta, de donde parten las reflexiones del autor citado, no es reconocido unánimemente como fuente general de obligaciones: el maestro Borja Soriano con apoyo en la exposición de motivos del proyecto del Código Civil vigente, expresa que es una fuente especial.³⁵ La regulación de la declaración unilateral es de cualquier forma general, porque en el Código Civil se determinan los casos por los cuales esa manifestación unilateral produce efectos obligacionales.³⁶ Finalmente debemos señalar sin embargo, que aún y cuando se ha tildado de equivocado el concepto tradicional de obligación, éste no es inexacto totalmente, puesto que bien se observa que aún con las diferencias sustanciales expuestas por los citados maestros, las partes de la misma permanecen en cierto modo constantes.

En razón a que el artículo 1949 del Código Civil para el Distrito Federal (el cual será estudiado en los capítulos siguientes), contiene el término *obligación*, fundado naturalmente en el concepto *tradicional*, es decir, a aquellas relaciones jurídicas habidas entre sujetos que ya se encuentran perfectamente determinados, esto es, acreedor (es) y deudor (es) comunes que deben satisfacerse prestaciones

³⁵ Borja Soriano, Manuel. *Op. cit.*, pp. 339 *et seq.*

³⁶ La regulación casuística no vulnera el principio de generalidad y abstracción de las normas jurídicas. Sencillamente en este tipo de regulación, las hipótesis legales se encuentran especificadas, pero todos los hechos que encuadren en las mismas, serán regulados por éstas.

recíprocas y que tienen entre ellos una conexidad legal, consideramos que no existe afectación alguna por cuanto al contenido de la obligación. Ésta debe reunir en todo caso sus elementos para que tenga plena existencia y validez legal.

2. ELEMENTOS DE LA OBLIGACIÓN.

Establecido el concepto de *obligación*, es momento de determinar cuáles son sus elementos. Al igual que el concepto analizado en el apartado anterior, las conceptualizaciones de los elementos que son por tanto inherentes a la obligación, no han escapado al debate doctrinal. Así *v. gr.*, el maestro Rafael Rojuna Villegas únicamente reconoce dos elementos de la obligación: el subjetivo (los sujetos), y el objetivo (el objeto), ya que la relación jurídica no es para éste autor, según ya vimos, un elemento de la obligación, sino un elemento ideal que resulta del enlace de los elementos simples, sujetos y objeto, y del cual se origina la obligación.³⁷

Sin embargo, de acuerdo al concepto de obligación adoptado, son elementos de la obligación, reconocidos generalmente: a) los sujetos; b) la relación jurídica; y c) el objeto. Así se ha expresado que cualquiera que sea el concepto que se dé, de obligación, "*en su aspecto derecho de crédito o derecho personal, presenta una estructura formada por tres elementos: A.- Los sujetos, que son: a). El obligado-deudor, y b).- El acreedor. B.- Una relación jurídica; que los une. y C. El Objeto, que es la prestación que se debe.*"³⁸

a) Los sujetos.

Son los individuos o entes que son aptos de ser centro de imputación de derechos y obligaciones, es decir, son las personas, sean éstas físicas (también denominadas jurídicas individuales), o morales (también denominadas jurídicas colectivas), que se encuentran en los extremos de la relación jurídica (nexo), en su calidades de acreedor y deudor. La concepción jurídica de persona presupone la existencia en ellas de la personalidad jurídica: "*Jurídicamente persona significa todo ser o ente sujeto de derechos y obligaciones; con ello se alude tanto a los humanos como a las personales morales, precisamente los primeros como seres y*

³⁷ *Vid. Supra*, p. 7.

³⁸ Gutiérrez y González, Ernesto. *Op. cit.*, p. 95.

las segundas como entes. Ambos son sujetos de derechos y obligaciones.”³⁹ Por su parte, la personalidad jurídica “es la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones.”⁴⁰

¿Porqué se habla de sujetos y no de personas como elementos de la obligación? Gramaticalmente sujeto y persona son sinónimos. Pensamos sin embargo que jurídicamente ello es en razón a que con el término sujetos se hace referencia a las personas tanto individuales como colectivas que tienen capacidad de ejercicio (se puede hablar de persona física sin que necesariamente tenga capacidad de ejercicio: ésta es atributo de la personalidad que como veremos más adelante, es uno de los requisitos que determinan la validez de todo acto jurídico). Igualmente se puede hablar de partes, una parte acreedora y una parte deudora. Así entonces, “por principio de cuentas se presenta más razonable la referencia a «partes» en lugar de «personas», pues de ello se infiere una pluralidad de intereses, los cuales no sólo pueden ser, sino de hecho son contrarios casi invariablemente, pero también pueden ser concurrentes supuesta la naturaleza contractual de actos, como el constitutivo de una sociedad. «Personas» en cambio, peca de imprecisión, pues choca contra la posibilidad habida en la realidad de que en la celebración de un contrato sea sólo una persona quien de hecho intervenga por cuenta de todas las partes.”⁴¹ “Parte” puede emplearse para hacer alusión a una o varias personas, pues se adapta fácilmente a la singularidad y a la pluralidad.

En la obligación, los sujetos pueden tener dos tipos de cualidad:

- 1º) El sujeto activo, al cual se le denomina *acreedor*, y que es la persona a favor de la cual debe realizarse la prestación (positiva o negativa).
- 2º) El sujeto pasivo, el cual es denominado *deudor*, y que es la persona que debe realizar la prestación (positiva o negativa).

Puede igualmente existir en la obligación, una pluralidad de sujetos activos (acreedores), una pluralidad de sujetos pasivos (deudores), o una pluralidad de ambos (acreedores y deudores).

³⁹ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. *Derecho Civil*. Parte General, Personas, Cosas. Negocio Jurídico e Invalidez. 3ª ed. Porrúa, México, 1992, p. 131.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 129.

⁴¹ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. *Convenio y Contrato*. ..., pp. 40 y 41.

En su calidad de elemento de la obligación, los sujetos son imprescindibles "por cuanto que toda obligación es deber jurídico de alguien, y todo deber supone correlativamente una facultad que se presentará como derecho de un sujeto."⁴² Ello no obsta para que dichos sujetos puedan en un momento dado encontrarse indeterminados: "Demogue sostiene, y con razón, que nada impide técnicamente que un deudor o un acreedor sea indeterminado, que basta que haya en el momento de ejecutarse la obligación quien exija o efectúe el cumplimiento de ella y, por consiguiente, que el acreedor sea determinable al vencimiento. [...] Así, por ejemplo, cuando alguien suscribe un título al portador se obliga hacia la persona indeterminada que le presente el título para su cobro."⁴³ Apoya esta posibilidad el maestro Gutiérrez y González, manifestando que "La posición aceptable, no es la tradicional, sino la que sostiene que en las obligaciones pueden estar los sujetos indeterminados hasta antes del momento de hacerse exigible la prestación debida, [...]"⁴⁴ Es decir, que el mismo caso de indeterminación del sujeto activo puede verificarse en cuanto a lo que éste último autor señala como *obligación stricto sensu*, en el caso de la *declaración unilateral de la voluntad*, sin que sea óbice para ello el que se considere a dicha institución como fuente especial de obligaciones.⁴⁵

En cuanto a la indeterminación del sujeto pasivo, dice el maestro Rojina Villegas que "En cuanto al sujeto pasivo, parece que siempre debe ser indeterminado, porque toda obligación debe ser a cargo de alguien, y este alguien lógicamente debe ser definido por el derecho. Sin embargo, tenemos casos en donde la determinación del sujeto pasivo implica una cuestión posterior al nacimiento de la deuda, [...]"⁴⁶ Cita dicho autor como ejemplo, el caso de las obligaciones que nacen por hecho ilícito: "Cuando diferentes personas realizan un hecho ilícito, existe desde luego un crédito como facultad en la víctima para exigir la reparación del daño, pero se puede desconocer al sujeto causante del mismo. Será menester entonces de una investigación, pues tanto por cuestiones de hecho, como por problemas jurídicos, quizá no se sepa quién o quiénes fueron los causantes del daño. Viene, por lo tanto, un problema de indeterminación del sujeto

⁴² Rojina Villegas, Rafael. *Op. cit.*, Tomo V, Obligaciones I, p. 25.

⁴³ Borja Soriano, Manuel. *Op. cit.*, p. 82.

⁴⁴ Gutiérrez y González, Ernesto. *Op. cit.*, p. 101.

⁴⁵ *Vid. Supra*, p. 4.

⁴⁶ Rojina Villegas, Rafael. *Op. cit.*, Tomo V, Obligaciones I, p. 28.

*pasivo y el crédito o sea el derecho de la víctima para exigir la reparación del daño, existe ya.*⁴⁷

Los sujetos de la obligación, acreedor y deudor, pueden ser sustituidos, lo que no significa que por tal motivo sean prescindibles, aunque determinados autores sí lo consideraron así. *"Para Saleilles la obligación tiene un carácter objetivo, es decir, que lo que tiene valor en la obligación es la prestación misma que constituye su objeto, siendo en la generalidad de los casos indiferente quien sea el deudor o el acreedor. [...] Gaudemet [...] ha exagerado las ideas de Saleilles cuando dice: «... es el patrimonio quien debe al patrimonio. El derecho personal no es ya un derecho sobre la persona, es un derecho sobre los bienes. Su única diferencia con el derecho real es que no afecta privativamente a una cosa determinada, sino colectivamente a un patrimonio entero ... el deudor y el acreedor no son sino los representantes jurídicos de sus bienes.»*⁴⁸ La relación jurídica en esta tesis, es entre un patrimonio y otro patrimonio, y no entre un sujeto y otro quienes únicamente serán los representantes de aquéllos. Exponiendo este tema y criticando sus deficiencias, el maestro Rojina Villegas expresó que *"Gazin y Jallu llegaron al extremo de decir que la obligación se había despersonalizado; que lo que interesa en la obligación no es el sujeto pasivo, sino el patrimonio responsable. El error es evidente, una cosa muy distinta es que el sujeto pasivo o el activo puedan ser sustituidos y otra que la obligación pueda existir sin sujetos activo o pasivo. Precisamente al admitirse la sustitución, se está demostrando que no puede haber un instante sin que el acreedor o deudor originarios sean inmediatamente reemplazados por el sustituto."*⁴⁹ Y concluye afirmando que: *"la idea de sustitución justamente está demostrando que no es esencial que un sujeto determinado sea el que funja como acreedor o como deudor, pero lo que sí es imprescindible que haya un sujeto activo o pasivo como ocurre con los papeles que desempeñan los actores en la escena: puede el papel desarrollarse por A o por B, pero alguien debe representar ese papel."*⁵⁰

Los sujetos *"son por lo menos dos (un acreedor y un deudor) que deben estar, 1) ya individualizados en el momento en que la obligación nace (A estipula un mutuo con B) o, 2) individualizables conforme a un criterio o a un hecho ya*

⁴⁷ *Loc. cit.*

⁴⁸ Borja Soriano, Manuel. *Op. cit.*, p. 86.

⁴⁹ Rojina Villegas, Rafael. *Op. cit.*, Tomo V, Obligaciones I, p. 26.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 27.

previstos en ese momento (promesa al público en la que el promitente se obliga, desde luego, en tanto que el acreedor aun incierto se individualizará por el hecho de hallarse en cierta situación o realizando cierta acción [...]). Que posteriormente, en cualquier obligación los sujetos puedan cambiar, es cosa diversa, que no tiene nada que ver con lo que decimos."⁵¹

Se observa así, que los sujetos son elementos de la obligación, y por tanto imprescindibles, no obstante que puedan determinarse hasta el momento de exigirse la prestación debida, porque ello no suprime la necesidad de que sean los sujetos quienes deban otorgar la prestación a que se han comprometido por el concurso de sus voluntades, por su consentimiento.

b) La relación jurídica.

Como observamos de las definiciones de obligación proporcionadas por autores tanto extranjeros como nacionales, el elemento que une a los sujetos es denominado de diversas maneras, resaltando el de *vínculo jurídico*, de origen romanístico y el de relación jurídica de creación más moderna. No obstante ello, el término de vínculo jurídico ha seguido siendo utilizado por algunos autores. El maestro Roberto de Ruggiero expresa que *"la esencia toda de la obligación se centra en el concepto del vínculo. Es éste un vínculo abstracto que liga a la persona del deudor a la del acreedor y es un vínculo de derecho caracterizado por la necesidad que no consiente a quien se halla sujeto a ella el eludirla arbitrariamente; es un ligamen que limita la libertad individual del deudor y confiere al acreedor una facultad ejercitable contra el obligado, en virtud de la cual éste resulta constreñido a determinada actividad (positiva o negativa) y aquél puede obtener satisfacción en el patrimonio del obligado, en caso del incumplimiento.*"⁵²

Xavier O'Callaghan Muñoz, igualmente utiliza el término vínculo y no el de relación, manifestando que: *"El vínculo jurídico entre acreedor y deudor es el nexo*

⁵¹ Branca, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Civil* Traducción de la sexta edición italiana por Pablo Macedo. Porrúa, México, 1978, pp. 252 y 253.

⁵² De Ruggiero, Roberto. *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo II, Volumen 1º, Derecho de Obligaciones, Derecho de Familia, Derecho Hereditario. Traducción de la 4ª. Edición Italiana por Ramón Serrano Suñer y José Santa Cruz Tejero, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1977, p. 9.

*que les liga.*⁵³ A continuación establece que "El vínculo es un concepto unitario. Lo cual no obsta para que dentro del mismo pueda distinguirse el débito, que es el deber del deudor de cumplir la prestación y el correlativo derecho del acreedor de exigir su cumplimiento, y la *responsabilidad*, que es la sujeción del patrimonio del deudor al cumplimiento de la prestación y el derecho de [sic] acreedora dirigirse contra el mismo, si incumple."⁵⁴ "La obligación, expresaría así, distinta, pero inseparablemente, el «deber subjetivo del obligado» (el «débito») y la «sujeción objetiva de sus bienes» («responsabilidad») a la satisfacción del acreedor."⁵⁵

Entre los autores nacionales tenemos varias definiciones del elemento en exposición, es decir, el de la relación jurídica. Como ya observamos, para el maestro Rojina Villegas, la relación jurídica no es elemento de la obligación, sino da origen a ésta.⁵⁶

Para el maestro Joaquín Martínez Alfaro, ésta es "la situación de unión en que se encuentran los sujetos acreedor y deudor y, por la cual el deudor se haya en la necesidad de ejecutar una prestación a favor del acreedor, quien a su vez, está facultado para recibir y exigir esa prestación; por lo que se dice que es una relación de subordinación."⁵⁷

El maestro Rafael de Pina, dice respecto de este elemento que "La existencia de una obligación supone siempre la de una relación. Obligación y relación van inseparablemente unidas. Sin relación no hay obligación."⁵⁸

El maestro Manuel Borja Soriano señala que este segundo elemento es "Una relación jurídica, es decir, protegida por el derecho objetivo, que da al acreedor una acción que ejercitar ante el juez para obtener la prestación objeto de la obligación o su equivalente."⁵⁹ De acuerdo a ello, la responsabilidad forma parte

⁵³ O'Callaghan Muñoz, Xavier. *Compendio de Derecho Civil*. Tomo II. Derecho de las Obligaciones, Volumen 1º, Teoría General de la Obligación, del Contrato y del Acto lícito. Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1987, p. 18.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 18 y 19.

⁵⁵ Barbero, Domenico. *Op. cit.*, p. 6.

⁵⁶ *Id. Supra*, p. 7.

⁵⁷ Martínez Alfaro Joaquín. *Teoría General de las Obligaciones*. 4ª Edición, Porrúa, México, 1997, p. 3. (*Vid. supra* p. 7, la definición del obligación del maestro Rafael Rojina Villegas.)

⁵⁸ De Pina, Rafael. *Op. cit.*, p. 40.

⁵⁹ Borja Soriano, Manuel. *Op. cit.*, p. 83.

del concepto de obligación. De acuerdo a este autor, en la tesis alemana "La deuda tiene por contenido un deber jurídico, en este sentido que si una de las partes efectúa la prestación que debe efectuar, ejecuta un acto válido, la deuda no contiene el poder de coacción, ésta no es sino un sucedáneo. En caso de inejecución aparece la otra noción, la de coacción, posibilidad cuando el deber no ha sido cumplido, de apoderarse, no de la persona sino de lo que responde de la deuda, es decir, la mayor parte de las veces del patrimonio, de los objetos que han sido de antemano considerados como respondiendo de la obligación."⁶⁰

El maestro Ernesto Gutiérrez y González explica que "La tesis alemana de lo que es la relación jurídica, reduce a ésta a la a la facultad que tiene el acreedor de «poder exigir» a su deudor que cumpla, y la situación del deudor de «deber cumplir» con la pretensión de su acreedor. En otras palabras, la relación jurídica se reduce a un «poder exigir» y a un deber «cumplir», situación ésta que se engloba en el vocablo «Schuld».⁶¹ El incumplimiento de la prestación debida por parte del deudor, el cual es un hecho ilícito, originará el derecho del acreedor para acudir a excitar al órgano jurisdiccional para el cumplimiento coactivo de la misma: "Este segundo momento que se origina con el hecho ilícito, no es ya la relación jurídica, sino una consecuencia de haberla incumplido; y a esta secuencia en la tesis a estudio se le designa con el nombre de Haftung."⁶² Y concluye expresando que : "«Haftung» viene a ser la coacción del poder público para que se haga efectiva la obligación cuando el deudor no la cumple voluntariamente, pero esto no es ya integrante de la relación jurídica ni por lo mismo, parte de la obligación. La idea de acción judicial queda fuera de la obligación; la acción judicial que pueda ejercitarse es posterior al nacimiento de la obligación, posterior al nacimiento de la relación de derecho, no es elemento de ella."⁶³ Igualmente, Domenico Barbero, con gran acierto ha expresado que "La «responsabilidad» propiamente no coexiste con el «débito», sino que sucede al «incumplimiento» y es solamente eventual [...]."⁶⁴

Cuestión contraria se verifica v. gr., en el Derecho Francés, en donde "se ha dicho que la relación jurídica es la situación que protege el derecho objetivo, y que

⁶⁰ *Ibidem*, p. 83.

⁶¹ Cfr. Gutiérrez y González, Ernesto. *Op. cit.*, p. 103.

⁶² *Ibidem*, p. 104.

⁶³ *Loc. cit.*

⁶⁴ Barbero, Domenico. *Op. cit.*, p. 6.

da al acreedor la facultad de ejercitar una acción procesal para obtener la prestación debida o su equivalente.⁶⁵ Así, el concepto es equivocado: "pues la relación jurídica en ninguna forma es el derecho de acción, ni éste es elemento del concepto de obligación."⁶⁶ "El derecho de acción surge como consecuencia del incumplimiento de la obligación, y mientras un deudor cumpla voluntariamente con su deber, no puede surgir el derecho de acción para cobrarle."⁶⁷

Efectivamente, como lo sostienen estos autores, la responsabilidad no es parte integrante de la relación jurídica, sino una consecuencia del incumplimiento culpable, que actualiza la facultad del acreedor para exigir el cumplimiento.⁶⁸ La facultad para exigir el cumplimiento de la obligación (o de un deber jurídico), surge al verificarse el incumplimiento y no antes, porque si esa obligación (o deber) se cumple de manera voluntaria (espontánea), el beneficiario no tendrá facultad alguna al respecto, no nacerá su derecho subjetivo de exigibilidad y por lo tanto no habrá acreedor pues ya no existe deuda; la exigibilidad será entonces un elemento latente, de esas situaciones jurídicas, y sólo nacerá, se hará actual, si eventualmente se verifica el incumplimiento (entendiendo ese incumplimiento con culpabilidad, es decir, de manera intencional [dolo] o negligente [culpa *stricto sensu*], cómo se analizará con posterioridad, o si siendo por fuerza mayor o caso fortuito en donde no hay culpabilidad, se ha aceptado de todos modos dicha responsabilidad.

Por su parte, el maestro Rafael de Pina advierte que, en nuestro sistema jurídico civil, la distinción entre *débito* y *responsabilidad*, no tiene relevancia alguna.⁶⁹

En atención a las anteriores ideas, se observa que la relación jurídica es una situación de correspondencia en que se encuentran los sujetos acreedor y deudor y, por la cual el deudor se haya en la necesidad de ejecutar una prestación a favor del acreedor, quien a su vez, está facultado para recibir la prestación debida.

c) El objeto.

⁶⁵ Gutiérrez y González, Ernesto. *Op. cit.*, p. 104.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 105

⁶⁷ *Loc. cit.*

⁶⁸ *Vid. Supra*, p. 6, los comentarios relativos a la bilateralidad.

⁶⁹ De Pina, Rafael. *Op. cit.*, p. 30.

El objeto constituye "Una prestación o una abstención de carácter patrimonial." La prestación que el deudor debe otorgar a favor del acreedor. Éste puede consistir en un *dar*, en un *hacer*, o un *no hacer*: las dos primeras son prestaciones, y la última una abstención.

Domenico Barbero expresa que "El «objeto» es el «bien» deducido en la relación y que debe ser *vel datum, vel factum, vel praestatum* (dar, hacer, prestar). Puede ser, en general todo bien patrimonial material («cosas») o inmaterial (obras del ingenio, utilidades, etc.)."⁷⁰

Visto el anterior concepto, los doctrinarios se han dado a la tarea de determinar en qué consiste el dar, el hacer y el no hacer. Entre los extranjeros, G. Marty, establece que "La obligación de dar es la que tiene por objeto la transmisión de la propiedad; [...] La obligación de hacer es la que tiene por objeto un hecho; [...] La obligación de no hacer es, [...] la promesa de abstenerse de realizar determinados actos."⁷¹

Santos Nicolás Díaz Morales, expresa que "Es sabido que dar, en derecho, significa entregar una cosa (corporal o incorporeal), incluyendo en ese acto el traspaso del derecho que en esa cosa se tenga [...], acto jurídico denominado tradición [...]. Por lo tanto, entregar una cosa en arrendamiento no será una prestación de dar, sino de hacer, como también es de hacer construir un edificio, [...] prestar un servicio, etc."⁷²

Manuel Borja Soriano, manifiesta que "Se llama objeto de la obligación lo que puede exigir el acreedor al deudor."⁷³ De acuerdo a éste autor, "Entre las obligaciones que tienen por objeto una prestación positiva, se hace una subdistinción [...], se colocan aparte las que tiene por objeto prestaciones de cosas [...], o sea, una traslación de propiedad o un derecho de uso de las cosas, etc. [...], y se les llama obligación de dar, tomando ésta palabra en un sentido semejante al de las latinas *dare* y *praestare*. Las obligaciones positivas que no son de dar, son

⁷⁰ Barbero Domenico. *Op. cit.*, p. 12 y 13.

⁷¹ Marty, G. *Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones*, Volúmen I, Cajica, Puebla, 1986, pp. 13 y 14.

⁷² Díaz Morales, Santos Nicolás. *Curso Didáctico de Obligaciones Patrimoniales*. 2ª. Edición Actualizada, Editorial Temis Librería, Bogotá, 1985, p. 11.

⁷³ Borja Soriano, Manuel. *Op. cit.*, p. 84.

las que tienen por objeto prestaciones de hecho [...], y se llaman obligaciones de hacer. Las obligaciones negativas indistintamente toman el nombre de obligaciones de no hacer [...]. Hay pues, tres objetos posibles para las obligaciones: dar, hacer y no hacer [...]."⁷⁴

El Código Civil, en el Libro Cuarto, De las obligaciones, Primera Parte, De las obligaciones en general, Título Segundo, Modalidades de las obligaciones, Capítulo V, De las obligaciones de dar, regula a las obligaciones de la primera especie, de los artículos 2011 al 2026, estableciéndose su contenido en el primero de los artículos señalados:

"ARTÍCULO 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."*

Así, entregar una cosa en arrendamiento será una obligación de dar y no de hacer, de acuerdo a la fracción II, del artículo antes transcrito.

Las obligaciones de hacer y no hacer se encuentran en el capítulo siguiente, es decir en el VI, intitulado *De las obligaciones de hacer o de no hacer*. Establecen los artículos que conforman a este capítulo lo siguiente:

"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 sustitución sea posible.

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

ARTÍCULO 2028.- El que estuviere obligado a no hacer alguna cosa, quedará sujeto al pago de daños y perjuicios en

⁷⁴ *Loc. cit.*

caso de contravención. Si hubiere obra material, podrá exigir el acreedor que sea destruida a costa del obligado.”

El maestro Gutiérrez y González, manifiesta “*El Código civil al tratar ésta materia no lo hace con mucha propiedad, pues considera en primero lugar, como objeto a la «Cosa que el obligado debe dar», «el hecho que el obligado debe hacer o no hacer», pero no considera expresamente, la conducta de dar. Habla de la «cosa que debe dar», pero no registra a la conducta de dar como objeto en sí.”*” Como dicho autor lo señala, no aparece tal regulación de manera expresa, aunque pensamos que la misma se infiere de lo señalado por el código, de ahí que se puede afirmar que se encuentra tácitamente en el mismo.

El objeto directo de la obligación, constituye, en relación con el contrato, el objeto indirecto de éste. Es objeto directo del contrato, que se desprende de la definición legal que de éste proporciona nuestro Código Civil en su artículo 1793 es la creación o transmisión de derechos y obligaciones. El objeto indirecto del contrato, será el objeto directo de la obligación en las tres especies referidas: *dar, hacer y no hacer*, lo cual se reconoce en el artículo 1824. Retomaremos este tema al tratar los elementos del contrato.

El objeto puede tener o no un *carácter pecuniario*. Sin embargo anteriormente se afirmaba que el carácter pecuniario era inherente al objeto de la obligación. En el Digesto (Ley Núm. 9, Parágrafo 2º, Título 7º, *de statu liberis*, Libro 40), se lee un pasaje de Ulpiano que establece: “*Ea in obligatione consistunt, quae pecunia hui praestarique possunt*” [«En la obligación se comprenden las cosas que con dinero se pueden pagar y entregar»⁷⁶]. Roberto de Ruggiero,⁷⁷ manifiesta que la mayoría de los autores se basan en esta fuente para considerar que, efectivamente, la prestación tiene un carácter patrimonial.

La doctrina no tiene un criterio uniforme al respecto, y por ello no es apodéctica la afirmación del contenido patrimonial de la prestación. El maestro Santos Nicolas Díaz Morales, no hace distinción terminológica entre obligaciones y

⁷⁵ Gutiérrez y González, Ernesto. *Op. cit.*, p. 106.

⁷⁶ Mans Puigarnau, Jaime M. *Op. cit.*, p. 339.

⁷⁷ De Ruggiero, Roberto. *Op. cit.*, p. 17. La frase de Ulpiano, aparece en este libro de la siguiente manera: “*ea enim in obligatione consistere, quae pecunia hui praestarique possunt (fr. 9. § 2. D. 40. 7).*” [sic].

deberes jurídicos, sin embargo en relación al carácter patrimonial del objeto de la obligación certeramente señala que *"El carácter económico de la prestación, [...] determina la naturaleza específica, porque la distingue de obligaciones no estimables en dinero (directamente), como la obligación de ayudar al pariente, de cohabitar los cónyuges, etc., que también son entre personas determinadas y las deudas no económicas, sobre el estado de las personas (obligación de corregir, de respetar, etc., en uso de la potestad parental)."*⁷⁸

Continúa el maestro en cita en su exposición diciendo: *"El aspecto económico sirve igualmente para contraponer dichas obligaciones (las patrimoniales definidas) a los deberes jurídicos u obligaciones de sujeto pasivo absoluto, obligaciones o deberes que radican en cabeza de todas las personas de la sociedad, como es el respeto de los derechos reales (económicos) y a los derechos extrapatrimoniales (derechos a la vida, a la honra, a la ciudadanía), y, en fin, todas las garantías y derechos civiles [...]. Se distinguen también de los deberes públicos, tales como rendir declaración testimonial ante autoridad competente, prestar servicio militar, etc., y, por último, de la obligación (deber) de permitir el correcto ejercicio de las facultades por su titular."*⁷⁹

Entre nosotros, el maestro Borja Soriano explica que existen diversos puntos de vista en torno al tema. Explica una primera postura (la cual sustentan doctrinarios como Aubry et Rau, Laurent y Baudry Lacantinerie et Barde), en los siguientes términos: *"La prestación que forma el objeto de la obligación debe ser susceptible en sí misma de apreciación pecuniaria y además debe presentar para el acreedor alguna ventaja apreciable en dinero, el acreedor debe tener un interés de esta naturaleza en el cumplimiento de la prestación y no sólo un interés de afección."*⁸⁰

Continúa dicho autor exponiendo la segunda postura (la cual toman autores como Jhering, Windscheid, Demogue, Colmo), señalando que ésta establece que: *"No toda obligación debe tener un valor patrimonial. La promesa debe tener un interés para aquél a quien se hace aunque este interés no debe ser de naturaleza patrimonial."*⁸¹

⁷⁸ Díaz Morales, Santos Nicolás. *Op. cit.*, p. 11.

⁷⁹ *Loc. cit.*

⁸⁰ Borja Soriano, Manuel. *Op. cit.*, p. 85.

⁸¹ *Ibidem*, p. 85.

Y por último, en lo referente a la tercera postura (Giorgi, Polacco, Dernburg, Castán Tobeñas, Puig Peña), señala que en ésta se establece que: "*Las obligaciones siempre han estado comprendidas en el derecho patrimonial; así, pues, la prestación que constituye su objeto debe tener valor económico, debe ser valuable en dinero. Esto no significa que la prestación deba consistir siempre para el acreedor en un aumento efectivo de sus bienes económicos, sino que basta con que el objeto pertenezca a la esfera patrimonial, que sea susceptible de obtenerse con dinero, no siendo necesario que el interés del acreedor sea de carácter patrimonial, pudiendo serlo de naturaleza moral o de afección. Hay, pues, que distinguir el interés que el acreedor tiene en obtener la prestación, de la prestación misma que debe ser de tal naturaleza que en caso de su incumplimiento se pueda condenar al deudor al pago de su equivalente económico. Resumiendo: en el sentido de la tesis expuesta en el párrafo III precedente es como debe entenderse nuestro Código de 1928.*"⁸²

La tercera postura precedente es a nuestro juicio la adecuada, habida cuenta de que dicha conceptualización abarca mayores supuestos, y con ello no se dejan extramuros convenciones en donde puedan verificarse prestaciones de contenido no pecuniario; tratándose del pacto comisorio, se abarcarán mayores supuestos al tener otra significación el concepto de obligación recíproca. Así, v. gr., una obligación recíproca del pago de un precio en dinero, lo podrá ser la prestación de un servicio (como la interpretación de música por parte de un pianista), cuyo contenido será afectivo: el incumplimiento de la prestación podrá generar el derecho de rescisión contractual, y además por ser valuable económicamente será la base para el correspondiente cálculo y condena del pago de los daños y perjuicios que se verificaren.

Existen sin embargo otras instituciones como la *familia*, en la cual pueden generarse obligaciones recíprocas, como los alimentos entre cónyuges. El incumplimiento de dichas obligaciones (que en este caso pueden tener contenido económico), no genera el derecho de rescisión propiamente, ya que existe una figura resolutoria especial para el incumplimiento de obligaciones que surgen de la celebración de un acto jurídico como el matrimonio, y que es el divorcio. Es por ello que las *obligaciones recíprocas* a que hace referencia el artículo 1949 del Código Civil para el Distrito Federal que tienen su origen en la voluntad de las

⁸² *Ibidem*, p. 85 y 86.

partes, primordialmente, no engloban v.gr. a *deberes recíprocos* y *obligaciones* de carácter familiar que se sustraen a las obligaciones e hipótesis contempladas por el artículo de mérito. Reiteramos entonces que el incumplimiento de las obligaciones recíprocas en la connotación apuntada anteriormente, dará lugar a la rescisión; el incumplimiento de *deberes jurídicos conyugales*, que son por esencia recíprocos, podrá acarrear el divorcio (figura resolutive de naturaleza especial), que erróneamente es considerado como la rescisión del matrimonio, y al cual se le ha pretendido aplicar la teoría general de la rescisión de los contratos, cuando incluso la jerarquía de los *deberes familiares* son de mayor grado que las obligaciones contractuales. De ahí que el matrimonio sea considerado una institución de orden público, y no así el contrato.⁸³

La Tercera Sala de la Suprema Corte emitió tesis en donde se estableció el carácter contractual del matrimonio y la aplicación de la teoría general de los contratos a éste, como la que a continuación se transcribe:

Sexta Epoca
Instancia: Tercera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: II, Cuarta Parte
Página: 106

DIVORCIO. ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL.
De acuerdo con la teoría general de la rescisión de los contratos, quien falta a la obligación debe probar que su

⁸³ Dice la siguiente tesis jurisprudencial: "MATRIMONIO Y DE LA FAMILIA. NATURALEZA DEL. El matrimonio es un instituto de orden público, porque el interés que en él se tutela no es el particular o individual de quienes lo forman, sino un interés superior: el de la familia; siendo ésta la célula de la sociedad, el matrimonio es también de orden y trascendencia social y ya no meramente privado. Por ello, la sociedad está interesada en que se mantenga perdurable el instituto matrimonial y, sólo por excepción, la ley permite su disolución inter vivos, siendo menester, en estos casos, que quien demande acredite plenamente sus afirmaciones sobre los hechos que integran la causal de divorcio y que ésta se ejercite oportunamente, esto es, antes de su caducidad." (Octava Epoca, Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO TERCER CIRCUITO, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XII, Noviembre de 1993, Página: 377. Amparo directo 315/92. Filemón Merino Cerqueda. 30 de abril de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Rubén Pedrero Rodríguez. Secretario: Carlos Gregorio Ortiz García.

incumplimiento obedece a caso fortuito o a fuerza mayor; por tanto, en el caso de divorcio es el consorte que ha abandonado el domicilio conyugal quien debe probar que tuvo motivo justificado para hacerlo.

Amparo directo 2666/53. Ernesto Terroba. 1o. de agosto de 1957. 5 votos. Ponente: Vicente Santos Guajardo.

La anterior tesis fue emitida estando aún vigente el texto del anterior artículo 130 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual hasta antes de la reforma del 28 de enero de 1992, establecía que el matrimonio era un contrato civil. Esto respondió a una tradición histórica, pues el matrimonio ha sido considerado desde la *Ley del Matrimonio Civil* de 23 de julio de 1859,⁸⁴ como un contrato; el Código Civil para el Distrito Federal continúa dándole ese trato,⁸⁵ aún y cuando la reforma del artículo 130 constitucional mencionada, modificó el párrafo tercero que consideraba expresamente al matrimonio como un contrato.

Si bien el artículo 1859 del Código Civil para el Distrito Federal, consolidando la hermenéutica del cuerpo normativo, establece la posibilidad de aplicar los preceptos generales sobre contratos a otros actos jurídicos, el mismo artículo reconoce como límite de la aplicación a la naturaleza jurídica de los actos a los que se pretendan aplicar a fin de no alterar evidentemente la teleología de los mismos; dicho artículo establece:

“ARTÍCULO 1859.- Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos.”⁸⁶

⁸⁴ Vid. Burgoa Orihuela, Ignacio. *Derecho Constitucional Mexicano*. 9ª edición, Porrúa, México, 1994, p. 1003.

⁸⁵ Nos atrevemos a emitir esta consideración con base a la terminología que emplea el Código Civil en relación con el matrimonio, v. gr., en la denominación del Capítulo II (*De los requisitos para CONTRAER matrimonio*) del Título Quinto (*Del matrimonio*). Domenico Barbero, citado por Jorge Alfredo Domínguez Martínez (*Convenio y Contrato ...*, p. 47), expresa que “[...] *contraer no es más que el predicado verbal del sustantivo contrato.*”

⁸⁶ El matrimonio, el testamento, el reconocimiento de un hijo, la remisión de deuda, son actos jurídicos.

Ahora bien, no obstante que actualmente el matrimonio no es categorizado legalmente como contrato, y aún como producto de esa tradición que lo clasifica como tal, el Primer Tribunal Colegiado en materias Civil y de Trabajo del Segundo Circuito de la Novena Época, consideró al matrimonio como un contrato, amén de expresar que el incumplimiento de algunas de las obligaciones que surgen de él puede generar su rescisión, como se observa en la siguiente tesis que a continuación se transcribe:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: III, Marzo de 1996

Tesis: H.1o.C.T.36 C

Página: 1045

VÍNCULO MATRIMONIAL, OBLIGACIONES QUE SÓLO TIENEN ACCIÓN PARA EXIGIR LA RESCISIÓN Y NO SU CUMPLIMIENTO. El matrimonio considerado como un contrato produce derechos y obligaciones, pero el incumplimiento de alguno de ellos, como son el no vivir dentro del domicilio conyugal o el no cumplir con el débito conyugal, sólo tiene acción para pedir la rescisión y no para exigir su cumplimiento forzoso, dado que aun cuando un cónyuge incumpla con tales obligaciones, el respeto a su libertad es irrestricto y de igual manera a su dignidad. Por ello, las sentencias que soslayan lo anterior y decreten la procedencia de acciones que tiendan al cumplimiento de esas obligaciones, carecen de coercibilidad que caracteriza a toda sentencia condenatoria.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS CIVIL Y DE TRABAJO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 1272/95. Eira Adriana Robert García. 8 de febrero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Pérez González. Secretaria: Vianey Gutiérrez Velázquez.

Ahora bien, el artículo 266 del Código Civil para el Distrito Federal, en su primer párrafo establece:

"ARTÍCULO 266.- El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

[...]."

El código establece una figura jurídica para desvincular a un cónyuge de otro, el divorcio, y no la rescisión. Ambas son figuras resolutorias, pero de acuerdo a los textos legales analizados, se aplican a diferentes casos: la propia ley aporta dicha precisión.

3. FUENTES DE LAS OBLIGACIONES.

Explica el maestro Díaz Morales que los juristas romanos de la época primigenia observaron un origen positivo de las obligaciones *"En el acuerdo de voluntades y en los hechos dolosos [...]"*⁸⁷ Este criterio que, en la época clásica reconoció el nacimiento de obligaciones en hechos que no encuadraban en las categorías anteriores, y que por tanto se incluyeron en forma negativa, no pudiéndose precisar en una fórmula única y definida: *"[...] se atribuye a Gayo [...] el anuncio de tales situaciones [...]"*,⁸⁸ pues este eminente jurista manifestó que: *"Obligaciones aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris"* [«Las obligaciones nacen, bien de un contrato, bien de un delito, bien de cierto derecho propio, según las varias especies de causas»⁸⁹], locución que se encuentra en el Digesto (Proemio de la Ley 1, Título 7^o, de obligationibus et actionibus, Libro 44).

Dice al respecto el maestro Eugene Gaudemet: *"Pero como se advirtiera que las obligaciones nacidas de estas fuentes se asemejaban en cuanto a sus efectos, ora a las obligaciones «ex contractu», ora a las obligaciones «ex delicto», se hizo*

⁸⁷ Díaz Morales, Santos Nicolás. *Op. cit.*, p. 54.

⁸⁸ *Loc. cit.*

⁸⁹ Mans Puigarnau, Jaime M. *Op. cit.*, p. 339.

costumbre decir que en el primer caso, la obligación nacía «quasi ex contractu» y en el segundo, «quasi ex delicto».⁹⁰

Continúa este autor diciendo: “Sin llegar con mayor rigor a una definición menos empírica, acabaron por admitirse dos nuevas categorías de fuentes de las obligaciones: los cuasi-contratos y los cuasi-delitos, lo que condujo así a la clasificación de las fuentes en: contratos, cuasi-contratos, delitos y cuasi-delitos, en la que el delito se distinguía del cuasi-delito en ser intencional aquél y no serlo éste.”⁹¹

Por su parte, el maestro Díaz Morales expresa que “La historia atribuye a los intérpretes romanistas posteriores a Justiniano el haber establecido de manera positiva, al lado del contrato y del delito, el cuasicontrato y el cuasidelito. Se instauró, de tal suerte, la teoría clásica de las fuentes de las obligaciones [...]”⁹²

Pothier, posteriormente “recoge esta clasificación y agrega a ella un quinta fuente: la ley.”⁹³

Julien Bonnecase expone cinco teorías explicativas de las fuentes de las obligaciones. La primera es la bipartita sustentada por Marcel Planiol, en la cual las fuentes son: el contrato y la ley: “sólo hay dos fuentes de las obligaciones: el acuerdo de voluntades entre acreedor y deudor y la voluntad omnipotente de la ley que impone determinada obligación a una persona, a pesar de ella, y en interés de otra. Esta clasificación se reduce a la conocidísima distinción entre las obligaciones contractuales y las no contractuales. [...] En el contrato, es la voluntad de las partes la que forma la obligación: es ella la que determina su objeto, extensión y modalidades: la ley interviene únicamente para sancionar este

⁹⁰ Gaudemet, Eugene. *Teoría General de las Obligaciones*. Traducción y Notas de Derecho Mexicano por Pablo Macedo. Porrúa, México, 1974, p. 35. Dice la maestra Sara Bialostosky, (*Panorama del Derecho Romano*. 3ª ed., UNAM – Facultad de Derecho, México, 1990, p. 183), que “Bajo el término cuasi-contratos se engloban una serie de relaciones que ya en el derecho clásico eran generadoras de obligaciones, que sin tener como base una convencio entre las partes (y por tanto no clasificables entre los contratos), surgen de un acto unilateral” La gestión de negocios y el enriquecimiento ilegítimo son ejemplos de cuasicontratos. Los cuasidelitos son una “ampliación que el pretor hace del elenco de los delitos.” (*Ibidem*, p. 261).

⁹¹ Gaudemet, Eugene. *Op. cit.*, p. 35

⁹² Díaz Morales, Santos Nicolás. *Op. cit.*, p. 55.

⁹³ Gaudemet, Eugene. *Op. cit.*, p. 36.

acuerdo; al conceder a las partes la acción contractual se limita a aprobar su convenio.⁹⁴ Lo manifestado por Planiol, emulaba de alguna manera una cita romana, en la cual se dijo que la ley sancionaba el contenido convencional: Paulo en el Digesto (Ley 6, Título 14, de *pactis*, Libro 2), establece que "*Legítima conventio est, quae lege aliqua confirmatur*" [«Es convención legal la que se confirma por alguna ley»⁹⁵]. Algunos de nuestros tratadistas argumentan cuestiones semejantes al analizar el acto jurídico. Rojina Villegas expresa que: "*El acto jurídico es uno de los conceptos fundamentales del derecho, pues realiza los principales supuestos jurídicos. Se le define como una manifestación de voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho, las cuales son reconocidas por el ordenamiento jurídico.*"⁹⁶ Por su parte, el maestro Borja Soriano, con base en Henry Capitant, expresa: "*Contrayéndonos a la materia de las obligaciones, podemos definir el acto jurídico diciendo que «es una manifestación exterior de la voluntad que se hace con el fin de crear, transmitir, modificar o extinguir una obligación o un derecho y que produce el efecto deseado por su autor, porque el derecho sanciona esa voluntad».*"⁹⁷

Bonniecse expone en segundo lugar la teoría tripartita de Baudry-Lacantinerie, en donde dicho autor sustenta que las fuentes de las obligaciones son: el contrato, la voluntad unilateral y la ley. Dice dicho autor que "*Si la fuente de una obligación se ve en la fuerza jurídica que la crea y delimita, nos vemos necesariamente conducidos a distinguir únicamente dos fuentes de las obligaciones, el contrato y la ley.*"⁹⁸ Sin embargo, estima que únicamente por la declaración de la voluntad unilateral del deudor pueden se explicar de manera satisfactoria "*cierto número de obligaciones indiscutiblemente válidas como las que nacen de [...] las promesas de gratificar a quien encuentra tal objeto perdido, las obligaciones suscritas en la forma de títulos al portador, etc. Por otra parte, se justifica teóricamente por la idea de que en definitiva, es la voluntad del obligado la que aún en las obligaciones contractuales crea su obligación pues la otra parte se limita a aceptarla y a aprovecharse de ella. ¿Por qué, esa misma voluntad,*

⁹⁴ Planiol Marcel, cit. por Bonniecse, Julien. *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Traducción por el Lic. José M. Cajica Jr. Cárdenas, México, 1985, p. 393.

⁹⁵ Mans Puigarnau, Jaime M. *Op. cit.*, p. 96.

⁹⁶ Rojina Villegas, Rafael. *Op. cit.*, Tomo I, Introducción y Personas, 3ª ed., Porrúa, México, 1992, p. 325.

⁹⁷ Borja Soriano, Manuel. *Op. cit.*, p. 98.

⁹⁸ Bonniecse, Julien. *Op. cit.*, p. 394.

manifestada claramente, no podría obligarse válidamente, antes de que el futuro beneficiario de la obligación, haya aceptado la oferta, ya que el único efecto de la aceptación es hacer irrevocable la oferta?"⁹⁹ Es decir, aquí se verificaría la indeterminación del sujeto activo: la obligación existiría quedando únicamente pendiente la determinación del acreedor, lo que deberá llevarse a cabo al momento de exigirse la prestación. Para Baudry-Lacantinerie, el papel determinante de ésta voluntad en la declaración unilateral del deudor es distinta a la que se verifica en las otras fuentes no contractuales, como en el hecho ilícito o en la gestión de negocios, puesto que la misma aunque *"desempeña en esta materia determinado papel, en realidad no se derivan de ellas sus obligaciones."*¹⁰⁰

La tercera teoría es la tetrapartita que sostiene Demogue, y en la cual dicho autor hace un examen positivo de las fuentes de las obligaciones, es decir, atendiendo a las que regulaba el Código Civil francés: el contrato, la voluntad unilateral, el delito y el cuasidelito, el cuasicontrato y los simples hechos que generan obligaciones.¹⁰¹

Como cuarta teoría expone la pentapartita sostenida por Colin y Capitant, autores que basándose e inspirándose en los códigos y proyectos más actuales de su época, clasifican a *"las fuentes de las obligaciones en la forma siguiente: 1° el contrato; 2° la obligación unilateral; 3° los actos ilícitos; 4° el enriquecimiento injusto; 5° la gestión de negocios."*¹⁰²

La quinta teoría es la del propio Bonnetcase, quien manifiesta que todas las obligaciones encuentran su fuente en la ley: *"La ley, puesta en movimiento por el acto y el hecho jurídicos, es la única fuente de las obligaciones."*¹⁰³ Explica que *"el acto y el hecho jurídicos tienen sólo una función: poner en movimiento una regla de derecho o una institución jurídica. Precisamos también que esta noción era idéntica, con la salvedad de que mientras el autor del acto jurídico tiende directamente y en forma reflexiva a la aplicación de una regla de derecho, el autor del hecho jurídico la sufre. Pero la función así considerada del acto y del hecho jurídicos es su función inmediata e invariable. Además de esta función,*

⁹⁹ *Ibidem*, p. 395.

¹⁰⁰ *Loc. cit.*

¹⁰¹ *Cfr. Ibidem*, pp. 396 y 397.

¹⁰² *Ibidem*, p. 398.

¹⁰³ *Loc. cit.*

rigurosamente necesaria y abstracta, tienen funciones mediatas y contingentes que se traducen por el nacimiento de diversas situaciones jurídicas."¹⁰⁴ Por ello atribuye expresamente y de manera directa "a la ley, expresión normal de las reglas e instituciones jurídicas, los efectos de los actos y hechos jurídicos [...] Estamos obligados a declarar que las obligaciones, ya se deriven de actos o de hechos jurídicos, encuentran su origen en la ley, erigida por tanto en fuente suprema de las obligaciones. [...] siempre se encontrará la ley, en el sentido amplio del término, como origen de los efectos del acto y del hecho jurídico. Por tanto el mecanismo jurídico constituido por estas dos nociones técnicas, tiene por objeto inmediato la aplicación de la ley, sin que pueda tener otro. Las situaciones jurídicas que de ella se derivan son sus consecuencias mediatas, ya se trate de obligaciones o de derechos reales."¹⁰⁵

Palmariamente con apoyo en Bonnecasse, el maestro Gutiérrez y González afirma que "toda obligación tiene su fuente en el hecho jurídico en su doble división de: acto y hecho jurídicos *stricto sensu*."¹⁰⁶ La fuente de la obligación es así, el hecho jurídico *stricto sensu* y el acto jurídico; la ley es la fuente de éstos. La ley no engendra obligaciones *per se*: Requiere forzosamente de la verificación de un hecho jurídico en cualquiera de sus especies para que se generen. Así visto, la obligación tiene su fuente inmediata en el hecho o acto jurídicos; su fuente mediata lo será la ley. De acuerdo a éste autor, el hecho y el acto jurídicos son la fuente primordial de las obligaciones, y son fuentes especiales: 1° el contrato, 2° la declaración unilateral de la voluntad, 3° el enriquecimiento ilegítimo, 4° la gestión de negocios, 5° los hechos ilícitos, y 6° la responsabilidad objetiva.¹⁰⁷ agregando una más en apartado distinto a la enumeración que antecede como la séptima: la ley y los hechos puramente materiales,¹⁰⁸ los cuales al producir consecuencias de derecho, siguen conservando su carácter de hechos jurídicos.

El maestro Rojina Villegas se adhiere a Bonnecasse considerando como únicas fuentes de las obligaciones al hecho jurídico y la ley, y al acto jurídico y la ley, y con base en ello presenta un cuadro general de clasificación: Actos jurídicos fuentes de obligaciones: "1. Contrato. 2. Testamento. 3. Declaración unilateral de

¹⁰⁴ *Ibidem*, pp. 399 y 400.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 401.

¹⁰⁶ Gutiérrez y González, Ernesto. *Op. cit.*, pp. 145 y 146.

¹⁰⁷ *Cfr. Ibidem*, pp. 145 y 146.

¹⁰⁸ *Ibidem*, pp. 918 y 919.

voluntad. 4. Actos de autoridad (sentencia, secuestro, adjudicación, remate y resoluciones administrativas)."¹⁰⁹ Los hechos jurídicos fuentes de obligaciones son: a) Hechos naturales: 1. hechos simplemente naturales. 2. hechos naturales relacionados con el hombre. b) Hechos del hombre: 1. hechos voluntarios lícitos: Gestión de negocios, enriquecimiento sin causa y responsabilidad objetiva. 2. Hechos voluntarios ilícitos: Delitos dolosos, delitos culposos, incumplimiento de las obligaciones, culpa contractual en sentido estricto, recepción dolosa de lo indebido, abuso del derecho, posesión de mala fe y accesión artificial de mala fe. 3. Hechos involuntarios. 4. Hechos contra la voluntad."¹¹⁰

La interrelación entre ley y hecho y acto jurídicos la expresa así Boffi Boggero al afirmar que: "En rigor de verdad puede afirmarse que, tanto el hecho cuanto la norma jurídica que le confiere efectos, son indispensables para que éstos deban producirse. El hecho por sí mismo no deja de ser un acontecimiento sin valor jurídico. Necesita la norma para cobrar ese valor."¹¹¹

Consideramos certera la exposición del maestro Julien Bonnacase, puesto que debe considerarse que en todo caso, es la ley quien proporciona el carácter jurídico a los hechos y a los actos que ella contempla (sean lícitos o ilícitos), y éstos a su vez, engendran a las obligaciones cuando se verifican los supuestos previstos, dado que todos los hechos jurídicos en sentido lato, tienen vida y operatividad por la ley. Un acontecimiento tiene efectos de derecho por que la ley así lo ha determinado. Los hechos que se encuentran fuera de la ley, es decir, fuera de las hipótesis que contempla, simplemente son acontecimientos carentes de toda juridicidad, a los que podríamos de calificar de ajurídicos.¹¹²

El Código Civil para el Distrito Federal, reconoce, como fuentes de las obligaciones a las siguientes:¹¹³

¹⁰⁹ Rojina Villegas, Rafael. *Op. cit.*, Tomo V, Obligaciones I, p. 180.

¹¹⁰ *Loc. cit.*

¹¹¹ Boffi Boggero. cit. por Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. *Derecho Civil. ...* p. 498.

¹¹² La ley crea los hechos jurídicos, sean éstos lícitos o ilícitos. Así, un hecho es jurídico aunque sea considerado ilícito, porque también genera consecuencias de derecho cuando el acontecimiento entra en la hipótesis prevista en la ley.

¹¹³ Sólo mencionaremos someramente las fuentes extracontractuales de obligaciones en nuestro Código Civil vigente así como los artículos que constituyen su punto de partida de regulación, en razón a que no constituyen figuras centrales del presente trabajo.

1) El contrato, fuente de obligaciones que por su importancia en el campo jurídico y el presente trabajo será analizada con posterioridad.

2) La declaración unilateral de la voluntad, que puede manifestarse de cuatro formas distintas:

a) La oferta al público, y que se encuentra reconocida en el artículo 1860:

“ARTÍCULO 1860.- El hecho de ofrecer al público objetos en determinado precio, obliga al dueño a sostener su ofrecimiento.”

b) La promesa de recompensa, reconocida en el artículo 1861:

“ARTÍCULO 1861.- 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.”

c) La estipulación a favor de tercero, reconocida en los artículos 1868 y 1869:

“ARTÍCULO 1868.- En los contratos se pueden hacer estipulaciones en favor de tercero de acuerdo con los siguientes artículos.

ARTÍCULO 1869.- La estipulación hecha a favor de tercero hace adquirir a éste, salvo pacto escrito en contrario, el derecho de exigir del promitente la prestación a que se ha obligado.

También confiere al estipulante el derecho de exigir del promitente el cumplimiento de dicha obligación.”

d) La expedición de documentos civiles a la orden o al portador, reconocida en el artículo 1873:

“ARTÍCULO 1873.- Puede el deudor obligarse otorgando documentos civiles pagaderos a la orden o al portador.”

3) El enriquecimiento ilegítimo, contemplado en el artículo 1882:

"ARTÍCULO 1882.- 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."

a) Dentro del mismo se contempla al pago de lo indebido, en el artículo 1883:

"ARTÍCULO 1883.- 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.

Si lo indebido consiste en una prestación cumplida, cuando el que la recibe procede de mala fe, debe pagar el precio corriente de esa prestación; si procede de buena fe, sólo debe pagar lo equivalente al enriquecimiento recibido."

4) La gestión de negocios, contemplada en el artículo 1896:

"ARTÍCULO 1896.- El que sin mandato y sin estar obligado a ello se encarga de un asunto de otro, debe obrar conforme a los intereses del dueño del negocio."

5) Los hechos ilícitos, cuyo artículo fundamental lo es el 1910¹¹⁴:

"ARTÍCULO 1910.- 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."

Dichos hechos ilícitos se clasifican a su vez en:

¹¹⁴ Mencionamos los hechos ilícitos en esta parte, siguiendo la exposición realizada por el maestro Ernesto Gutiérrez y González (*Op. cit.*, pp. 752 et seq.).

a) Hechos ilícitos cometidos materialmente por el responsable, en el cual tiene aplicación el artículo 1910 citado de manera inmediata anterior, amén de los siguientes:

i) La responsabilidad del incapaz, contemplada en el artículo 1911:

“ARTÍCULO 1911.— El incapaz que cause daño debe repararlo, salvo que la responsabilidad recaiga en las personas de él encargadas, conforme lo dispuesto en los artículos 1919, 1920, 1921 y 1922.”

ii) La responsabilidad de las personas morales, prevista en el artículo 1918:

“ARTÍCULO 1918.— Las personas morales son responsables de los daños y perjuicios que causen sus representantes legales en el ejercicio de sus funciones.”

iii) La responsabilidad del Estado, prevista en el artículo 1927.

“ARTÍCULO 1927.— El Estado tiene obligación de responder del pago de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos con motivo del ejercicio de las atribuciones que les estén encomendadas. Esta responsabilidad será solidaria tratándose de actos ilícitos dolosos, y subsidiaria en los demás casos, en los que sólo podrá hacerse efectiva en contra del Estado cuando el servidor público directamente responsable no tenga bienes o los que tenga no sean suficientes para responder de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos.”

Como hecho ilícito generador de obligaciones cometido por el responsable, también puede señalarse al incumplimiento contractual (doloso o culposo), como lo afirma los maestros Rojina Villegas¹¹⁵ y Gutiérrez y González, sin embargo, éste se rige por preceptos específicos que se encuentran en un apartado distinto en el mismo Código Civil (Libro Cuarto. *De las obligaciones*. Primera Parte. *De las obligaciones en general*. Título Cuarto. *Efectos de las obligaciones*. I. *Efectos de*

¹¹⁵ *Vid. supra*, p. 31.

las obligaciones entre las partes. Incumplimiento de las obligaciones. Capítulo I. Consecuencias del incumplimiento de las obligaciones.), y no así por los anteriormente señalados (Libro Cuarto. De las obligaciones. Primera Parte. De las obligaciones en general. Título Primero. Fuentes de las obligaciones. Capítulo V. De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos.). La regulación distinta constituye un error, como lo ha demostrado el maestro Gutiérrez y González, ya que el hecho ilícito es por esencia el mismo en uno y otro caso, esto es, que se trata de hechos que se realizan por medio de una falta o culpa *lato sensu*, aunque sus orígenes sean distintos: "El hecho ilícito que consiste en violar un contrato, no es contractual sino también extracontractual por su origen, toda vez que surge de la violación que se hace de un contrato, y esa violación no es parte de las normas contractuales."¹¹⁶ Precisa a continuación que "*La norma contractual tiene por esencia el ser cumplida, no el que no se cumpla; por lo mismo el «no cumplir», al no ser ni parte, ni de la esencia del contrato, está fuera de él y de ahí que el incumplimiento sea extracontractual, esta «fuera» o «extra» del contrato, aunque se origine con la vida del contrato.*"¹¹⁷ Y concluye dichas ideas expresando que "*El contrato impone la necesidad de cumplirlo y esa es su esencia. Cuando una parte no lo cumple, o lo cumple mal, cae en la realización de un hecho ilícito; realiza una conducta «extra» o «fuera» que no está comprendida en el contrato; esa conducta precisamente es contraria a la vida del contrato, está fuera de la hipótesis de la convención.*"¹¹⁸ La esencia de uno y otro hecho, es la misma, ya que se comete una transgresión tanto por violar lo preceptuado por la ley, como por violar lo preceptuado por la convención, lo que ha llevado a considerar que la responsabilidad civil es una sola, ya que por regla general su origen será un hecho ilícito.¹¹⁹ La diferencia habida entre uno y otro hecho ilícito no es esencial sino accidental, puesto que uno se refiere al incumplimiento de obligaciones en relaciones convencionales y el otro a al incumplimiento de obligaciones o deberes no convencionales (que surgen por ministerio de ley).

- b) Hechos ilícitos de terceros, que están bajo la atención y vigilancia de los responsables. Dichas personas son responsables por el hecho ilícito de no

¹¹⁶ Gutiérrez y González, Ernesto. *Op. cit.*, p543.

¹¹⁷ *Loc. cit.*

¹¹⁸ *Loc. cit.*

¹¹⁹ *Cfr. Ibidem*, pp. 557 *et seq.* en donde el maestro Gutiérrez y González expone su Teoría Unitaria de la Responsabilidad Civil y la Responsabilidad proveniente de hecho ilícito.

cuidarlas teniendo la obligación de hacerlo, de acuerdo a los artículos siguientes:

i) Los que ejercen la patria potestad, de acuerdo al artículo 1919:

“ARTÍCULO 1919.- Los que ejerzan la patria potestad tienen 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.”

ii) Los directores de colegios, talleres, etc., conforme al artículo 1920:

“ARTÍCULO 1920.- Cesa la responsabilidad a que se refiere el artículo anterior, cuando los menores ejecuten los actos que dan origen a ella, encontrándose bajo la vigilancia y autoridad de otras personas, como directores de colegios, de talleres, etcétera, pues entonces esas personas asumirán la responsabilidad de que se trata.”

iii) Los tutores, de conformidad con el artículo 1921:

“ARTÍCULO 1921.- Lo dispuesto en los dos artículos anteriores es aplicable a los tutores, respecto de los incapacitados que tienen bajo su cuidado.”

iv) Los maestros artesanos, conforme al artículo 1923:

“ARTÍCULO 1923.- Los maestros artesanos son responsables de los daños y perjuicios causados por sus operarios en la ejecución de los trabajos que les encomienden. En este caso se aplicará también lo dispuesto en el artículo anterior.”

v) Los patrones y dueños de establecimientos mercantiles, de acuerdo a lo establecido por el artículo 1924:

“ARTÍCULO 1924.- Los patrones y los dueños de establecimientos mercantiles están obligados a responder de los daños y perjuicios causados por sus obreros o

dependientes, en el ejercicio de sus funciones. Esta responsabilidad cesa si demuestran que en la comisión del daño no se les puede imputar ninguna culpa o negligencia."

vi) Los jefes de casa y los dueños de hoteles, en términos del artículo 1925:

"ARTÍCULO 1925.- Los jefes de casa o los dueños de hoteles o casas de hospedaje están obligados a responder de los daños y perjuicios causados por sus sirvientes en el ejercicio de su encargo."

vii) Los jefes de familia, en términos de la primera hipótesis del artículo 1933, respecto de las cosas que sean arrojadas de la casa en que habitan:

"ARTÍCULO 1933.- Los jefes de familia que habiten una casa o parte de ella, son responsables de los daños causados por las cosas que se arrojen [...] de la misma."

c) Responsabilidad por hecho ilícito de no cuidar una cosa de que se es poseedor:

i) Hechos de los animales, de conformidad con el artículo 1929:

"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;*
- IV. Que el hecho resulte de caso fortuito o de fuerza mayor."*

ii) Por ruina de un edificio, conforme al artículo 1931:

“ARTÍCULO 1931.— El propietario de un edificio es responsable de los daños que resulten de la ruina de todo o parte de él, si ésta sobreviene por falta de reparaciones necesarias o por vicios de construcción.”

- iii) Los jefes de familia, en términos de la segunda hipótesis del artículo 1933, respecto de las cosas que caigan de la casa en que habitan:

“ARTÍCULO 1933.— Los jefes de familia que habiten una casa o parte de ella, son responsables de los daños causados por las cosas que [...] cayeren de la misma.”

- iv) Por no consolidar al excavar o construir, conforme al artículo 839:

“ARTÍCULO 839.— En un predio no pueden hacerse excavaciones o construcciones que hagan perder el sostén necesario al suelo de la propiedad vecina; a menos que se hagan las obras de consolidación indispensables para evitar todo daño a este predio.”

- v) Por la explosión de máquinas, humo o gases, caída de los árboles, emanaciones de cloacas, depósitos de agua, peso o movimiento de las aguas, etc., de conformidad con el artículo 1932:

“ARTÍCULO 1932.— Igualmente responderán los propietarios de los daños causados:

I. Por la 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 materias 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 a la salud o por cualquiera causa que sin derecho origine algún daño."*

6) El riesgo creado o responsabilidad objetiva.

a) El riesgo profesional, reconocido por los artículos 1935 y 1936:

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

ARTÍCULO 1936.- Incumbe a los patrones 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."

b) El uso de mecanismos instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas, conforme a lo que determina el artículo 1913:

"ARTÍCULO 1913.- Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas 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."

4. EL CONTRATO COMO FUENTE DE LAS OBLIGACIONES.

El contrato es considerado, como lo mencionamos anteriormente, fuente de obligaciones, siendo éste una figura importantísima dentro del mundo jurídico, además de ser una institución que constituye otro de los conceptos preliminares para el estudio del pacto comisorio.

“Entre las fuentes de las obligaciones el contrato tiene la primacía; su campo de acción se abre cada vez más amplios horizontes, sobre todo en las relaciones comerciales, por ser en ellas donde más se pronuncia el avance económico de los pueblos que reconocen el poder de la voluntad privada mientras deje a salvo el orden público y las buenas costumbres. La libertad contractual armonizada socialmente, es el más definido pregón de los países que siguen, amparan y ayudan el desarrollo mismo del hombre como célula de la sociedad.”¹²⁰

Por medio del contrato, los seres humanos satisfacemos un sinnúmero de necesidades, multitud de las cuales no es posible hacer una enunciación prolija, pero la intervención del contrato dentro de la vida cotidiana es magnífica e imponente. De igual manera, es una de las instituciones jurídicas por la cual se facilita e impulsa con seguridad la circulación de la riqueza y es el motor constante e importante del desarrollo del ser humano y por ende, de la sociedad: *“Para su desarrollo en la sociedad, el hombre requiere del intercambio de bienes y servicios, sin los cuales económica y socialmente estaría aislado. Tal intercambio que provoca que el ser humano se enriquezca y perfeccione, se realiza, entre otros medios, a través de los contratos.”¹²¹*

Dice el maestro Miguel Ángel Zamora y Valencia que *“Los contratos civiles son la actualización y la puesta en práctica vigorizante y efectiva de los principios de la libertad individual y de la propiedad privada. [...] El contrato es el medio más ágil y efectivo para constatar la existencia de esos valores de libertad y*

¹²⁰ Díaz Morales, Santos Nicolás. *Op. cit.*, p. 65.

¹²¹ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. *Contratos Civiles*. 7ª ed., Porrúa, México, 2000, p. 3.

propiedad; y además, es el medio más seguro, serio y usual para lograr la satisfacción de la mayor parte de las necesidades domésticas y cotidianas."¹²²

El impulso constante que otorga el contrato a la sociedad es innegable, y además es una herramienta muy útil en todo ámbito social, pues favorece incluso en los actuales y complicados mecanismos del comercio internacional, el intercambio comercial entre individuos de diferentes países, y entre los mismos Estados para intercambiar bienes y servicios, cuenta habida de que hoy en día ningún país puede producir absolutamente todos los bienes para satisfacer las necesidades de su población. La constante evolución de la ciencia y tecnología y los bienes y servicios que son el resultado de la misma, han rebasado por mucho la capacidad autárquica de cualquier Estado, y para suprimir sus carencias, todo tipo de personas puede acudir al contrato. Cumple el contrato con una función jurídica (crear derechos y obligaciones entre las personas), económica (satisfacción de necesidades y circulación de la riqueza) y social (porque refleja el estado general de la sociedad, "*porque ellos son garantía de un mayor disfrute de la riqueza de las cosas, en sí mismas y en la participación de ellas a más crecido número de beneficiados.*"¹²³), funciones que desde luego se encuentran dentro de marcos de seguridad y certeza jurídicas, como se observa de los elementos y requisitos que la ley exige para la existencia y validez de dicho acto jurídico.

Razones como las anteriormente apuntadas, han impulsado desde épocas antiguas su reconocimiento y una amplia y necesaria regulación legal en la actualidad. Es tal su importancia que ha trascendido de la esfera propiamente civil: existen contratos mercantiles, administrativos, e incluso, ante el cúmulo de actos jurídicos de ésta naturaleza, se reconoce la existencia de los contratos innominados, es decir, aquéllos que no cuentan con una regulación nominal y expresa dentro de los ordenamientos legales. La razón de lo anterior ya la hemos apuntado: el contrato es uno de los mejores medios para satisfacer nuestras necesidades y tiene una altísima adaptabilidad a los cambios sociales de cualquier índole, satisfaciendo con la misma eficacia y seguridad las necesidades que se tengan.

De todo lo anterior se observa que, el contrato es indudablemente, una de las fuentes de las obligaciones más trascendentales en la vida del hombre, es la fuente de las obligaciones por excelencia.

¹²² Zamora y Valencia, Miguel Ángel. *Contratos Civiles*. 4ª ed., Porrúa, México, 1992, p. 11.

¹²³ Díaz Morales, Santos Nicolás. *Op. cit.*, p. 65.

5. CONCEPTO DE CONTRATO.

En el Digesto (Ley 19, Título 16, *de verborum significatione*, Libro 50), se lee un pasaje de Ulpiano que hace referencia al contrato, diciendo que "*Contractus est ultro citroque obligatio*" [«Contrato es la obligación de una y otra parte»¹²⁴]. Se observa en esta locución, la interrelación habida entre obligación y contrato.

Sin embargo, este pasaje no es considerado siquiera como una sucinta definición. La maestra Sara Bialostosky, afirma que: "*No existe definición alguna en las fuentes, ni se desarrolló una teoría general del contrato en Derecho romano. [sic] Se entiende, en el derecho clásico al contrato como el acuerdo de voluntades tendientes a producir una o varias obligaciones civiles. [...]*"¹²⁵

En el mismo sentido, el maestro Guillermo Floris Margadant S. Afirma que "*En el Corpus Iuris no figura definición alguna de contractus; inclusive hayamos allí confusiones entre contrato y obligación (o sea, entre la causa y su efecto [...])*"¹²⁶

El concepto de contrato, era para los romanos, sustancialmente diferente al concepto moderno, ya que contenía elementos característicos bien precisados, según lo explica la maestra Bialostosky: "*A diferencia de lo que sucede en el derecho moderno donde se reconoce como figura abstracta de contrato el acuerdo de voluntades tendiente a generar obligaciones, siempre que tenga una causa lícita y del cual nacen acciones; el derecho romano precisa, que para que una promesa contractual sea válida y exigible, necesita de un fundamento jurídico (causa civilis). Así contractus, para los juristas romanos no es todo acuerdo de voluntad, sino exclusivamente aquel que da base a obligaciones sancionadas por una acción civil y por lo tanto dicho ordenamiento sólo reconoce ciertas figuras típicas contractuales, es decir que el ius civile por su utilidad social y económica les da*

¹²⁴ Mans Puigamau, Jaime M. *Op. cit.*, p. 96.

¹²⁵ Bialostosky, Sara. *Op. cit.*, p. 237.

¹²⁶ Margadant S, Guillermo Floris. *El Derecho Privado Romano*. 4ª ed., México, Esfinge, 1970, p. 317, Nota al pie de página número 28.

protección procesal a ciertos acuerdos entre las partes; dejando desprovistos de tutela jurídica a otros."¹²⁷

Contractus, conventio, pactum y stipulatio tenían en el Derecho Romano un campo definido de operatividad y de ahí algunos de los estudiosos de esa materia elaboran sus definiciones. Así, el *contractus* (contrato) era el "negocio jurídico bilateral; acuerdo de voluntades entre dos o más partes, reconocido y amparado por el derecho objetivo, encaminado a crear una o más relaciones jurídicas obligatorias."¹²⁸ *Conventio* (convención), y es el "acuerdo de voluntades de dos o más partes; expresión equivalente a *pactum*, *consensus*, *pactum conventum*, de la que no se derivan por sí sola obligaciones en el derecho romano."¹²⁹ *Pactum* (pacto), es la "convención acuerdo de voluntades entre dos o más personas, que por carecer de una causa *civilis*, originariamente no engendra una obligación jurídica entre los que en él intervienen. Los que alcanzan validez sin transformarse en contratos se denominan por los autores vestidos, frente lo demás, denominados pactos desnudos. Originariamente *pactum* designa un acuerdo extintivo de una acción; son generadores de acción cuando se unen a un contrato principal, *pacta adiecta* y genera obligaciones, igualmente, cuando los ampara el derecho pretorio o imperial, *pacta praetoria* y *pacta legitima*."¹³⁰ Finalmente la *stipulatio* (estipulación), era un "contrato verbal, solemne, unilateral, de estricto derecho, abstracto, que consiste en una pregunta seguida de una respuesta congruente. Por su carácter abstracto, fue uno de los contratos más utilizados en Roma. Si bien en sus orígenes sólo pudo ser usado por los romanos, posteriormente se amplía a los extranjeros."¹³¹

Al paso del tiempo, el concepto romano de contrato, fue modificándose: "Mientras los juristas clásicos consideraron que todo contrato llevaba implícito un acuerdo (*conventio*), los juristas bizantinos identificaron los dos términos. [...]"¹³²

Por su parte, nos explica el maestro Roberto de Ruggiero que: "Todo lo clara que fué [*sic*] entre los romanos la distinción entre contrato, convención, pacto a

¹²⁷ *Ibidem*, p. 139.

¹²⁸ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. *Convenio y Contrato*. ..., p. 8.

¹²⁹ *Loc. cit.*

¹³⁰ *Loc. cit.*

¹³¹ Bialostosky, Sara. *Op. cit.*, p. 265.

¹³² *Ibidem*, p. 139.

pesar de las muchas controversias dogmáticas e históricas que se agitan en torno a estos conceptos), [sic] es imprecisa y confusa en la terminología moderna. Todo acuerdo entre dos o más personas que tenga por objeto una relación jurídica, puede ser designado indiferentemente, contrato o convención o también pacto, ya que estos términos perdieron el primitivo significado técnico y preciso que les atribuía el lenguaje jurídico romano.¹³³

El Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, define al contrato de la siguiente manera:

“Contrato. (Del lat. *contractus*). m. Pacto o convenio, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas. || 2. Documento que recoge las condiciones de este convenio. [...]”¹³⁴ Convenio, pacto, estipulación, son actualmente sinónimos de contrato, desde el punto de vista de la lengua.

El Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 1884, en su artículo 1272 establecía que: “Contrato es un convenio por el que dos o más personas se transfieren algún derecho o contraen alguna obligación.”¹³⁵

Por su parte, el actual Código Civil para el Distrito Federal vigente, define en los artículos 1792 y 1793, al convenio *lato sensu* y contrato (y por exclusión al convenio *stricto sensu*), respectivamente, estableciendo al primero como género, y al segundo como especie.

“ARTÍCULO 1792.- Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.”

Este es el concepto de convenio en sentido general, o *lato sensu*. Resalta que dicho artículo únicamente hace referencia a *obligaciones* y no a *derechos*, lo cual ha sido igualmente objeto de análisis y crítica. Por otra parte, el maestro Ernesto Gutiérrez y González considera que la definición legislativa es incompleta, puesto

¹³³ De Ruggiero, Roberto. *Op. cit.*, p. 250.

¹³⁴ *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua*. Tomo I, 20ª Edición, Espasa-Calpe, 1984, p. 372.

¹³⁵ Borja Soriano, Manuel. *Op. cit.*, p. 130.

que estima que otro de los fines del convenio es la *conservación de derechos y obligaciones*,¹³⁶ lo cual no ha escapado a la crítica doctrinal, principalmente si se atiende a que dicho doctrinario agrega el término *derechos* a la definición legal, cuando ésta no la contempla, agregado con el cual no se complementa el concepto legal, sino se le distorsiona.¹³⁷

“ARTÍCULO 1793.– Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.”

El género es el convenio *lato sensu*, y una de las especies lo es el contrato, cuyo objeto directo es, según se desprende de este artículo, la creación o transmisión de obligaciones y derechos. Por exclusión de la creación y transmisión de obligaciones y derechos a que se refiere el artículo 1793, y con base en el concepto genérico de convenio contenido en el artículo 1792, suele denominarse *convenio stricto sensu*, a la especie de acto jurídico de esta naturaleza (es decir, convencional), que tiene por finalidad modificar o extinguir derechos y obligaciones.. *“Como consecuencia del desprendimiento del contrato de su género, el convenio en sentido restringido, queda reducido al acuerdo de dos o más personas para modificar o extinguir derechos y obligaciones.”*¹³⁸

Las pormenorizaciones en cuanto a las definiciones legales de convenio y contrato han sido analizadas por distinguidos juristas nacionales. Así, se ha expresado que *“Por otra parte, hay que tener presente que el contrato, según la definición legal, no sólo puede dar nacimiento a obligaciones y a sus correlativos derechos de crédito, sino también puede crear o transmitir derechos reales (1793 y 2014), como ocurre con el contrato de hipoteca y en el de compraventa, respectivamente. Por ello se indica que el contrato puede tener efectos obligatorios y efectos reales.”*¹³⁹

¹³⁶ Cfr. Gutiérrez y González, Ernesto. *Op. cit.*, pp. 214 et seq.

¹³⁷ Cfr. *Ibidem*, pp. 72 et seq.

¹³⁸ Zamora y Valencia, Miguel Ángel. *Op. cit.*, p. 21.

¹³⁹ Sánchez Meda, Ramón. *De los Contratos Civiles*. 12ª Edición, Porrúa, México, 1993, p. 5. El artículo 2014 del Código Civil establece que *“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 relativas del Registro Público.”* Se observa que por virtud del contrato se transmite un derecho real.

Sustentando igualmente lo anterior, el maestro Domínguez Martínez ha expresado que "cuando el legislador se refiere en el artículo 1792 a *obligaciones*, emplea este vocablo en su significado amplio, es decir, como relación jurídica comprensiva de un crédito y de una deuda, contrariamente al significado de la misma palabra en el artículo siguiente, pues al hacerlo en unión de *derechos*, ello implica emplearla en su acepción restringida, esto es, precisa y únicamente como deuda."¹⁴⁰ Y a continuación, no obstante de que dicho autor reconoce que el término obligación en el artículo 1792 se hace en unión de derechos (lo que hace pensar en obligación y derecho como partes de un concepto mayor), expresa que: "Así es, el artículo 1793 del Código Civil no alude a la producción y transferencia de las obligaciones y de los derechos considerados ambos como los dos elementos de una unidad conceptual, es decir, las primeras como deudas y los segundos como créditos, participes constantes en una relación jurídica, pues los derechos a los que ese precepto se refiere no son los correlativos de las obligaciones señaladas por el dispositivo. Más bien, al contrario, esos derechos son independientes a tales obligaciones; por ello, el precepto alude no a «las obligaciones y los derechos» (deuda-crédito), sino a las «obligaciones y derechos» a sean,[sic] derechos en general, y al no tratarse de los créditos correlativos de las deudas son a los otros derechos situados en el activo del patrimonio del sujeto; se trata de los derechos reales."¹⁴¹

Este es un interesante problema doctrinal al cual agregaremos de manera meramente enunciativa algunas reflexiones.

Se ha expresado que "*Ius et obligatio sunt correlativa*" [«Derecho y obligación son correlativos»¹⁴²], el cual es un aforismo jurídico que es aplicable a toda clase de derechos (o facultades) y obligaciones (o deberes jurídicos). Derecho y obligación (facultad y deber jurídico), tienen así una relación inescindible, dado el carácter bilateral que descansa en toda norma jurídica, aunque para su estudio puedan analizarse de manera separada. Efectivamente cuando se habla de un derecho, implícitamente se entiende que frente a éste existe una o varias personas que se tienen el deber jurídico de no apostar valladares de ningún tipo para que el titular de aquél lo goce o ejecute. De la misma manera, al hablarse de una obligación o deber jurídico, ambos en estricto sentido, se reconoce inmediatamente

¹⁴⁰ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. *Convenio y Contrato*. ..., p. 51.

¹⁴¹ *Ibidem*, pp. 59 y 60.

¹⁴² Mans Puigarnau, Jaime M. *Op. cit.*, p. 338.

la existencia de una parte pasiva que tienen frente a sí a una parte activa que tiene la titularidad del derecho correspondiente conforme a la norma jurídica y que por tal virtud puede ejercitarlo sin óbice de la parte pasiva, aún y cuando ésta intente imponerlo. Uno y otro concepto se autoimplican y surgen por virtud de cada uno, y sin el otro, ambos pierden su sentido: no podría hablarse de un derecho si frente a éste no existe un obligado al cual se constriñe a respetársele, e igualmente, no podría pensarse en una obligación o deber si no existe frente a éste un derecho del cual alguien es titular y el cual se debe respetar. Esto es la bilateralidad de toda norma jurídica, norma imperativo-atributiva: " [...] los efectos del contenido normativo de las normas bilaterales [...], se proyecta al mismo tiempo hacia dos sujetos, el obligado al cumplimiento del deber impuesto y el titular del derecho correlativo."¹⁴³ "Las normas jurídicas son bilaterales, porque imponen deberes correlativos de facultades o conceden derechos correlativos de obligaciones."¹⁴⁴

El Código Civil, utiliza indistintamente el término obligación y deber jurídico como sinónimos,¹⁴⁵ de ahí, que la correlatividad entre derecho y obligación, se aplica de igual forma tratándose de términos como *facultad* y *deber jurídico*.

Así entonces, cuando el artículo 1792 del Código Civil hace mención a *obligaciones*, pensamos que dicho precepto se refiere tanto a la obligación *lato sensu* (como relación jurídica comprensiva de un crédito y de una deuda), como a aquellas obligaciones (o deberes jurídicos), que surgen igualmente en correlación a un derecho real. "Bajo su aspecto interno el derecho real representa un poder jurídico directo sobre la cosa. Bajo su aspecto externo lo que aparece es la *obligación general* que tiene por fin hacer respetar la situación del titular respecto de la cosa; *obligación pasiva* que es distinta de la individual que caracteriza al derecho personal."¹⁴⁶ En el derecho real existe un sujeto universal pasivo indeterminado, y en el derecho personal existe un sujeto pasivo que puede ser determinado o indeterminado (como en la declaración unilateral de la voluntad); puede afirmarse así que en ambos tipos de derechos existen sujetos obligados, antes

¹⁴³ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. *Derecho Civil*. ..., p. 493.

¹⁴⁴ García Máynez, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. 49ª. edición, Porrúa, México, 1998, p. 15.

¹⁴⁵ Gutiérrez y González, Ernesto. *Op. cit.*, p. 37.

¹⁴⁶ Borja Soriano, Manuel. *Op. cit.*, p. 90. El subrayado es nuestro.

que tienen o tendrán en su momento que cumplir con determinadas prestaciones u abstenciones que deben (obligación en sentido restringido: deuda).

Pensamos lo anterior, en virtud de otras razones: sólo con el reconocimiento de que con el término *obligaciones* empleado por el artículo 1792, también se reconocen a aquéllas que surgen por virtud de un derecho real (al cual implican), puede hablarse de una relación de género a especie. Si se expresa que el artículo 1792 reconoce la posibilidad de crear o transmitir derechos reales, evidentemente debe reconocerse que el género señalado en el artículo 1793 también lo permite, aunque no lo enuncie, puesto que al hablar de obligaciones también se hace referencia necesaria implícitamente a los derechos, sean estos de crédito o reales. De lo contrario no habría relación de género a especie, pues ésta última tendría un elemento más que no posee aquél, lo cual es contrario al principio lógico reconocido y anunciado por egregios juristas en sendos aforismos como Paulo en el Proemio del Fragmento o Ley 110, del Título 17, *de regulis iuris*, Libro 50 del Digesto, que dice que "*In eo, quod plus sit, semper inest et minus*" [«En lo que es más está siempre comprendido lo que es menos»¹⁴⁷], y Gayo en la Ley 113, Título 17, *de regulis iuris*, Libro 50, del Digesto que dice que "*in toto pars continetur*" [«En el todo también se contiene la parte»¹⁴⁸]. La verdad lógica concluyente de éstos aforismos, se reconoció incluso en el *Corpus Iuris Canonici* dentro del cual se contienen también éstas máximas, como en el Capítulo 35, Final del Título 12, *de regulis iuris*, Libro 5º, del Sexto o Colección de Decretales de Bonifacio VIII, en donde se expresa que "*plus semper in se continet, quod est minus*" [«Siempre lo que es más contiene en sí lo que es menos»¹⁴⁹], y en el Capítulo 80, del mismo Título Libro y Colección, en donde se lee que "*In toto partem non est dubium contineri*" [«No hay duda que la parte está contenida en el todo»¹⁵⁰].

Si se puede afirmar que el término *derechos*, contenido en el artículo 1792 se refiere a aquellos distintos a los derechos de crédito y que se encuentran también en el activo patrimonial del individuo, esto es, a los derechos reales, y a lo cual nos adherimos sin reserva alguna. Por ello igualmente no encontramos obstáculo para concluir que las obligaciones a que se refiere el artículo anterior, también es comprensivo de todos los derechos que se implican al mencionarse a aquéllas.

¹⁴⁷ Mans Puigarnau, Jaime M. *Op. cit.*, p. 252.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 253.

¹⁴⁹ *Loc. cit.*

¹⁵⁰ *Loc. cit.*

Además, en todo caso, también es aplicable la máxima jurídica que expresa que "*Ubi lex non distinguit, ne nos distinguere debemus*" [«Cuando la ley no distingue, ninguno debe distinguir.»],¹⁵¹ dado que el artículo 1793 habla de obligaciones sin hacer distinción alguna o señalamiento preciso de a qué tipo de situación se refiere, y así, con la finalidad de darle congruencia y precisión a nuestro Código Civil, es aplicable el aforismo jurídico que expresa que "*Favorabilia sunt amplianda, odiosa sunt restringenda*" [«Las cosas favorables deben ser extendidas y las odiosas, restringidas»¹⁵²]. Así por tanto, la interpretación del término *obligaciones* del artículo 1792 debe realizarse en el sentido más amplio, por ser el más favorable a dicho ordenamiento legal.

Como consecuencia de lo apuntado con anterioridad, pensamos que la conservación de derechos y obligaciones como contenido normativo del convenio *lato sensu*, es correcto. Válida es sin lugar a dudas la convención que tenga dicha finalidad, ya que en último caso, como lo expresa el aforismo jurídico que dice que "*Permissum videtur id omne, quod non prohibitum*" [«Se considera permitido todo lo que no está prohibido»¹⁵³], lo cual otorga licitud al acto jurídico que se celebre con la finalidad de conservar derechos y obligaciones, cuando así sea procedente: "*No dudamos, por el contrario, reconocemos en el convenio la conservación de derechos en la medida que es plenamente factible que ello fije su fuente en un acuerdo de voluntades, pero como tal, es decir, como ejemplo del convenio en una definición legal que enumera efectos, lo único que hace es provocar pensar en la posibilidad de muchas otras manifestaciones de efectos que no han sido señaladas por el legislador; tal podría ser el caso de la confirmación, esclarecimiento, reconocimiento, consolidación, administración, aclaración, resolución, interpretación, complementación, ejecución, y quién sabe cuántas más manifestaciones en función de los derechos y de las obligaciones que son objeto de un convenio.*"¹⁵⁴

Se ha expresado que los códigos no deben ser un catálogo de definiciones. "*... no es, en verdad, función del legislador la de proporcionar definiciones*

¹⁵¹ Cejudo y Ormaechea, Ignacio. *Reglas de Derecho*. Librería Carrillo Hermanos e Impresores, Guadalajara, Jalisco, México, 1978, p. 111.

¹⁵² Mans Puigarnau, Jaime M. *Op. cit.*, p. 251.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 370.

¹⁵⁴ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. *Convenio y Contrato ...*, pp. 92 y 93.

doctrinales ..."¹⁵⁵ Dicha afirmación tiene igualmente sustento en el principio enunciado por Jaloveno, quien en la Ley 202, Título 17, *de regulis iuris*, Libro 50, del Digesto, afirmó que "*Omnis definitio in iure civile periculosa est*" [«En derecho civil toda definición es peligrosa»¹⁵⁶]. Toma especial importancia ésta máxima dada la discusión y críticas doctrinales que suscita nuestro Código Civil en cuanto a las definiciones de convenio y contrato. Ciertamente es que resulta útil no incluir definiciones doctrinales en un ordenamiento jurídico de tal importancia, dado que precisamente en muchos casos éstos conceptos pueden ser tildados de imprecisos, con las consecuentes dificultades que pueden derivar de su aplicación o estudio doctrinal. Sin embargo, también se dificulta el acogimiento de algún concepto doctrinal para aplicación a la resolución de las controversias, dado que nuestros propios Tribunales Federales, han reconocido que la doctrina no es de observancia obligatoria, pues el valor de la doctrina estriba en que den contenido a una norma de carácter legal.

Octava Epoca

Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: III, Segunda Parte-1, Enero a Junio de 1989

Página: 295

DOCTRINA. NO ES DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA.

Las opiniones doctrinarias que se citen en una demanda de garantías, si bien puede revestir interés académico, no son de observancia obligatoria para los tribunales de control constitucional, ni para ningún otro. En efecto, para emitir una sentencia de amparo sólo es obligatorio acatar la Constitución, las leyes que de ésta emanen, la jurisprudencia y, cuando aquélla lo prevé, los principios generales del derecho; de modo que, mientras la aplicación de la ley no sea violatoria de garantías, o contraria a la jurisprudencia o en su caso, a los citados principios, carecen de eficacia jurídica esas doctrinas, pues el valor de éstas estriba en que den contenido a una norma de carácter legal.

¹⁵⁵ Díez-Picazo, cit. por Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. *Convenio y Contrato* ..., p. 4.

¹⁵⁶ Mans Puigarnau, Jaime M. *Op. cit.*, p. 141.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 25/89. José Zárate Díaz. 28 de febrero de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Jaime Manuel Marroquín Zañeta. Secretaria: María Guadalupe Herrera Calderón.

De ahí que si desaparece la definición legal de convenio y contrato, surgirán interesantes problemas de interpretación, dado que la doctrina¹⁵⁷ no es una fuente formal obligatoria del Derecho, aún y cuando se conoce la alta influencia que puede tener la misma tanto en el poder Legislativo como en el Judicial. En este sentido, la existencia o inexistencia de una definición legal de convenio y contrato podría traer aparejados diversos problemas de interpretación, sin embargo estimamos que puede resultar más benéfico el que no exista concepto alguno dentro del Código Civil, puesto que las discusiones sobre la definición más conveniente se reducirán al plano doctrinal (sin dejar de reconocer la influencia que puede tener en los poderes ya señalados); con ello se disminuye igualmente la aplicación e interpretación de un concepto que puede ser considerado como incompleto o equivocado, y que además será obligatorio por encontrarse dentro del Derecho Positivo, o no aplicarse aún y cuando sea Derecho Vigente, cuestión ésta última que se es criticable en cualquier ordenamiento que contenga lo que se conoce como "letra muerta".

Aunado a lo anterior, algunos doctrinarios como Bernardo Pérez Fernández del Castillo,¹⁵⁸ Ramón Sánchez Medal¹⁵⁹ y Jorge Alfredo Domínguez Martínez,¹⁶⁰ la distinción entre una y otra institución carece de toda utilidad teórica y práctica,

¹⁵⁷ "Se da el nombre de doctrina a los estudios de carácter científico que los juristas realizan acerca del derecho, ya sea con el propósito puramente teórico de sistematización de su preceptos, ya con la finalidad de interpretar sus normas y señalar las reglas de su aplicación. Como la doctrina representa el resultado de una actividad especulativa de los particulares, sus conclusiones carecen de fuerza obligatoria, por grande que sea el prestigio de aquellos o profunda la influencia que sus ideas ejerzan sobre el autor de la ley o las autoridades encargadas de aplicarla." (García Máynez, Eduardo. *Op. cit.*, p. 76).

¹⁵⁸ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. *Contratos ...*, p. 7.

¹⁵⁹ Sánchez Medal, Ramón. *Op. cit.*, p. 4.

¹⁶⁰ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. *Convenio y Contrato. ...*, pp. 62 a 72.

cuenta habida de que el artículo 1859 del Código Civil para el Distrito Federal preceptúa en una primera hipótesis que:

“ARTÍCULO 1859.— Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios [...]”

Rafael de Pina, por el contrario, señala que *“la afirmación de que la distinción entre convenio y contrato no tiene más que un interés terminológico, fundada en que las mismas reglas se aplican a los unos y a los otros, no autoriza, ciertamente, para negar el interés práctico de la distinción, por lo menos mientras subsista legalmente, pues los fundamentos que ha tenido para formularla el legislador y el criterio correspondiente para su interpretación, han de ser, en los casos concretos, los que permiten establecer si nos encontramos frente a un convenio o frente a un contrato.”*¹⁶¹

Pensamos que la opinión doctrinaria relativa a la carencia de sentido entre la distinción entre convenio y contrato es la correcta, aún y cuando es cierto que positivamente el Código Civil los considera como figuras distintas.

Ya en otro sentido, el maestro Miguel Ángel Zamora y Valencia, nos manifiesta que *“La expresión «contrato» tiene en la práctica jurídica mexicana diversas significaciones: como acto jurídico, como norma individualizada y como documento en el cual se contienen los pactos o cláusulas convenidas por las partes que crean o transmiten derechos y obligaciones.”*¹⁶²

Explica este autor que *“El contrato, como acto jurídico, es el acuerdo de voluntades conforme a lo dispuesto por un supuesto para producir las consecuencias de derecho consistentes en crear o transmitir derechos y obligaciones de contenido patrimonial.”*¹⁶³ Al referirse al contrato como norma jurídica individualizada, expresa que *“El resultado del acto jurídico contractual, puede considerarse como una norma de la cual emanan derechos u obligaciones para las partes que en él intervienen.”*¹⁶⁴ Finalmente explica que, la expresión de

¹⁶¹ De Pina Vara. *Elementos de Derecho Civil Mexicano*. 8ª edición, Vol. 3º, Porrúa, México, p. 266.

¹⁶² Zamora y Valencia, Miguel Ángel. *Op. cit.*, p. 22.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 24.

¹⁶⁴ *Loc. cit.*

contrato como documento "hace referencia al documento o al conjunto de signos sensibles que es el resultado del proceso contractual y en el cual se contiene la voluntad de las partes, que es en donde constan los pactos o cláusulas de la norma individualizada [...]".¹⁶⁵

Debemos mencionar que en razón de que el artículo 1949 del Código Civil, el cual fundamenta al pacto comisorio, no circunscribe expresamente la aplicación del mismo a algún acto jurídico en especial, sino que por el contrario y dado que de su redacción se desprende una amplia gama de supuestos a los cuales es aplicable, puede interpretarse y establecerse válidamente que dicho pacto tendrá operatividad a todo acto jurídico de naturaleza convencional que contenga obligaciones recíprocas.

6. ELEMENTOS DEL CONTRATO.

Enunciaremos someramente, los elementos de existencia y los requisitos de validez de los contratos, según el Código Civil para el Distrito Federal, el cual los contempla en sus artículos 1794 y 1795, en virtud de no ser necesario su estudio particular, ya que como se verá con posterioridad, ambos (elementos y requisitos), deben encontrarse plenamente satisfechos en los contratos o convenios en que se pretenda aplicar el pacto comisorio. La diferencia entre unos y otros (elementos y requisitos), radica en la participación esencial de los mismos en el contrato, lo que origina diferentes efectos: "la ausencia de cualquiera de los elementos de existencia, se sanciona con la inexistencia del acto; en cambio, la falta de requisitos de validez, acarrea la nulidad del mismo."¹⁶⁶

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 25.

¹⁶⁶ Gutiérrez y González, Ernesto. *Op. cit.*, p. 245. Este mismo autor critica en esta misma obra (pp. 184 *et seq.*), el criterio jurisprudencial que la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación consolidó, y en donde se expone que no existe diferencia práctica entre la nulidad y la inexistencia, lo cual considera erróneo. Dicha jurisprudencia expresa: "NULIDAD E INEXISTENCIA. SUS DIFERENCIAS SON MERAMENTE TEORICAS. Aun cuando el artículo 2224 del Código Civil para el Distrito Federal emplea la expresión "acto jurídico inexistente", en la que pretende basarse la división tripartita de la invalidez de los actos jurídicos, según la cual se les agrupa en inexistentes, nulos y anulables, tal distinción tiene meros efectos teóricos, porque el tratamiento que el propio código da a las inexistencias, es el de las nulidades, según puede verse en las situaciones previstas por los artículos 1427, 1433, 1434, 1826, en relación con el 2950 fracción III, 2042, 2270 y 2779, en las que, teóricamente, se trata de

Así, tenemos que los elementos de existencia, se encuentran establecidos en el artículo 1794, el cual establece:

"ARTÍCULO 1794.- Para la existencia del contrato se requiere:

I. Consentimiento;

II. Objeto que pueda ser materia del contrato."

Dichos elementos igualmente han sido referidos por nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación como esenciales, y su ausencia generará la inexistencia del acto:

Séptima Época

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 103-108 Cuarta Parte

Página: 79

CONTRATOS, EXISTENCIA DE LOS. REQUISITOS. Según el artículo 1794 del Código Civil para el Distrito Federal, los contratos requieren para su existencia de: I. Consentimiento. II. Objeto que pueda ser materia del contrato. De donde obviamente se deduce que ambos elementos son esenciales en su configuración y que la falta de uno solo de ellos da lugar a su inexistencia.

inexistencias por falta de objeto, no obstante, el código las trata como nulidades, y en los casos de los artículos 1802, 2182 y 2183, en los que, la falta de consentimiento originaria la inexistencia, pero también el código los trata como nulidades." (Sexta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Apéndice de 1995, Tomo: Tomo IV, Parte SCJN, Tesis: 296, Página: 199. Amparo directo 1205/52. Manuel Ahued. 8 de julio de 1953. Unanimidad de cuatro votos; Amparo directo 2596/57. Federico Baños Islas. 8 de mayo de 1958. Unanimidad de cuatro votos; Amparo directo 2633/58. Donato Antonio Pérez. 7 de enero de 1959. Cinco votos; Amparo directo 1924/60. Pilar Mancilla Pérez. 3 de diciembre de 1962. Unanimidad de cuatro votos; Amparo directo 8668/62. Pedro Flores López. 24 de septiembre de 1964. Unanimidad de cuatro votos).

Amparo directo 1865/76. Samuel Zenteno Ruiz. 30 de septiembre de 1977. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: J. Ramón Palacios Vargas. Secretario: Carlos A. González Zárate.

Amén de los elementos señalados en el artículo 1794 y la tesis transcrita, se señala como elemento de existencia excepcional del contrato a la solemnidad.¹⁶⁷

De igual manera, se ha sostenido que la forma es un elemento de existencia del contrato. El maestro Bernardo Pérez Fernández del Castillo explica que de acuerdo a las ideas de Aristóteles, *"el ser, en tanto que ser material consta de dos elementos: materia y forma. La primera es aquello de lo que está hecho una cosa, aquello de que consta o se compone algo: la materia. La segunda, o sea la forma, es una noción que procede del campo de la geometría y significa la figura en el sentido corriente de la palabra, el contorno o el perfil. Sin embargo, para Aristóteles la forma es lo determinante para que la materia se organice y sea lo que es; es el fundamento de la unidad y del sentido de la cosa, es su esencia, su principio de inteligibilidad de tal manera que no hay materia sin forma. Ésta es la idea por la que una cosa es inteligible."*¹⁶⁸ En los actos jurídicos (incluido el contrato), éstas ideas pueden cristalizarse con precisión: *"La materia es el objeto de la voluntad interna del sujeto; la forma, su expresión, su manifestación por medio de signos verbales, escritos o por la realización u omisión de cualquier conducta. Esto significa que no hay acto jurídico ni contrato que no tenga forma, pues ésta*

¹⁶⁷ *"La solemnidad es el conjunto de elementos de carácter exterior del acto jurídico, sensibles en que se plasma la voluntad de los que contratan, y que la ley exige para la existencia del mismo."* (Gutiérrez y González, Ernesto. *Op. cit.*, p. 294). Al respecto dicho autor expresa que éste elemento se exige v. gr., en el matrimonio, el cual es considerado como un contrato. Constitucionalmente el matrimonio ya no es considerado como tal, aunque el Código Civil sigue utilizando un lenguaje contractual en su regulación (*Vid. supra*, p. 24). En el mutuo subrogatorio a que se refiere el artículo 2059 del Código Civil, se puede apreciar la exigencia legal de cubrir la solemnidad, dado que si no se hace así, se producirán otros efectos, pero no los previstos por el supuesto que menciona la ley (*Cfr. Zamora y Valencia, Miguel Ángel. Op. cit.*, pp. 32 y 33). El artículo mencionado establece que *"Cuando la deuda fuere pagada por el deudor con dinero que un tercero le prestare con ese objeto, el prestamista quedará subrogado por ministerio de la ley en los derechos del acreedor, si el préstamo constare en título auténtico en que se declare que el dinero fue prestado para el pago de la misma deuda. Por falta de esta circunstancia, el que prestó sólo tendrá los derechos que exprese su respectivo contrato."*

¹⁶⁸ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. *Derecho Notarial*. 7ª ed., Porrúa, México, 1995, pp. 65.

constituye un elemento de existencia de la voluntad.¹⁶⁹ Por eso se manifestó que "Format dat esse rei" [«La forma da el ser a la cosa»¹⁷⁰]. "No hay acto jurídico sin forma, elemento constitutivo tanto del acto jurídico como del contrato."¹⁷¹ Para éste autor, la forma se define como "El signo o conjunto de signos por los cuales se hace constar o se exterioriza la voluntad del o de los agentes de un acto jurídico y del contrato."¹⁷² Los formalismos o formalidades, que es el concepto con el que se confunde a la forma, se definen como "El conjunto de normas establecidas por el ordenamiento jurídico o por las partes, que señalan cómo se debe exteriorizar la voluntad para la validez del acto jurídico y del contrato. En estas definiciones se establece la distinción entre la forma, como elemento de existencia del contrato y los formalismos o formalidades como elemento de validez."¹⁷³

Confrontando los conceptos de solemnidad, forma y formalismos o formalidades y que han sido señalados en éstos párrafos precedentes, puede concluirse entonces que la solemnidad es un formalismo elevado a elemento de existencia por la ley de manera excepcional (formalidad *ad solemnitatem*).

- A. El consentimiento. Es éste el concurso de voluntades. El maestro Manuel Borja Soriano, con apoyo en Capitant, Bonnecasse y Gounot, nos define al consentimiento, diciendo que éste "es elemento esencial del contrato. Consiste en el acuerdo de dos o más voluntades sobre la producción o transmisión de obligaciones y derechos, siendo necesario que estas voluntades tengan una manifestación exterior."¹⁷⁴

El maestro Gutiérrez y González agrega al consentimiento otros fines, acorde a su definición de convenio y contrato, manifestando que "es el acuerdo de dos o más voluntades que tienden a crear, transferir, conservar, modificar o extinguir,

¹⁶⁹ *Loc. cit.*

¹⁷⁰ Mans Puigamau, Jaime M. *Op. cit.*, p. 108.

¹⁷¹ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. *Derecho ...*, p. 66.

¹⁷² *Loc. cit.*

¹⁷³ *Loc. cit.* En el mismo sentido se pronuncia el maestro Luis Carral y de Teresa (*Derecho Notarial y Registral*. 13ª ed., Porrúa, México, 1995, pp. 137 *et seq.*) y Miguel Ángel Zamora y Valencia (*Contratos Civiles*. 4ª ed., Porrúa, México, 1992, pp. 31 *et seq.*).

¹⁷⁴ Borja Soriano, Manuel. *Op. cit.*, p. 141.

efectos de derecho, y es necesario que esas voluntades tengan una manifestación exterior.¹⁷⁵

Éste mismo autor manifiesta que el consentimiento se compone de dos elementos más, a saber:

- a. La propuesta, oferta o policitud: *“Es una declaración unilateral de voluntad, recepticia, expresa o tácita, hecha a persona presente o no presente, determinada o indeterminada, que contiene los elementos esenciales de un contrato cuya celebración pretende el autor de esa voluntad, seria y hecha con ánimo de cumplir en su oportunidad.”*¹⁷⁶
- b. La aceptación, que *“es una declaración unilateral de voluntad, expresa o tácita, hecha a persona determinada, presente o no presente, seria, lisa y llana, mediante la cual se expresa la adhesión a la propuesta, y se reduce a un «sí».”*¹⁷⁷

Dicho consentimiento puede ser también expreso o tácito, de acuerdo a lo señalado por el artículo 1803, que expresa:

“ARTÍCULO 1803.— El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente.”

El consentimiento puede formarse entre presentes o ausentes, existiendo diversas reglas para cada caso. Si una oferta se realiza fijándose un plazo para aceptar, quedará el proponente ligado a dicha oferta hasta la expiración del plazo. Si se realiza la oferta entre presentes sin fijación de un plazo para que se verifique la aceptación, el oferente quedará desligado si ésta no se hace inmediatamente. Así lo disponen los artículos 1804, 1805 y 1807 del Código Civil:

¹⁷⁵ Gutiérrez y González, Ernesto. *Op. cit.*, p. 246.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 248.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 254.

“ARTÍCULO 1804.- Toda persona que propone a otra la celebración de un contrato fijándole un plazo para aceptar, queda ligada por su oferta hasta la expiración del plazo.

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.”

Si la oferta se realiza a una persona no presente y sin fijación de algún plazo, el proponente queda ligado a sostener su oferta durante tres días, además del tiempo necesario para la ida y vuelta regular del correo público, o del que se considere como bastante, atendiendo a las facilidades o dificultades de las comunicaciones, como lo determina el artículo 1806 del citado ordenamiento civil:

“ARTÍCULO 1806.- Cuando la oferta se haga sin fijación de plazo a una persona no presente, el autor de la oferta quedará ligado durante tres días, además del tiempo necesario para la ida y vuelta regular del correo público, o del que se juzgue bastante, no habiendo correo público, según las distancias y la facilidad o dificultad de las comunicaciones.”

El contrato se formará entre ausentes, en el momento en que el oferente reciba la aceptación:

“ARTÍCULO 1807.- El contrato se forma en el momento en que el proponente reciba la aceptación, estando ligado por su oferta según los artículos precedentes.”

La unión de ambas voluntades, su concurrencia, produce el consentimiento. Perfeccionándose el contrato por el mero consentimiento, obligará a ambas partes a lo pactado, y a las consecuencias que según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley:

“ARTÍCULO 1796.- Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los

contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley."

"ARTÍCULO 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."

Excepcionalmente el silencio puede considerarse como una aceptación, voluntad concurrente para integrar el consentimiento, ya que bien se ha expresado que aquél "[...] **SÓLO PRODUCIRÁ EFECTOS DE ACEPTACIÓN Y ENGENDRARÁ EL CONSENTIMIENTO CUANDO LA LEY ASÍ LO DETERMINE.**"¹⁷⁸ Esto es así, porque el silencio es una indeterminación, es decir, es una abstención u omisión absoluta que no puede interpretarse como una afirmación o una negación. Dino de Mugello afirmó con respecto a lo anterior en la Regla 44, Título 5, de sus *Commentarius in regulas iuris pontificii*, que "*Tacere, médium quoddam est, inter consensum et contradictionem*" [«El silencio es una especie de término medio entre el consentimiento y la contradicción»¹⁷⁹], de considerarse una afirmación en todos los casos, ello notoriamente conllevaría a vincular indiscriminadamente a las personas aún por mero capricho de otras. Ante tal indeterminación, corresponde a la ley proporcionar el orden debido, de ahí que se imponga como conveniente que únicamente cuando la ley lo determine, el silencio podrá generar los efectos jurídicos que también se establezcan.

Señalamiento expreso del efecto del silencio se encuentra en la hipótesis del contrato de mandato prevista por el artículo 2547 del Código Civil, el cual establece:

"ARTÍCULO 2547.- El contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario.

El mandato que implica el ejercicio de una profesión se presume aceptado cuando es conferido a personas que ofrecen

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 256.

¹⁷⁹ Mans Puigarnau, Jaime M. *Op. cit.*, p. 443.

al público el ejercicio de su profesión, por el solo hecho de que no lo rehusen [sic] dentro de los tres días siguientes.

La aceptación puede ser expresa o tácita. Aceptación tácita es todo acto en ejecución de un mandato."

Se ha expresado en torno a éste tema, que la ignorancia puede producir integrar también el consentimiento, ya que la falta de rechazo de una propuesta por el desconocimiento de la misma, hace que se tenga por aceptada.¹⁸⁰ Pensamos que la ignorancia será en este caso el motivo pristino e inmediato del silencio, siendo éste y no aquélla el origen de los efectos de aceptación y por tanto de integración del consentimiento. Sin embargo, es cierto sin lugar a dudas, que el silencio producido por ignorancia sí podrá ser tomado en consideración como hecho eximente de responsabilidad,¹⁸¹ ya que el artículo 2547 del Código Civil, sin lugar a dudas al señalar que la propuesta debe rehusarse en el plazo de 3 días, ello lleva insita la presuposición del conocimiento de la propuesta, cuenta habida de que no puede rehusarse aquello de lo cual no se tiene idea o noción. Un apotegma jurídico atribuido a Ulpiano, Ley 3, Título 17, *de regulis iuris*, Libro 50, del Digesto, expresa que "*Nihil volitum, nisi praecognitum*" [«Puede no querer el que puede querer»¹⁸²], es decir, puede rehusar el que puede aceptar, y si "*Nihil volitum, nisi praecognitum*" [«No puede quererse lo que no se conoce»¹⁸³], fácilmente nos damos cuenta de que sólo se puede rehusar lo cognoscible.

- B. El objeto. La fracción II, del artículo 1794 citado, se encuentra complementada por el artículo 1824 del mismo ordenamiento civil, el cual establece:

"ARTÍCULO 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."*

¹⁸⁰ Cfr. Gutiérrez y González, Ernesto. *Op. cit.*, p. 257 et seq.

¹⁸¹ Cfr. *Ibidem*, p. 258.

¹⁸² Mans Puigarnau, Jaime M. *Op. cit.*, p. 492.

¹⁸³ *Loc. cit.*

Lo señalado en éste precepto es el objeto indirecto de los contratos (el cual a su vez, es el objeto directo de la obligación). Como se observa, el objeto indirecto del contrato es una prestación (dar y hacer) o abstención (no hacer): "OBJETO DIRECTO DEL CONTRATO, que de acuerdo con la definición de lo que es el contrato, resulta ser EL CREAR Y TRANSMITIR DERECHOS Y OBLIGACIONES."¹⁸⁴ "OBJETO INDIRECTO DEL CONTRATO, que es el objeto directo de la obligación, que como ya se explicó, es una conducta de dar, hacer o no hacer."¹⁸⁵ Pensamos que la fracción I del citado artículo, lleva implícita a la conducta de dar, aún y cuando se refiere a la cosa material y no propiamente al comportamiento, cuenta habida de que las conductas únicamente pueden referirse jurídicamente a las personas y no por prosopopeya a las cosas.¹⁸⁶

Dice el maestro O'Callaghan Muñoz, que el objeto "*Es la necesidad, esencia de la obligación: sin ella, no sería tal, podrían ser tratos preliminares, conversaciones, vagos acuerdos entre amigos, etc., pero no una obligación, como relación jurídica.*"¹⁸⁷

La cosa que el obligado debe dar, a la cual se refiere la fracción I del artículo 1824, debe reunir las características que señala el artículo 1825 del mismo código sustantivo, el cual expresa:

"ARTÍCULO 1825.- 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."

Si una cosa que no existe en determinado momento, pero necesaria o posiblemente puede llegar a existir, entonces sí puede ser objeto del contrato:

"ARTÍCULO 1826.- Las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato. Sin embargo, no puede serlo la herencia de una persona viva, aun cuando ésta preste su consentimiento."

¹⁸⁴ Gutiérrez y González, Ernesto. *Op. cit.*, p. 274.

¹⁸⁵ *Loc. cit.*

¹⁸⁶ *Vid. Supra*, p. 20, en que consiste la obligación de dar, según el artículo 2011 del Código Civil.

¹⁸⁷ O'Callaghan Muñoz, Xavier. *Op. cit.*, p. 18.

El que la cosa deba *ser determinada* (o *determinable en cuanto a su especie* si se estipuló el cumplimiento de la prestación con posterioridad), significa que, debe especificarse con exactitud cual es la cosa que deberá darse *ab initio* [«desde el inicio»], o en su caso, *a posteriori* [«por lo que viene después»], al momento de exigirse el cumplimiento del contrato. No hay propiamente una deuda (obligación en sentido estricto), si no se determina la prestación. *“La determinación de la prestación constituye, en relación con el deudor, una garantía de que no le podrá ser exigido ni más ni menos de aquello a que se encuentre obligado.”*¹⁸⁸ Así entonces, si se enajena una cosa determinada, la propiedad se transmitirá por mero efecto del contrato, y si la cosa no es determinada, la propiedad sobre la misma se transmitirá hasta que se determine.

“ARTÍCULO 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 relativas del Registro Público.

ARTÍCULO 2015.— En las enajenaciones de alguna especie indeterminada, la propiedad no se transferirá sino hasta el momento en que la cosa se hace cierta y determinada con conocimiento del acreedor.”

De acuerdo a éstos supuestos y en virtud a que los contratos se perfeccionan generalmente de manera consensual de acuerdo al artículo 1796, si ha habido transmisión de la propiedad de la cosa, ésta transmisión sí existirá y se verificará con independencia de que deba cubrirse con alguna formalidad.

Finalmente, que la cosa esté en el comercio, significa que la cosa debe ser susceptible de apropiación, como lo disponen los artículos 747, 748 y 749 del Código Civil, los cuales establecen:

“ARTÍCULO 747.— Pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio.

¹⁸⁸ De Pina, Rafael. *Op. cit.*, p. 41.

ARTÍCULO 748.- Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley.

*ARTÍCULO 749.- Están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular.*¹⁸⁹

Por su parte, el hecho que el obligado debe hacer o no hacer, debe igualmente reunir las características que señala el artículo 1827 del mismo Código Civil, que establece:

“ARTÍCULO 1827.- El hecho positivo o negativo, objeto del contrato, debe ser:

I. Posible;

II. Lícito.”

Que el hecho (hacer o no hacer) debe *ser posible* es un principio elemental, dado que “*Impossibile, idem est ad non esse*” [«Imposible es lo mismo que no ser»¹⁹⁰]. De ahí que se hallan desprendido diversos principios, entre los que se pueden citar los que expresan que “*Lex non cogit ad impossibilia*” [«La ley no obliga a lo imposible»¹⁹¹], y por ello legalmente “*Ad impossibilia nulla datur obligatio*” [«No hay obligación para cosas imposibles»¹⁹²]. Ni la ley, ni el contrato pueden convertir en posible lo que no puede serlo. Tal trascendencia tuvieron éstas máximas, que fueron reconocidas y adoptadas por el *Corpus Iuris Canonici* (Capítulo 6, Final del Título 12, *de regulis iuris*, Libro 5º, del Sexto o Colección de Decretales de Bonifacio VIII), cuerpo normativo en el cual se estableció que

¹⁸⁹ Mans Puigarnau, Jaime M. (*Op. cit.*, p. 385), señala dos principios relacionados con la primera parte del artículo 749; una que se encuentra en el parágrafo 1º, de la Ley 188, Título 17, *de regulis iuris*, Libro 50, se lee una máxima de Celso que expresa que “*Quae rerum natura prohibentur, nulla lege confirmata sunt*” [«Lo que está prohibido por la naturaleza de las cosas, no se confirma por ninguna ley»], y otra más que expresa que “*Impossibilia natura, lege non confirmantur*” [«Las cosas imposibles por la naturaleza no son confirmadas por la ley»].

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 386.

¹⁹¹ *Loc. cit.*

¹⁹² *Loc. cit.*

“*Nemo potest ad impossibile obligari*” [«Nadie puede ser obligado a lo imposible»¹⁹³]. Evidentemente que si el objeto no es posible, no está en condiciones de ser analizada su juridicidad, pues al *no ser* no puede recaerle un análisis que le corresponde al *ser*. Estos principios se cristalizaron en el artículo 1828 del Código Civil, el cual establece:

“ARTÍCULO 1828. 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.”

La imposibilidad puede ser así, tanto natural como jurídica: v. gr. no es posible obligarse a un hecho consistente en impedir sin instrumento alguno la caída de un cuerpo determinado a la Tierra, y jurídicamente no es posible embargar el patrimonio de familia.¹⁹⁴

No existe imposibilidad en el caso contemplado en el artículo 1829 del mismo ordenamiento, el cual establece:

“ARTÍCULO 1829.— No se considerará imposible el hecho que no pueda ejecutarse por el obligado, pero sí por otra persona en lugar de él.”

La falta de consentimiento y/o de objeto que pueda ser materia de un acto jurídico, tiene una sanción, la inexistencia. Así lo establece el artículo 2224 del Código Civil:

¹⁹³ Mans Puigarnau, Jaime M. *Op. cit.*, p. 386.

¹⁹⁴ El artículo 723 expresa que “*El patrimonio familiar es una institución de interés público, que tiene como objeto afectar uno o más bienes para proteger económicamente a la familia y sostener el hogar. El patrimonio familiar puede incluir la casa-habitación y el mobiliario de uso doméstico y cotidiano; una parcela cultivable o los giros industriales y comerciales cuya explotación se haga entre los miembros de la familia; así como los utensilios propios de su actividad, siempre y cuando no exceda su valor, de la cantidad máxima fijada por este ordenamiento.*” La imposibilidad de embargar dicho patrimonio de familia se encuentra en el artículo 727 del Código Civil, el cual expresa que “*Los bienes afectos al patrimonio de la familia son inalienables, imprescriptibles y no estarán sujetos a embargo ni gravamen alguno.*”

"ARTÍCULO 2224.- El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado."

Los requisitos de validez del contrato, por su parte, se infieren del texto del artículo 1795 del Código Civil para el Distrito Federal, ya que de la redacción de dicho artículo se enumeran *"no los requisitos que precisa el acto para valer, sino que expone las causas por las cuales puede resultar invalidado un contrato, [...]"*¹⁹⁵

"ARTICULO 1795.- El contrato puede ser invalidado:

- I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;*
- II. Por vicios del consentimiento;*
- III. Porque su objeto, o su motivo o fin sea ilícito;*
- IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece."*

Estos requisitos también han sido objeto de enumeración por nuestro Máximo Tribunal:

Quinta Epoca

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XIV

Página: 1688

CONTRATOS. Cuatro son los elementos que deben reunir para su validez: capacidad de los contratantes, mutuo consentimiento, objeto lícito y que se celebren con las formalidades externas que exige la ley.

¹⁹⁵ Gutiérrez y González, Ernesto. *Op. cit.*, p. 298.

Amparo civil directo. Márquez Fidencio G. y coagraviado. 14 de junio de 1924. Mayoría de seis votos. Disidentes: Leopoldo Estrada, Jesús Guzmán Vaca, Francisco Díaz Lombardo y Teófilo H. Orantes. La publicación no menciona el nombre del ponente.

- a. Incapacidad legal de las partes o de una de ellas. El maestro Manuel Borja Soriano con apoyo en Capitant, expresa que *"La capacidad jurídica es la aptitud para ser sujeto de derechos y hacerlos valer. Hay pues dos especies de capacidad o más bien dos grados en la capacidad: la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio."*¹⁹⁶ Continúa diciendo, con apoyo en Planiol, Ripert y Savatier que *"La palabra incapacidad designa algunas veces a personas privadas de ciertos derechos [...]. La misma expresión de incapacidad ordinariamente se aplica a personas que poseen todos sus derechos pero que no tienen el libre ejercicio de ellos, por ejemplo, los menores y los demás sujetos a interdicción. Así, pues, hay incapacidad de goce e incapacidad de ejercicio."*¹⁹⁷

*"El primer atributo de la personalidad es la capacidad."*¹⁹⁸ Ésta capacidad puede definirse lato sensu: *"En su sentido amplio, es decir, por capacidad en general, entendemos la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones, de ejercitar los primeros y contraer y cumplir las segundas en forma personal y comparecer en juicio por derecho propio."*¹⁹⁹ Por lo tanto, se observan dos especies de capacidad, a saber, la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio. Se define a la capacidad de goce como *"la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones."*²⁰⁰ La capacidad de ejercicio *"es la aptitud del sujeto para ejercitar derechos y contraer y cumplir obligaciones personalmente y para comparecer en juicio por derecho propio."*²⁰¹ La capacidad de goce es connatural a la personalidad jurídica: aquélla es un atributo necesario de ésta y no

¹⁹⁶ Borja Soriano, Manuel. *Op. cit.*, p. 274.

¹⁹⁷ *Loc. cit.*

¹⁹⁸ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. *Derecho Civil.* p. 166.

¹⁹⁹ *Loc. cit.*

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 167.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 176.

puede suprimirse en ningún caso, aún y cuando es posible graduarla; por su parte la capacidad de ejercicio está condicionada a la existencia de la capacidad de goce: puede verificarse la existencia de una persona sin capacidad de ejercicio pero necesariamente tendrá capacidad de goce. El caso contrario es una aberración, pues no puede existir una persona con capacidad de ejercicio que no tenga capacidad de goce. Esto último constituye un dislate.

Es por tanto la capacidad de goce la que señorea por su trascendencia. La capacidad de goce no es susceptible de suprimirse por ningún caso: *"si se admitiese la incapacidad total de goce, se negaría el atributo esencial de la personalidad y, por tanto, el sujeto quedaría convertido, ipso facto, en cosa."*²⁰² Aunque superfluamente se puede observar identidad entre ambos conceptos, capacidad de goce y personalidad jurídica, la doctrina se ha encargado de demostrar que son instituciones distintas. La personalidad jurídica se define igualmente como la *"aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones."*²⁰³ Ésta le otorga su cualidad de persona a los sujetos; la capacidad no. Por ello se ha afirmado que la personalidad jurídica *"es un concepto jurídico fundamental, inmutable, único, cuyo contenido no ha variado ni variará independientemente del orden jurídico en el que sea analizado."*²⁰⁴ *"La capacidad de goce, en cambio, si como es cierto, también participa invariablemente en la composición jurídica de la persona física desde la concepción de ésta, puede ser y es, por el contrario de la personalidad jurídica, objeto de graduaciones; se tiene más o menos capacidad de goce; alguien puede ser capaz en determinadas circunstancias y otra persona no serlo."*²⁰⁵ Ejemplo muy utilizado para ilustrar una incapacidad de goce parcial lo es el que se refiere a los extranjeros, lo cuales no pueden adquirir el dominio directo de tierras y aguas, según lo determina la fracción I *in fine*, del párrafo 9º, del Artículo 27 Constitucional:

"ARTÍCULO 27.- [...]

[...] En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas."

²⁰² Rojina Villegas, Rafael. *Op. cit.*, Tomo V, Obligaciones I, p. 384.

²⁰³ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. *Derecho Civil.*, p. 129.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 170.

²⁰⁵ *Loc. cit.*

Dice el maestro Gutiérrez y González que *"la ley establece que determinadas personas no puedan tener ciertos derechos, creando así una incapacidad de goce; o bien la ley determina que, teniendo esos derechos, les está vedado ejercitarlos por sí, de donde resulta la incapacidad de ejercicio."*²⁰⁶

El artículo 1798 del Código Civil establece:

"ARTÍCULO 1798.- Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley."

De lo anterior se desprende que sólo la ley puede determinar la capacidad o incapacidad de las personas, resultando también que la capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción.

Dicha disposición se encuentra complementada por el artículo 450 del mismo ordenamiento, el cual establece:

"ARTÍCULO 450.- Tienen incapacidad natural y legal:

- I. Los menores de edad;*
- II. Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que ésto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.*

III. DEROGADA.

IV. DEROGADA."

²⁰⁶ Gutiérrez y González, Ernesto. *Op. cit.*, p. 393.

Una persona que no tenga capacidad de ejercicio, puede ejercitar sus derechos, celebrar actos jurídicos y contraer obligaciones por medio de otra persona por medio de la institución jurídica de la representación. La representación es *“la facultad que tienen una persona de actuar, obligar y decidir en nombre o por cuenta de otra.”*²⁰⁷

- b. Vicios del consentimiento. En estricto sentido el vicio o defecto recae sobre la voluntad o voluntades de una de las partes, pero ello repercute en la conformación del consentimiento, en la concurrencia de las voluntades, en donde una o ambas son imperfectas.

De manera general, son vicios del consentimiento los siguientes:

1. El error (producido por dolo o mantenido por mala fe²⁰⁸). Este es una falsa noción de la realidad, un concepto equivocado o juicio falso. Como dice el maestro Borja Soriano con apoyo en Hémard, Demogue y Baudry - Lacantineri et Barde, *“El error es una creencia no conforme con la verdad [...], un estado psicológico en discordancia con la realidad objetiva [...], una noción falsa [...].”*²⁰⁹

Pomponio había expresado en su Ley 20, Título 3, *de aqua*, Libro 39, del Digesto que *“Nulla voluntas errantis est”* [«Es nula la voluntad del que yerra»²¹⁰]. El error puede surgir inopinada o casualmente, sin esperarse ni pensarse. Si ese error inopinado recae sobre un motivo determinante de la voluntad, el acto o contrato será nulo. Así se determina en el artículo 1813 del Código Civil:

“ARTÍCULO 1813.- El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la

²⁰⁷ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. *Representación. Poder y Mandato*. 8ª ed., Porrúa, México, 1994, p. 3.

²⁰⁸ El dolo y la mala fe, no son vicios del consentimiento autónomos, sino que son causa del error. *Cfr.* Borja Soriano, Manuel. *Op. cit.*, p. 250.

²⁰⁹ Borja Soriano, Manuel. *Op. cit.*, p. 245.

²¹⁰ Mans Puigarnau, Jaime M. *Op. cit.*, p. 490.

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."

El error también puede surgir por una provocación, es decir, un error inducido. La maquinación, sugestión o artificio para inducir al error se denomina dolo. Si no hubo inducción al error, y éste surgió inopinadamente en uno de los contratantes, y el otro conoce esa circunstancia y la aprovecha disimulándolo para mantener en ese error a la otra parte, habrá mala fe²¹¹. Esto se desprende del texto del artículo 1815 del Código Civil:

"ARTÍCULO 1815.- Se entiende por dolo en los contratos, cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido."

Igualmente si un tercero actúa dolosamente para inducir a error a uno de los contratantes, sabiéndolo el otro, también será causa de invalidez:

"ARTÍCULO 1816.- El dolo o mala fe de una 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."

El Código Civil recoge el axioma jurídico que expresa que "*Nemini dolus suus prodesse debet*" [«A nadie debe aprovechar su propio dolo»²¹²], del cual se desprende que no puede alegar nulidad quien dio motivo a ella, tratando de ésta manera obtener cualquier beneficio, ni ambas partes si las dos procedieron con dolo:

²¹¹ Para el maestro Ernesto Gutiérrez y González (*Op. cit.*, pp. 341 *et seq.*), la mala fe es en realidad la *mala intención*. Efectivamente, dado que el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española señala que uno de los significados de fe es la "*Confianza, buen concepto que se tiene de alguien o de algo.*" (p. 675), la unión de ambos conceptos se evidencia contradictoria. Sin embargo, debemos señalar que el dolo que produce un error también es una voluntad deliberada encaminada a un fin, al igual que la intención, siendo su común denominador que ambos son eventos que se oponen a la ley.

²¹² Mans Puigarnau, Jaime M. *Op. cit.*, p. 157.

"ARTÍCULO 1817.- Si ambas partes proceden con dolo, ninguna de ellas puede alegar la nulidad del acto o reclamarse indemnizaciones."

2. La violencia, la cual es definida por el artículo 1819 del Código Civil, cuyo tenor es el siguiente:

*"ARTÍCULO 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."*²¹³

Del anterior artículo se desprende que puede ejercerse violencia por medio de fuerza física o material y también de manera moral. Ambas producen la alteración de la facultad de decisión libre, que es la que debe prevalecer en materia contractual.

Se ha expresado que la fuerza material, conducta física, no puede viciar la voluntad, dado que ésta es un elemento psicológico que únicamente puede ser afectado por causas psíquicas.²¹⁴ Sin embargo, la violencia física puede generar miedo o temor en una persona. Ambas palabras contienen significaciones distintas, aunque coincidentes en cierto modo.

"Miedo. (Del lat. metus). m. Perturbación angustiosa del ánimo por un riesgo o daño real o imaginario. || 2. Recelo o aprensión que alguien tiene de que le suceda algo contrario a lo que desea."

²¹³ Debemos reconocer una imprecisión en este artículo con respecto al grado limitativo de las personas sobre quien se ejerce la violencia, ya que como acertadamente lo señala el maestro Gutiérrez y González, el interés jurídicamente tutelado es la libertad para externar la voluntad, por lo que el acto es nulo siempre que se coaccione ésta. *Cfr. Gutiérrez y González, Ernesto. Op. cit.*, p. 366.

²¹⁴ *Cfr. Gutiérrez y González, Ernesto. Op. cit.*, pp. 365 y 367.

"Temor. (Del lat. timor, -ōris). m. Pasión del ánimo, que hace huir o rehusar aquello que se considera dañoso, arriesgado o peligroso. || 2. Presunción o sospecha. || 3. Recelo de un daño futuro."

Si el miedo puede ser causado por un daño real, entonces la fuerza física si puede coaccionar la voluntad, obligando al receptor de la misma a emitir una voluntad viciada. De lo contrario quedarían extramuros civilmente v. gr., aquellos eventos en los cuales se emitiría una voluntad como consecuencia de la continuidad de un dolor físico inferido a un contratante (tortura). Ulpiano afirmó en el Proemio de la Ley 116, Título 17, Libro 50, del Digesto, que "*Nihil consensui tam contrarium est, quam vis atque metus*" [*«Nada hay tan contrario al consentimiento como la violencia y el miedo»*²¹⁵], de ahí que éste mismo jurista haya afirmado en el Parágrafo 5, de la Ley 14, Título 2, *quod metus causa*, Libro 4, del Digesto, que "*In alterius praemium verti alienum metum non oportet*" [*«El miedo causado por uno no debe convertirse en utilidad de otro»*²¹⁶].

La violencia puede igualmente provenir de uno de los contratantes o un tercero, pues así lo determina el artículo 1818 del Código Civil:

"ARTÍCULO 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."

No puede existir renuncia a la sanción de nulidad cuando la voluntad fue viciada por error o violencia, de acuerdo al artículo 1822 del Código Civil:

"ARTÍCULO 1822. No es lícito renunciar para lo futuro la nulidad que resulte del dolo o de la violencia."

Se ha señalado que "*Voluntas, etamsi coacta, voluntas est*" [*«La voluntad, siquiera coaccionada, es voluntad»*²¹⁷]; pero evidentemente no es la voluntad que la ley considera como idónea para la creación de obligaciones. Ésta debe ser libre, y si no es así, el acto que se genere con una voluntad coaccionada debe nulificarse.

²¹⁵ Mans Puigamau, Jaime M. *Op. cit.*, p. 322.

²¹⁶ *Loc. cit.*

²¹⁷ *Ibidem*, p. 492.

3. La lesión, la cual se encuentra reconocida en el artículo 17 del Código Civil para el Distrito Federal y no propiamente, dentro del capítulo de vicios del consentimiento.

“ARTÍCULO 17.- Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro; obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios.

El derecho concedido en este artículo dura un año.”

En la lesión se verifican dos vicios, el subjetivo y el objetivo. El primero, el vicio subjetivo atiende a la voluntad, la cual se observa no es libre, por el abuso que se verifica de uno a otro contratante. Un contratante abusa de otro, ante la suma ignorancia, la notoria inexperiencia o la extrema miseria que tiene el contratante explotado, cualidades por las cuales dicho contratante acepta recibir una prestación desproporcionada: se observa que la voluntad está viciada. Por su parte, el vicio objetivo lo constituye la desproporción de las prestaciones, Nuestro Máximo Tribunal, ha hecho referencia a éstos dos elementos, en la tesis jurisprudencial cuyo tenor es el siguiente:

Quinta Epoca

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: CXXVII

Página: 807

LESION EN LOS CONTRATOS, ELEMENTOS DE LA. De acuerdo con el artículo 17 del Código Civil del Distrito Federal, son dos los elementos que deben concurrir para que se dé la lesión: uno objetivo y otro subjetivo. Consiste el primero según este precepto, en la obtención por uno de los contratantes de un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obligue, y el segundo, según el

propio artículo, en que tal desproporción sea el resultado de explotar la suma ignorancia, la notoria inexperiencia o la extrema miseria de otro.

Amparo directo 5390/53. Antonio Gantus. 7 de marzo de 1956.
Cinco votos. Ponente: Gabriel García Rojas.

Para el maestro Ernesto Gutiérrez y González,²¹⁸ la suma necesidad debe ser también causa de lesión, pues una situación extrema, una necesidad apremiante por la que esté atravesando una persona, es también base sobre la cual puede verificarse un abuso por parte de otra para obtener un lucro desproporcionado; la extrema miseria puede arrojar sin lugar a dudas, una suma necesidad.

Cabe señalar, que anteriormente a la reforma al artículo 17 del Código Civil citado que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación de 27 de diciembre de 1983, en el texto del artículo se leía la palabra "rescisión" y no "nulidad".²¹⁹ Dado que la lesión es reconocida como un vicio del consentimiento, lo que excluye que el contrato afectado de dicho vicio sea considerado como válido, evidentemente lo preciso es que la acción que se conceda deba ser la de nulidad y no la de rescisión, puesto que ésta recae, en términos generales, únicamente sobre contratos plenamente existentes y válidos.

4. En los códigos de Quintana Roo y Puebla se agrega la reticencia. El maestro Gutiérrez y González, dice que la reticencia es "EL SILENCIO QUE VOLUNTARIAMENTE GUARDA UNO DE LOS CONTRATANTES AL EXTERIORIZAR SU VOLUNTAD RESPECTO DE ALGUNO O ALGUNOS HECHOS IGNORADOS POR SU CO-CONTRATANTE, Y QUE TIENEN RELACIÓN CON EL ACTO JURÍDICO QUE SE CELEBRA."²²⁰ La reticencia se diferencia

²¹⁸ Cfr. Gutiérrez y González, Ernesto. *Op. cit.*, pp. 376 et seq.

²¹⁹ El texto de dicho artículo 17, expresaba que "Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho de pedir la rescisión del contrato, y de ser ésta imposible, la reducción equitativa de su obligación. El derecho concedido en este artículo dura un año."

²²⁰ *Ibidem*, p. 382.

en términos generales del error producido por dolo y el error producido por mala fe, debido a que en estos dos últimos existe un conocimiento falso de la realidad de alguna o algunas de las circunstancias del contrato, en cambio en la reticencia, una parte no tiene conocimiento alguno de las circunstancias que de alguna manera podrían influir en su ánimo de contratar; la parte afectada es ignorante de uno o varios hechos por el silencio guardado por una de las partes.²²¹ Se observa cierta similitud de la reticencia con la lesión, en cuanto al aprovechamiento en ésta última de la suma ignorancia de uno de los contratantes.

- c. La licitud en el objeto, motivo o fin. Éstos deben *ser licitos*, esto es, deben ir acorde con lo que disponen las leyes de orden público y las buenas costumbres.

El objeto de contrato es como ya fue analizado, de dos tipos, directo (crear, transmitir, modificar o extinguir, derechos y obligaciones), e indirecto (conducta de dar, hacer o no hacer). El motivo o fin, se definen como "*LA RAZÓN CONTINGENTE, SUBJETIVA, Y POR LO MISMO VARIABLE DE INDIVIDUO A INDIVIDUO, QUE LO INDUCE A LA CELEBRACIÓN DEL ACTO JURÍDICO.*"²²²

Un primer concepto de ilicitud se desprende del artículo 1830 del Código Civil para el Distrito Federal, que señala:

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

Interesantemente y no obstante la definición anterior, el propio Código Civil, en su artículo 1910, parece dar otra definición de ilicitud, puesto que separa de la misma a las buenas costumbres.²²³ Las buenas costumbres "*SON EL CONJUNTO DE HÁBITOS, PRÁCTICAS O INCLINACIONES OBSERVADAS POR UN GRUPO HUMANO EN UN LUGAR Y MOMENTO DETERMINADOS Y, LAS*

²²¹ Cfr. *Ibidem*, p. 379 et seq.

²²² *Ibidem*, p. 323.

²²³ *Vid. Supra*, p. 34, el texto del artículo 1910.

CUALES, DEBERÁ ATENDERLE JUZGADOR PARA SANCIONAR O NO, UN ACTO COMO ILÍCITO.²²⁴

Se ha expresado no todos los acontecimientos (hecho o acto), que van en contra de una ley, tienen el carácter de ilícitos, dado a que existen diversos tipos de leyes, a saber: a) la ley supletoria, dispositiva o permisiva, b) la ley prohibitiva, y c) la ley preceptiva, imperativa u ordenadora.²²⁵ Por medio de las leyes prohibitivas (las que como su nombre lo indica, impiden la realización de determinadas conductas), e imperativas (las que ordenan la realización de determinadas conductas), el Estado garantiza el orden social. Éste orden social, adquirido por el derecho toma el nombre de orden público. La trasgresión a los preceptos prohibitivos o imperativos están sancionados con la nulidad, ya que la voluntad de los particulares no puede alterar el orden público yendo en contra de las leyes de ésta categoría. Así lo ordena el artículo 8° del Código Civil, el cual establece:

“ARTÍCULO 8o.- Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario.”

Esto fue reiterado por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, la cual estableció:

Quinta Epoca

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: LXVII

Página: 2006

NULIDAD DE LOS ACTOS JURIDICOS. La nulidad de un acto jurídico debe estar expresamente establecida por la ley, y a falta de disposición expresa, debe resultar de la aplicación de la regla general contenida en todos los Códigos Civiles de la República, según la cual los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas e imperativas, serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario.

²²⁴ Gutiérrez y González, Ernesto. *Op. cit.*, pp. 320 y 321.

²²⁵ *Cfr. Ibidem*, p. 318.

Amparo civil directo 4571/38. Tenorio Sosa de Lestrade Rosario y coagraviados. 25 de febrero de 1941. Unanimidad de cuatro votos. El Ministro Felipe de J. Tena no intervino en la resolución de este asunto por las razones que constan en el acta del día. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Véase: Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, Cuarta Parte, Tercera Sala, página 590, tesis 198, de rubro "NULIDAD. NO EXISTE DE PLENO DERECHO."

La ley supletoria, dispositiva o permisiva, "es la que se emite por el Estado para regir las conductas humanas cuando los sujetos que producen esas conductas no han previsto todas las consecuencias de su proceder."²²⁶ Esa ley suple la voluntad de las partes, colmando el acto en aquello en lo que éstas fueron omisas: "La ley supletoria se aplica cuando es omisa la o las voluntades que crean un acto; suplen el silencio de los que realizan una conducta, y por lo mismo, sólo rige esta ley en defecto de declaración expresa; de ahí que, si se realiza o se pacta una conducta contraria a lo que este tipo de ley supone, no se está realizando un hecho ilícito."²²⁷ Teniendo éstas características, el acto o hecho que se contraponga aparentemente con la ley dispositiva no tendrá la categoría de ilícito, dada su esencia permisiva. Siendo lícito, entonces no irá en contra de la ley: las partes pueden dotar a un acto jurídico de un contenido diverso al que dispone la ley supletoria, sólo en aquellos supuestos en los cuales ésa ley lo permita. Ya veremos en su oportunidad, que la conceptualización de la ley dispositiva y sus alcances ha sido objeto de una fuerte crítica, ya que se ha expresado que no es absolutamente cierto que la voluntad de las partes pueda dotar de un contenido contrario a lo dispuesto por una ley de éste tipo.²²⁸

Ahora bien, no se debe confundir la ilicitud, con la imposibilidad jurídica ya que "El acto ilícito se realiza efectivamente, aunque violando la ley o la moral [...]; es lo posible, vedado o reprobado, pero no lo imposible [...]."²²⁹

²²⁶ Gutiérrez y González, Ernesto. *Op. cit.*, p. 314.

²²⁷ *Loc. cit.*

²²⁸ *Vid. Infra*, p. 191.

²²⁹ Borja Soriano, Manuel. *Op. cit.*, p. 170; ejemplifica, con apoyo en Ferrara, de la siguiente manera: "Si en un contrato A se obliga para con B a dar muerte a C, la prestación que consiste

La ilicitud es tema constante del presente trabajo, por lo cual lo abordaremos en reiteradas ocasiones para precisarlo. Por el momento únicamente dejaremos sentado lo anterior.

El motivo o fin del contrato, a que se refiere esta misma fracción, debe ser también lícito.

e) Consentimiento manifestado en la forma²³⁰ que la ley establece. Es el formalismo que se ha mencionado.²³¹ Dice el maestro Gutiérrez y González, que la forma en el contrato es "*LA MANERA EN QUE DEBE EXTERNARSE YO*

en un homicidio es un objeto ilícito, pero posible." En realidad éste es un caso de imposibilidad jurídica, dado que no puede existir permisión o autorización alguna por parte del Estado para celebrar un contrato que pueda tener como objeto la realización de un homicidio, y por tanto, el Código Penal que en su artículo 302 que establece el tipo penal de homicidio, y del cual se derivan las sanciones para el sujeto que lo realice, es un obstáculo insuperable, dado que indefectiblemente quien cometa un homicidio será sancionado (no así quien prive de la vida a otro en legítima defensa, pues en este caso no existe un homicidio como figura delictiva). El ejemplo de un acto jurídico con objeto ilícito pero no imposible, lo constituye la hipótesis que se encuentra en el artículo 237 del Código Civil (Libro Primero, *De las personas*, Título Quinto, *Del matrimonio*, Capítulo IX, *De los matrimonios nulos e ilícitos*), que establece que "*El matrimonio entre el hombre o la mujer menor de edad, dejará de ser causa de nulidad cuando el menor hubiere llegado a los dieciocho años, y ni él ni su cónyuge hubieren intentado la nulidad*" Esto es, es posible que se celebre un matrimonio entre menores o con un menor (en ambos casos contando dicho menor con la edad mínima de 16 años), sin el consentimiento que para el efecto se requiere en términos del artículo 148, segundo párrafo que establece que "*Los menores de edad podrán contraer matrimonio, siempre que ambos hayan cumplido dieciséis años. Para tal efecto, se requerirá del consentimiento de quienes ejerzan la patria potestad, o en su defecto, la tutela; y a falta o por negativa o imposibilidad de éstos, el Juez de lo Familiar suplirá dicho consentimiento, el cual deberá ser otorgado atendiendo a las circunstancias especiales del caso.*" Así el matrimonio de un menor que cuente con 16 años sin el consentimiento mencionado, será ilícito, pero no imposible porque la norma jurídica que establece la prohibición no constituye un obstáculo insuperable.

²³⁰ Los maestros Bernardo Pérez Fernández del Castillo (*Derecho Notarial*, 7ª ed., Porrúa, México, 1995, pp. 65 *et seq.*), Luis Carral y de Teresa (*Derecho Notarial y Registral*, 13ª ed., Porrúa, México, 1995, pp. 137 *et seq.*) y Miguel Ángel Zamora y Valencia (*Contratos Cíviles*, 4ª ed., Porrúa, México, 1992, pp. 31 *et seq.*), sostienen con gran acierto que la forma es un elemento de existencia de la voluntad; sin aquélla no puede entenderse la exteriorización de ésta; la forma se encuentra presente en todos los contratos y los actos jurídicos.

²³¹ *Vid. supra*, p. 57.

*PLASMARSE LA VOLUNTAD DE LOS QUE CONTRATAN, CONFORME A LO QUE DISPONGA O PERMITA LA LEY.*²³²

Por su parte el maestro Borja Soriano, nos expresa que *"Ya sabemos que para que haya contrato válido, no basta el consentimiento, o sea, el acuerdo de voluntades, sino que es necesario que éstas tengan una manifestación exterior; la manifestación del consentimiento es un elemento extrínseco del contrato, lo que constituye la forma de él."*²³³

Cuando la ley señala que en un contrato el consentimiento debe externarse de determinada manera, dicho acto jurídico debe ser categorizado como formal; dicha forma debe satisfacerse, pues de lo contrario el contrato no podrá ser considerado válido pudiendo no surtir plenamente todos sus efectos. Así, aunque nuestro Código Civil preconiza el perfeccionamiento del contrato por el mero consentimiento, lo cierto es que en la mayoría de los contratos, exige que el consentimiento se externe por medio de los formalismos que el mismo determina, dejando nugatorio el principio consensual a que alude, sancionando incluso la falta del formalismo que ordena, como se desprende de la primera parte del artículo 1833 y del artículo 2228 del mismo ordenamiento civil:

"ARTÍCULO 1833. Cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras que éste no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario; [...]."

"ARTÍCULO 2228.- 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."

La formalidad otorga seguridad y certeza jurídicas. Tal es su importancia que el propio Código Civil concede la posibilidad de cubrir dicho requisito por medio de la llamada "Acción Proforma", consignada en la segunda parte del artículo 1833, y en el artículo 2232:

²³² Gutiérrez y González, Ernesto. *Op. cit.*, p. 300.

²³³ Borja Soriano, Manuel. *Op. cit.*, p. 210.

“ARTÍCULO 1833.- [...]: pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal.”

“ARTÍCULO 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.”

Estos son, de manera general, los requisitos de validez de los contratos, de manera que si éstos no son observados, el contrato estará afectado de nulidad, sea absoluta o relativa, de acuerdo a los artículos 2225 y siguientes del Código Civil, según el interés jurídico perjudicado, es decir, si se trata de transgresiones a intereses de orden público (nulidad absoluta), o intereses de orden privado o particular (nulidad relativa).

Debemos señalar que la ausencia de dichos requisitos de validez, tiene importancia de manera meramente temporal, ya que por ministerio de ley éstos pueden desaparecer por diversos motivos, como lo son la confirmación del acto, o la caducidad (prescripción), de la acción de nulidad. En principio, el cumplimiento voluntario extingue la acción de nulidad, determinándolo así el artículo 2234 del Código Civil, el cual establece:

“ARTÍCULO 2234.- El cumplimiento voluntario por medio del pago, novación, o por cualquier otro modo, se tiene por ratificación tácita y extingue la acción de nulidad.”

Si se trata de incapacidad, violencia o error, el acto puede ser confirmado al cesar el vicio respectivo, como lo determina el artículo 2233 del Código Civil:

“ARTÍCULO 2233.- Cuando el contrato es nulo por incapacidad, violencia o error, puede ser confirmado cuando cese el vicio o motivo de nulidad, siempre que no concurra otra causa que invalide la confirmación.”

La confirmación se retrotrae al día en que se verificó el contrato nulo:

"ARTÍCULO 2235.- La confirmación se retrotrae al día en que se verificó el acto nulo; pero ese efecto retroactivo no perjudicará a los derechos de tercero."

El mero transcurso del tiempo también extingue la acción de nulidad tratándose de la incapacidad o el error:

*"ARTÍCULO 2236.- La acción de nulidad fundada en incapacidad o en error, puede intentarse en los plazos establecidos en el artículo 638. Si el error se conoce antes de que transcurran esos plazos, la acción de nulidad prescribe a los sesenta días, contados desde que el error fue conocido."*²³⁴

La acción de nulidad de un contrato que se sustente en violencia, también prescribe por el paso del tiempo:

²³⁴ El artículo 638 a que hace alusión éste precepto establece que "La acción para pedir la nulidad, prescribe en los términos en que prescriben las acciones personales o reales, según la naturaleza del acto cuya nulidad se pretende." Ello remite al Libro Segundo, De los bienes, Título Séptimo, De la prescripción, Capítulo III, De la prescripción negativa, en el cual se establece la prescripción de las acciones personales. La nulidad es una acción personal: "NULIDAD. CARACTER DE LAS ACCIONES DE (ACCIONES REALES Y PERSONALES). Acción personal es la que corresponde a alguno para exigir de otro el cumplimiento de cualquiera obligación, ya sea que esta emane de contrato o cuasi contrato o nulo pacto, ya de delito o cuasi delito; y acción de nulidad es aquella por la que se pide que se declaren nulos los convenios que adolecen de algún vicio esencial, como aquellos en que el consentimiento ha sido arrancado por coacción, o que tiene una causa ilícita y pueden ejercerla aquellas personas en cuya contra se ha hecho el contrato. acción real es la que nace de alguno de los derechos llamados reales, como son el dominio pleno o semipleno sobre una cosa, la sucesión hereditaria, la servidumbre, la prenda o la hipoteca, y se llaman reales estos derechos porque no afectan a la persona, sino a la misma cosa. así pues, se ve que la acción de nulidad es una acción de carácter personal, porque se deduce directamente contra una persona o contra varias, con abstracción absoluta de la cosa mueble o inmueble con la que pueda estar relacionada." (Quinta Epoca, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: CXXI, Página: 2325. Competencia 126/51. Suseitada entre Jueces Sexto de lo Civil de México, D.F. y de Primera Instancia de Acapulco, Gro. 21 de septiembre de 1954. Unanimidad de diecisiete votos. La publicación no menciona el nombre del ponente).

“ARTÍCULO 2237.- La acción para pedir la nulidad de un contrato hecho por violencia, prescribe a los seis meses contados desde que cese ese vicio del consentimiento.”

Si se verifica la confirmación del acto, o prescribe la acción de nulidad, el acto adquirirá plena juridicidad.

Con respecto al pacto comisorio, el campo idóneo de aplicación del mismo lo es un contrato que reúne tanto los elementos de existencia como sus requisitos de validez. Sin embargo un contrato que no reúne algún requisito de validez puede surtir sus efectos, y ello acontecerá así por ministerio de ley, hasta en tanto un juez competente declare su nulidad. Sin perjuicio de ahondar más al respecto, puede acontecer que eso no suceda, que no se declare la nulidad del contrato: ese contrato es susceptible de ser rescindido, porque mientras no se declare su nulidad por juez competente, dicho contrato surtirá sus efectos como si fuera válido. De cualquier manera, éstas situaciones deben ser consideradas como de excepción, lo cual en sí no afecta a la regla de que el pacto comisorio tiene su campo de aplicación en los contratos plenamente existentes y válidos. “*Nulla regula sine exceptione*” [«No hay regla sin excepción»²³⁵]. Las excepciones así consideradas son muy útiles, puesto que dan mayor precisión a la regla: “*Exceptio declarat regulam*” [«La excepción aclara la regla», o según el adagio: «La excepción confirma la regla»²³⁶], debiéndose tener desde luego, una gran precaución en su análisis: “*Exceptio est strictissimae interpretationis*” [«La excepción ha de ser interpretada estrictísimamente»²³⁷].

7. ALGUNAS CLASIFICACIONES DE LOS CONTRATOS.

Cada autor de contratos presenta su propuesta de clasificación; sin embargo, se observa que en la gran mayoría de ellas, los criterios son muy coincidentes, pues dichos autores en general, observan los mismos elementos para categorizarlos. Por esta razón, sólo citaremos algunas clasificaciones.

²³⁵ Mans Puigarnau, Jaime M. *Op. cit.*, p. 427.

²³⁶ *Loc. cit.*

²³⁷ *Ibidem*, p. 428.

El maestro Miguel Ángel Zamora y Valencia²³⁸ clasifica a los contratos de la siguiente manera:

- 1) Desde el punto de vista de las obligaciones que genera, se clasifican en unilaterales o bilaterales.
- 2) Desde el punto de vista de los provechos y gravámenes que generan, se clasifican en onerosos y gratuitos.
- 3) Desde el punto de vista de la certeza de los provechos y gravámenes que generan se clasifican, en conmutativos y aleatorios.
- 4) Desde el punto de vista de la manera en que puede o debe manifestarse la voluntad y por ende el consentimiento, se clasifican en solemnes, formales o consensuales.
- 5) Desde el punto de vista de la entrega de la cosa como un elemento constitutivo del contrato o como una obligación nacida del contrato, se clasifican en reales y consensuales.
- 6) Desde el punto de vista o no, de la existencia de una obligación, se clasifican en principales o accesorios.
- 7) Desde el punto de vista de la posibilidad real y jurídica de cumplir en un solo acto o en un plazo determinado, las obligaciones que de ellos emanan, los contratos se clasifican en instantáneos o de tracto sucesivo, también llamados de ejecución sucesiva o escalonada.
- 8) Desde el punto de vista de la reglamentación que haga o deje de hacer un determinado ordenamiento de los contratos, se clasifican en nominados e innominados.

El maestro Joel Chirino Castillo, con apoyo en el maestro Borja Soriano, clasifica los contratos según sus funciones específicas, en las siguientes categorías:

- a) Por la interdependencia de las obligaciones en: bilaterales y unilaterales;*
- b) Por la valoración económica de las prestaciones en: onerosos y gratuitos;*
- c) Por la precisión de los efectos económicos entre las partes en: contratos conmutativos y aleatorios;*
- d) Por la entrega física del objeto en: contratos reales;*
- e) En canto a su función jurídica relacionada con otros actos jurídicos en: contratos principales y contratos accesorios;*

²³⁸ Cfr. Zamora y Valencia, Miguel Ángel. *Op. cit.*, p. 51 et seq.

f) En cuanto a su ámbito de temporalidad en: contratos instantáneos y contratos de tracto sucesivo;

g) En cuanto a su nacimiento y validez en: consensuales, formales o solemnes.²³⁹

Nuestro Código Civil, presenta un tanto más reducida su propia clasificación de los contratos en sus artículos 1835 a 1838, de la siguiente manera:

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

ARTÍCULO 1836.- El contrato es bilateral cuando las partes se obligan recíprocamente.

ARTÍCULO 1837.- Es contrato oneroso aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos; y gratuito aquel en que el provecho es solamente de una de las partes.

ARTÍCULO 1838.- 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."

Los contratos que tienen especial importancia para el presente trabajo, son los llamados contratos bilaterales, que también son conocidos como sinalagmáticos, y que son aquellos en los cuales las partes se obligan recíprocamente, como lo enuncia el artículo 1836 citado con anterioridad. La obligación recíproca es elemento intrínseco de este contrato, y en éste recae el pacto comisorio, según lo dispuesto por el artículo 1949 que se estudiará en apartado posterior. Debemos puntualizar que la bilateralidad mencionada en el artículo 1836, no se refiere a la

²³⁹ Chirino Castillo, Joel. *Derecho Civil III. Contratos Civiles*. 2ª ed., McGraw - Hill, México, 1996, p. 5.

cualidad de toda norma jurídica de atribuir derechos y obligaciones (facultades y deberes) a las personas titulares y destinatarios de la misma, sino a la situación de interdependencia habida entre las partes por la correlatividad de las prestaciones a que se han obligado en dicho contrato.

Tenemos entonces ya un panorama general de los conceptos que nos permitirán estudiar con mayor facilidad la figura del pacto comisorio, tema central de este trabajo y de los siguientes capítulos.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REGULACIÓN DEL PACTO COMISORIO EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Es el Código Civil para el Distrito Federal, el ordenamiento sustantivo que regula al incumplimiento contractual y sus consecuencias, entre ellas el posible ejercicio de la facultad resolutoria. De ahí que el estudio de dicha figura deba partir del amplia regulación habida en dicho ordenamiento civil, y de la también abundante interpretación que existe en torno al articulado de mérito, de la cual se desprende una sobresaliente precisión de la institución en estudio.

I. CONCEPTO Y ESPECIES DEL PACTO COMISORIO.

Existen varios tipos de pacto comisorio.²⁴⁰ De manera meramente enunciativa, mencionaremos las dos primeras especies, el pacto comisorio exclusivo de la compraventa, y el pacto comisorio de los contratos de prenda e hipoteca, ya que la tercera especie del pacto comisorio, el genérico de los contratos bilaterales o sinalagmáticos, es el que constituye la materia principal del presente trabajo.

El maestro Ernesto Gutiérrez y González, expresa que existen tres clases de pacto comisorio:²⁴¹

a) El pacto comisorio exclusivo en la compraventa, el cual se encuentra contemplado en la primera parte del artículo 2312 del Código Civil (institución

²⁴⁰ Comisorio, proviene de la palabra latina *commissōria*, *a.*, que significa «hallándose expreso, o no, *lex*» (Diccionario Latino ~ Español; Español ~ Latino, Tomo I [A - J], Sopena, Barcelona, 1985, p. 371. Dicha significación nos permite afirmar que el término comisorio se ha empleado para significar *ley* (o pacto), que es aplicable, *háyase expresado, o no*. Por su parte, *commissōria*, *a.*, proviene de la voz *committo*, *is, ēre, mīsi, missum*, de cuyos significados es de interés particular el siguiente: "Hacer, cometer, realizar, llevar a cabo, perpetrar (una acción ilícita, una mala acción)" (*Loc. cit.*). El incumplimiento es un hecho ilícito. También de *commuto* viene la palabra *commisor*, *ōris*, cuyo significado es *culpable* (*Loc. cit.*).

²⁴¹ Gutiérrez y González, Ernesto. *Op. cit.*, p. 101

mejor conocida como compraventa con reserva de dominio); dicho artículo establece:

“ARTÍCULO 2312.- Puede pactarse válidamente que el vendedor se reserve la propiedad de la cosa vendida hasta que su precio haya sido pagado.

[...].”

- b) El pacto comisorio en la prenda y la hipoteca; los cuales se encuentran prohibidos de una manera especial por el Código Civil por las situaciones excesivamente gravosas que pueden acontecer, por ejemplo, en los contratos de mutuo con alguna de las mencionadas garantías; dicho pacto comisorio se entiende en estos contratos como la cláusula por la cual se estipula al momento de constituirse la prenda o la hipoteca, es decir *ab initio*, que el acreedor se adueñará de la cosa dada en prenda o hipotecada, en caso de falta de pago por el deudor al término del plazo, es decir, en el tiempo en que debe efectuarse el cumplimiento de la obligación principal.

Con respecto al contrato de prenda, el artículo 2887 establece:

“ARTÍCULO 2887.- Es nula toda cláusula que autoriza al acreedor a apropiarse la prenda, aunque ésta sea de menor valor que la deuda, o a disponer de ella fuera de la manera establecida en los artículos que preceden. Es igualmente nula la cláusula que prohíba al acreedor solicitar la venta de la cosa dada en prenda.”

La excepción a esta regla, es la *dación en pago*,²⁴² y que en el particular se encuentra contemplada en el artículo 2883 del mismo ordenamiento, el cual establece:

“ARTICULO 2883.- El deudor, sin embargo, puede convenir con el acreedor en que éste se quede con la prenda en el

²⁴² La dación en pago se encuentra reconocida en el artículo 2095 del Código Civil, el cual establece que *“La obligación queda extinguida cuando el acreedor recibe en pago una cosa distinta en lugar de la debida.”*

precio que se le fije al vencimiento de la deuda, pero no al tiempo de celebrarse el contrato. Este convenio no puede perjudicar los derechos de tercero."

Por lo que se refiere al contrato de hipoteca, en su reglamentación no se encuentra disposición expresa que establezca la nulidad de la cláusula que autorice al acreedor a quedarse con la cosa hipotecada, sin embargo, dicha prohibición se desprende de lo establecido por el segundo párrafo del artículo 2916 del Código Civil,²⁴³ el cual establece lo siguiente:

"ARTICULO 2916.- [...].

Puede también convenir con el deudor en que se le adjudique en el precio que se fije al exigirse la deuda, pero no al constituirse la hipoteca. Este convenio no puede perjudicar los derechos de tercero."

c) El pacto comisorio genérico de todos los contratos bilaterales o sinalagmáticos.

En primer término debemos dejar asentado que en la especie, la expresión "pacto comisorio" es sinónima de la de "cláusula rescisoria", cuenta habida de que dentro de un contrato o convenio *stricto sensu* las partes acuerdan o pactan el clausulado del acto jurídico. Dicho concierto volitivo se encuentra presente en cada una de los clausulados de dicho contrato o convenio: acuerdan el todo, y cada una de sus partes; por ello, es acertado tomar a ambas locuciones como sinónimas.

Ahora bien, no existe en el Código Civil para el Distrito Federal una definición del pacto comisorio, como sucede con la herencia, el testamento, el

²⁴³ Debe atenderse, de igual manera, a que el contrato de hipoteca comparte la misma naturaleza del contrato de prenda en lo que respecta a que ambos son contratos de garantía. Así, dada la omisión de prohibición expresa en la hipoteca de la especie de pacto comisorio a que hacemos referencia, resulta aplicable el espíritu prohibitivo de dicho pacto en el contrato de prenda, según lo dispuesto por el artículo 1858 del Código Civil, que establece que: "*Los contratos que no estén especialmente reglamentados en este Código (entendiéndose total o parcialmente) se regirán por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes, y en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía, de los reglamentados en este ordenamiento.*"

convenio, el contrato; por esta razón es necesario desprender su concepto según la terminología empleada en dicho cuerpo normativo en su artículo 1949, dispositivo que contiene formalmente y hace positiva a dicha cláusula rescisoria; por otra parte debemos tener presentes, los conceptos y consideraciones señaladas en el capítulo anterior respecto de *la obligación y el contrato*.

Dispone el mencionado artículo 1949 en su primera parte, lo siguiente:

“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 incumbe.

[...].”

Como se ha afirmado con anterioridad, en esta primera parte, donde se consagra jurídicamente al pacto comisorio. De dicho contenido se desprende lo siguiente:

1. El término resolución que inserto en este artículo es empleado como sinónimo del término rescisión, no existiendo, cuando menos dentro del campo de la práctica jurídica, distinción entre uno y otro concepto.

Al respecto, el Pleno de la Quinta Época de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido lo siguiente:

Quinta Época
Instancia: Pleno
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: XVI
Página: 1117

RESOLUCION Y RESCISION. La ley indistintamente habla de una y otra, estimándolas como una misma.

TOMO XVI, Pág. 1116.- Amparo Directo.- Márquez de León María.- 12 de Mayo de 1925.

En la doctrina encontramos diferentes criterios. En el mismo sentido de la tesis anteriormente transcrita se pronuncia el maestro Manuel Borja Soriano, quien establece que ambas palabras son sinónimas, pues "*Así están empleadas generalmente en nuestros códigos, [...]*".²⁴⁴ Igualmente encontramos criterios diferenciadores entre uno y otro concepto, sin que tampoco exista uniformidad al respecto, ya que mientras algunos autores diferencian ambos conceptos de manera sustancial,²⁴⁵ otros los sistematizan en una relación de género a especie. Destaca entre éstas últimas la que establece el maestro Ernesto Gutiérrez y González, quien da una connotación específica a los términos resolución y rescisión, siendo el primero de los enunciados el género y el segundo, junto con la revocación y otras figuras resolutorias concretas, una de sus especies: "*La rescisión [...], es una especie del género resolución [...]*".²⁴⁶ Así, por resolución, debe entenderse "*un acto jurídico por el cual: 1º.- se priva de sus efectos, total o parcialmente para el futuro, a un acto jurídico anterior, plenamente válido, y 2º.- los efectos pasados de este, siendo lícitos, pueden o no quedar subsistentes, según la naturaleza del acto, o la voluntad de las partes.*";²⁴⁷ por lo que se refiere al término rescisión, éste debe

²⁴⁴ Borja Soriano, Manuel. *Op. cit.*, Tomo II, p. 128.

²⁴⁵ Cfr. O'Callaghan Muñoz, Xavier. *Op. cit.*, pp. 291 *et seq.* autor para el cual, en términos generales, la rescisión es un medio para hacer ineficaz un contrato por concurrir en él circunstancias injustas e inicuas, productoras de situaciones peligrosas o desproporcionadas, es decir, invocarse por causa de lesión. Ésta definición no es aplicable a nuestro sistema jurídico, pues la lesión es causa de nulidad y no de rescisión; el artículo 17 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que: "*Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro; obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios. [...]*" Zamora y Valencia, Miguel Ángel. *Las vicisitudes del contrato*, Revista Jurídica de Posgrado (Oaxaca, México), números 9 y 10, Enero - Junio, 1997, pp. 47 *et seq.* por su parte explica que la rescisión es "*un convenio por virtud del cual ambas partes con proyección hacia el futuro, dejan sin efecto un contrato previamente celebrado entre ellas y declaran extinguidas sin su cumplimiento total, las obligaciones emanadas del mismo; o el acto monosubjetivo (de voluntad) por virtud del cual una persona, con base en un pacto contenido en un contrato o con fundamento en una disposición legal, deja sin efectos un contrato previamente celebrado y declara extinguidas con proyección hacia el futuro y sin cumplimiento total las obligaciones emanadas del mismo.*". En nuestra opinión, ésta última definición es la que corresponde a lo que doctrina extranjera denomina el *mutuo disenso*, en cuanto al convenio extintor, y en cuanto al segundo, es decir, al acto monosubjetivo, a una extinción del contrato por concurrencia de circunstancias injustas.

²⁴⁶ Gutiérrez y González, Ernesto. *Op. cit.*, pp. 635 y 636.

²⁴⁷ *Ibidem*, pp. 637 y 638.

ser entendido como "un acto jurídico unilateral, por el cual se le pone fin, salvo que la ley lo prohíba, de pleno derecho «ipso iure» – sin necesidad de declaración judicial – a otro acto, bilateral, plenamente válido, por incumplimiento culpable, en este, imputable a una de las partes."²⁴⁸

La acepción del verbo resolver es²⁴⁹ "dar o hallar una solución a una dificultad o a una duda o a un problema; tomar una determinación firme"; proviene del latín *resolvere* "disolver, desatar, desanudar, resolver (una dificultad)", la cual se compone del prefijo *re-* "cabalmente" y *solvere, solvere*, que significa "soltar, desatar, desligar, liberar, disolver." Por su parte, el verbo rescindir significa²⁵⁰ "anular, dejar sin efecto", palabra que proviene del latín *rescindere* cuyo significado es "rescindir, rasgar de nuevo o violentamente", mismo que está compuesto del mismo prefijo *re-* "cabalmente" y *scindere* "cortar, hender, rasgar."

Como se observa de éstas etimologías, el verbo resolver tiene significación algo más amplia que el verbo rescindir; además aquél es el concepto por el que se expresa la situación contraria a la que se refiere la voz "obligación", pues mientras éste quiere decir "ligado a",²⁵¹ uno de los significados de la palabra resolución es "desligar". Etimológicamente se observa una mayor amplitud conceptual del término resolver, puesto que rescindir se observa más reducido. En ese sentido, resulta acertada la relación de género a especie propuesta.

II. La facultad que dicho artículo otorga, es indudablemente, un derecho subjetivo de la parte afectada por el incumplimiento culpable del contratante.

La facultad o facultades atribuidas por uno o más ordenamientos jurídicos a favor de cualquier persona que se coloca en las hipótesis normativas que los mismos ordenamientos señalan y que le permiten desplegar una conducta propia o exigir una ajena es conocida como derecho subjetivo: "El derecho subjetivo viene a ser el poder, pretensión, facultad o autorización que conforme a la norma jurídica tiene un sujeto, frente a otro u otros sujetos, ya sea para desarrollar su propia

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 638.

²⁴⁹ Gómez de Silva, Guido. *Op. cit.*, p. 602.

²⁵⁰ Gómez de Silva, Guido. *Op. cit.*, p. 601.

²⁵¹ *Vid. Supra*, p. 1.

actividad o determinar la de aquéllos.²⁵² Como el derecho (facultad) y la obligación (deber) son correlativos: "*Ius et obligatio sunt correlativa*" [«Derecho y obligación son correlativos»²⁵³], al hablar de derecho subjetivo, siempre se supondrá un deber o una obligación, según sea el caso, pues ambos conceptos son inescindibles: "*el deber jurídico se traduce en la exigencia normativa para el sujeto pasivo de la relación, de no impedir la actividad del titular del derecho subjetivo, y en su caso someterse a las pretensiones de éste.*"²⁵⁴ Por ello, en su más amplia acepción, el derecho subjetivo es "*la cualidad que la norma atribuye a ciertas situaciones de unas personas, consistente en la posibilidad de determinar jurídicamente (por imposición inexorable), el deber de una especial conducta en otra u otras personas.*"²⁵⁵

Según su modo de operación, puede hablarse de cuatro categorías de derechos subjetivos:

1. El derecho subjetivo como *reverso material de los deberes jurídicos de otros sujetos*, el cual es "*el margen de conducta libre y respetada de que dispone el sujeto, por virtud del deber que los demás tienen de abstenerse de todo comportamiento que perturbe o haga imposible dicha esfera de holgura en tal sujeto.*"²⁵⁶ Sus efectos, son en consecuencia, *erga omnes*, siendo un claro ejemplo de esta categoría de derechos, los *derechos subjetivos públicos o garantías individuales*, o los derechos a la vida, a la libertad, etc. Estos derechos subjetivos, son derechos a la propia conducta, y suelen traducirse en un *facultas agendi* o *facultas omitendi*, según se trate de facultades de acción, o facultades de omisión, respectivamente.²⁵⁷
2. El derecho subjetivo como *pretensión*; dicha categoría estriba "*en la situación que, por virtud de la norma ocupa una persona en una relación jurídica, de tener a su disposición la facultad de exigir de otra persona o de*

²⁵² Preciado Hernández, Rafael. *Lecciones de Filosofía del Derecho*. 2ª. Edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México, p. 122.

²⁵³ Mans Puigarnau, Jaime M. *Op. cit.*, p. 338.

²⁵⁴ Preciado Hernández, Rafael. *Op. cit.*, pp. 122 y 123.

²⁵⁵ Recasens Siches, Luis. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. Porrúa, México, 1986, p. 234.

²⁵⁶ *Ídem*, *Introducción ...*, p. 141.

²⁵⁷ *Cfr.* García Máynez, Eduardo. *Op. cit.*, pp. 198 y 199.

otras personas determinadas el cumplimiento de un deber jurídico, valiéndose del aparato coercitivo del Derecho.”²⁵⁸ Estos son los derechos a la conducta ajena, que se traducen en un *facultas exigendi*, cuyos efectos no son *erga omnes*, sino que se tiene un sujeto pasivo individualmente determinado.

3. El derecho subjetivo como *poder de formación jurídica*, el cual “consiste en la facultad que la norma atribuye a una persona de determinar el nacimiento o contribuir al nacimiento, o de determinar o contribuir a la modificación o a la extinción de unas ciertas relaciones jurídicas.”²⁵⁹ Tal situación se verifica en el contrato (nacimiento o transmisión de derechos y obligaciones), y en el convenio *stricto sensu* (modificación y extinción de derechos y obligaciones).
4. Ciertamente la *extinción de relaciones jurídicas*, puede constituir una categoría independiente, dado su opuesto sentido al de formación, aunque íntimamente relacionada con ésta. Así, puede hablarse también del derecho subjetivo como *poder de extinción jurídica*. Efectivamente, constriñiéndonos a la materia contractual y atendiendo a la autonomía de la voluntad en los contratos misma que será estudiada más adelante, la primera de las categorías mencionadas (derechos subjetivos de formación jurídica), debe considerarse complementada con el derecho subjetivo de extinción jurídica, ya que, el reconocimiento de esta última, instrumenta la dinámica en el fenómeno contractual, facilitando la consecución de algunos de los fines inmediatos del hombre, como lo son la satisfacción de sus diversas necesidades. La consecuencia natural de la satisfacción de necesidades trae consigo el logro, la realización de su teleología material. Con este tipo de derecho subjetivo se reconoce la posibilidad de apartar los óbices jurídicos o materiales que perjudican a una persona por no permitirle la satisfacción de sus necesidades. La prolongación en el tiempo de la solución de un conflicto derivado de una relación jurídica puede de igual manera, repercutir económicamente en el patrimonio de una persona, por lo que también dicho derecho subjetivo de extinción jurídica se revela como un instrumento eficiente para la pronta solución del conflicto.

²⁵⁸ Recasens Siches, Luis. *Introducción ...*, p. 140.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 143.

De acuerdo al principio jurídico establecido por Gayo (Ley 100, Título 17, *de regulis iuris*, Libro 50, del Digesto), que expresa: "*Omnia quae iure contrahuntur, contrario iure pereunt*" [«Todo lo que se contrata en derecho se extingue por un derecho contrario»²⁶⁰], dichos derechos de extinción pueden ser ejercitados por ambas partes (de manera conjunta), en el caso del llamado mutuo disenso (polo opuesto del mutuo consentimiento, pues la finalidad del mismo es la extinción y no la creación de una situación jurídica concreta), o por sólo una de ellas, de manera unilateral, como en el caso de la rescisión, la cual tiene su sustento en un hecho ilícito por parte de uno de los contratantes, a saber, el incumplimiento culpable de las prestaciones a que se ha obligado; en la especie, el pacto comisorio es un derecho subjetivo de extinción jurídica, pues otorga al contratante cumplidor afectado, la facultad de rescindir el contrato bilateral donde sea parte (resolver las obligaciones recíprocas), por verificación del incumplimiento culpable por parte del otro contratante (u obligado correlativo). Así ha sido sostenido por los Tribunales Colegiados, en la tesis que, por la importancia de lo que sustenta, a continuación se transcribe:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: V, Febrero de 1997

Tesis: 1.8o.C.90 C

Página: 769

PACTO COMISORIO. LAS PARTES ESTAN LEGITIMADAS PARA FIJAR LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO. Los artículos 1940 y 1941 del Código Civil para el Distrito Federal, facultan a las partes contratantes para que incluyan en el contrato la cláusula resolutoria o realicen el pacto comisorio, que es la manifestación de voluntad incluida en los contratos, cuyo efecto es producir la resolución del contrato automáticamente, de pleno derecho, en caso de incumplimiento por haberlo convenido así los contratantes, sin que deban intervenir los

²⁶⁰ Mans Puigamau, Jaime M. *Op. cit.*, p. 64.

tribunales y sin que haya medio de retardar o impedir la resolución concediendo un nuevo plazo al deudor. El pacto en análisis es legítimo en términos de los artículos 1832 y 1839 del citado Código Civil, ya que en materia de contratos, la voluntad de las partes es la ley suprema; además de que en los contratos civiles, cada uno se obliga en la forma y términos que aparezca que quiso obligarse, por lo que ambas partes pueden pactar libremente la manera de resolver el contrato, pues nuestro derecho no repugna ese pacto expreso, ya que no se encuentra en oposición con los artículos 6o., 7o. y 8o. del propio ordenamiento sustantivo, puesto que la voluntad de los particulares para acordar el pacto de referencia no exime de la observancia de ninguna ley ni contraviene leyes prohibitivas, ya que las partes indudablemente tienen libertad para fijar expresamente los supuestos de extinción del contrato o, en otras palabras, de establecer condiciones resolutorias. De ahí que en los contratos pueda pactarse expresamente la cláusula resolutoria, para que el contrato se pueda dar por terminado automáticamente por el solo hecho del incumplimiento de una de las partes a lo que se obligó, es decir, por el hecho de que en la realidad se actualicen algunas de las causas convenidas como motivo de la rescisión, sin la intervención de los tribunales, por efecto del pacto comisorio expreso en donde se fijaron las bases para ello. Sin embargo, esa regla genérica no puede aplicarse en el caso de un contrato de compraventa con pacto comisorio, donde se da el incumplimiento de la obligación materia de la cláusula resolutoria pero no opera la reversión del inmueble a favor de la vendedora y la parte compradora continúa en el goce y disfrute del inmueble durante muchos años sin que se le perturbe en su posesión; por lo que en este supuesto, la vendedora debe notificar a la compradora la aplicación de la cláusula de mérito y otorgarle un término para inconformarse, porque de no ser así, se actuaría unilateralmente y privando a la adquirente de la garantía de audiencia.

OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL
DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 643/96. Manuel Octavio Rodríguez Hernández. 17 de octubre de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: María del Carmen Sánchez Hidalgo. Secretaria: Edith Alarcón Meixueiro."

- III. El pacto comisorio se circunscribe, en su operatividad, a los actos jurídicos que generan obligaciones recíprocas. Se observa primeramente, que el campo de aplicación de la cláusula rescisoria no es precisado conceptualmente, pues dicha disposición, al expresar "obligaciones recíprocas" en vez de "contratos bilaterales" ó "contratos sinalagmáticos",²⁶¹ pudiese hacer pensar que donde sea que las leyes hablen de reciprocidad es aplicable dicho pacto comisorio. Sin embargo esto no sería acertado. Los actos jurídicos que son los idóneos para generar o contener obligaciones recíprocas, son los contratos y los convenios *stricto sensu*. Dice el maestro Rafael Rojina Villegas que: "*Propiamente la rescisión se presenta sólo en las obligaciones contractuales, de tal suerte que es una causa extintiva de los contratos, no podemos hablar por ejemplo, de rescisión de obligaciones nacidas de declaración unilateral de voluntad, de delito, de responsabilidad objetiva, es decir, uso de cosas peligrosas que causen daño, de gestión de negocios, de enriquecimiento sin causa, etc. En todas estas obligaciones extracontractuales, si el deudor no cumple, el acreedor no tiene una acción rescisoria, sino una acción de cumplimiento. Y esto porque en atención a la fuente, el acreedor tiene sólo derecho a una determinada prestación; en cambio, en las obligaciones contractuales, como existe un vínculo jurídico, generalmente recíproco, hay un interés en que este vínculo quede extinguido cuando el deudor falta al cumplimiento, pero con una condena especial por daños y perjuicios.*"²⁶² Y continúa estableciendo que: "*El Código Civil se*

²⁶¹ La palabra sinalagmático proviene del griego *συναλλαγματικός*, que quiere decir "perteneciente al contrato" (*Íd.* Mateos Muñoz, Agustín. *Etimologías Grecolatinas del Español*. 28ª edición, Esfinge, México, 1990, p. 287); también quiere decir "contrato" o "convención", y que etímicamente "es utilizado desde la época romana postclásica hasta nuestros días, como sinónimo de contrato bilateral. Bilateralidad y sinalagma son términos equivalentes. [...] se trata de una expresión que al ser utilizada durante tantos siglos adquirió ciudadanía por la tradición que le atribuye una significación específica como sinónimo de bilateralidad." (Miquel, Juan Luis. *Resolución de los contratos por incumplimiento*. 2ª edición, De Palma, Buenos Aires, 1986, p. 121).

²⁶² Rojina Villegas, Rafael. *Op. cit.*, Tomo V, Obligaciones I, p. 259.

*refiere a las obligaciones contractuales bilaterales en donde claramente se ve el objeto de la rescisión; dado el incumplimiento de una parte, la otra tiene interés en quedar ya liberada, pero a su vez en exigir la compensación en dinero por los daños causados por el incumplimiento.*²⁶³ Como lo hemos señalado, en el matrimonio se pueden generar obligaciones recíprocas, sin embargo, el incumplimiento de éstas no genera el derecho de rescisión, sino el de divorcio, puesto que es ésta la figura resolutoria que para la extinción del matrimonio ha señalado el legislador.²⁶⁴

Ahora bien, ¿cuándo se habla de reciprocidad en las obligaciones? Cuando en el contrato o convenio *stricto sensu* que se celebre, según el caso, las partes que en él intervienen tengan los caracteres de acreedor y deudor una de la otra en el mismo momento, es decir, cuando las obligaciones resultantes de la celebración de un acto jurídico, resulten ser correlativas. El ejemplo más claro se suscita en el contrato de compraventa, en donde el comprador de la cosa es parte deudora en lo que respecta a que está obligado a entregar el precio de la misma, pero es parte acreedora respecto de la cosa que le debe ser entregada; en sentido correlativo, el vendedor es parte acreedora por lo que respecta al precio de la cosa que enajena y que debe serle entregado por el comprador, pero es parte deudora en lo referente a que está obligado a entregar la cosa a aquél. No se podrá solicitar la rescisión de un contrato o convenio *stricto sensu*, si ésta no se sustenta en el incumplimiento de alguna obligación correlativa, amén de otros elementos necesarios que se analizan en este mismo trabajo.

IV. De lo expresado por el citado primer párrafo del artículo 1949 del Código Civil para el Distrito Federal, el pacto comisorio es una cláusula natural, es decir, que se entiende puesta en todos los contratos bilaterales, aún y cuando los contratantes (obligados) no la inserten expresamente en el cuerpo de aquéllos. Se entiende implícita en los contratos que generen obligaciones recíprocas.

¿Puede afirmarse que el pacto comisorio es una convención tácita? Pensamos que sí. El significado del adjetivo *tácito* que interesa en este tema es "[...] 2. *Que no se entiende, percibe, oye o dice formalmente, sino que se supone e infiere.*

²⁶³ *Loc. cit.*

²⁶⁴ *Vid. Supra*, p. 25.

[...]”²⁶⁵; y el adjetivo *implícito* significa “[...] *lo incluido en otra cosa sin que ésta lo exprese.*”²⁶⁶; si tomamos en cuenta lo dispuesto por el Código, podemos afirmar que la ley suplir la voluntad de las partes en lo que se refiere a la inclusión del pacto comisorio (cláusula rescisoria) en los contratos bilaterales, como si ellas mismas lo hubiesen pactado, sin expresarlo tangiblemente. El consentimiento tácito se entiende como una manifestación de la voluntad que, aunque no es objetiva, se desprende de signos sensibles que hacen presuponer o autorizan a presumirlo, tal y como se encuentra establecido en el artículo 1803 del Código Civil, el cual establece:

“ARTICULO 1803.- El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlos, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente.”

Como se observa, el adjetivo implícito infiere a la voluntad, la cual es tácita; la ley, al suplir la voluntad de las partes, estableciendo que dicho pacto se entenderá estipulado, lo hace en beneficio de éstas, a fin de otorgarle protección, en su caso, a la parte afectada por el incumplimiento culpable, por consideraciones de equidad y de justicia, puesto que el fundamento de la obligación de las partes se encuentra íntimamente ligado al cumplimiento de la prestación correlativa, por tanto, como afirma Spinoza en el Capítulo V, de su *Tractatus Theologico - Politicus*, “*Quum fundamentum si tollatur, pactum ex sese tollitur*” [«Si se quita el fundamento, el pacto por sí se suprime»²⁶⁷], pues no sería justo pretender el cumplimiento de una parte, si la otra no ha realizado lo propio, y aún, a considerarlo *obligado* indefinidamente. Estas conclusiones son de gran utilidad según veremos en el Capítulo Tercero de este trabajo, al tratar la fuerza de aplicatoriedad del pacto comisorio implícito o tácito.

Así pues, atendiendo a la redacción de la primera parte del artículo 1949 del Código Civil, el pacto comisorio puede definirse, en nuestro sistema de derecho

²⁶⁵ *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua*. Tomo II, 20ª Edición, Espasa - Calpe, 1992, p. 1369.

²⁶⁶ *Ibidem*, p.809.

²⁶⁷ Mans Puigamau, Jaime M. *Op. cit.*, p. 65.

positivo, como la cláusula natural de todos los contratos bilaterales o sinalagmáticos en virtud de la cual se entiende estipulado que éste podrá ser resuelto si una de las partes no cumple culpablemente (esto es, en grado doloso o culposo), con las obligaciones que contrajo en el mismo.²⁶⁸ Dicho pacto tiene, por lo tanto, plena operatividad (previa satisfacción de todos sus presupuestos), se exprese o no en el cuerpo del contrato o convenio *stricto sensu* que genere obligaciones recíprocas, pues siempre se entenderá estipulado. Este es, el pacto comisorio genérico de todos los contratos bilaterales o sinalagmáticos, el cual constituye la materia central del presente trabajo.

De esta especie de pacto comisorio, se hace a su vez, una subclasificación:

- a) El pacto comisorio tácito, el cual es precisamente el que contiene el artículo 1949 del Código Civil, es decir “aquél que va implícito en todos los contratos con prestaciones recíprocas y se encuentra consagrado en el artículo 1949 primer párrafo...”²⁶⁹ El maestro Gutiérrez y González nos menciona que “El pacto comisorio tácito va implícito en todos los contratos bilaterales pues el artículo 1949, establece que 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, y por ello también resulta que este pacto es una cláusula natural [...] pues si no se dice que se excluye, la ley establece supletoriamente lo que pactan las partes.”²⁷⁰
- b) El pacto comisorio expreso, que “es aquel que las partes insertan en forma categórica al momento de la celebración del contrato, ...”²⁷¹ o en palabras de el maestro Gutiérrez y González, “El pacto comisorio expreso es una cláusula en un contrato, en la cual se plasma de manera expresa, el texto del artículo 1949 que se comenta o se inserta una cláusula que sin transcribirlo en su literalidad, equivale al contenido de esa norma.”²⁷²

²⁶⁸ Basamos ésta definición en las ideas del maestro Ernesto Gutiérrez y González (*Op. cit.*, p. 653.), casi de manera íntegra, precisando los puntos que hemos creído convenientes.

²⁶⁹ Quintanilla García, Miguel Ángel. *Derecho de las Obligaciones*. 3ª edición, Cárdenas, México, 1993, pp. 315 y 316.

²⁷⁰ Gutiérrez y González, Ernesto. *Op. cit.*, p. 653.

²⁷¹ Quintanilla García, Miguel Ángel. *Op. cit.*, p. 316.

²⁷² Gutiérrez y González, Ernesto. *Op. cit.*, p. 653.

2. LOS DERECHOS QUE NACEN AL VERIFICARSE EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES RECÍPROCAS DE UN CONTRATO BILATERAL SEGÚN LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 1949 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Toca ahora el turno al análisis de la segunda parte del citado artículo 1949 del Código Civil para el Distrito Federal.

Verificado el incumplimiento culpable de uno de los contratantes, propiamente surge el derecho subjetivo de extinción jurídica del contratante cumplidor, es decir, el derecho de rescisión (o resolución), que es la base en la que se sustenta el pacto comisorio, según lo analizamos en el apartado anterior y con base en lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 1949.

El segundo párrafo del artículo 1949 del Código Civil para el Distrito Federal establece otros derechos al determinar lo siguiente:

"ARTÍCULO 1949.- [...]

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."

Del texto del citado artículo se desprenden, entonces cinco derechos, los cuales son: el derecho de resolver las obligaciones recíprocas (rescindir el contrato), el derecho de exigir el cumplimiento forzoso, el derecho para reclamar los daños y perjuicios, el derecho de optar por la resolución o el cumplimiento forzoso y uno más que es el de resolver el contrato, cuando exigido el cumplimiento, éste no fuera posible realizarlo, v. gr. por estado misérrimo del deudor.

2.1. LA FACULTAD RESOLUTORIA.

Satisfechos los requisitos del incumplimiento que veremos en apartados posteriores, surge para el contratante cumplidor, el *derecho subjetivo de extinción*

jurídica, que en la especie es el derecho de rescisión, es decir, su facultad para emitir un acto jurídico unilateral, por el cual le pone fin, de pleno derecho «*ipso iure*» – sin necesidad de declaración judicial – a otro acto, bilateral, plenamente válido, por incumplimiento culpable, en este, imputable a la otra parte.

Los efectos del ejercicio de este derecho subjetivo son los siguientes:

- A. Efecto liberatorio, que consiste en *desligar* al contratante cumplidor, de las obligaciones a su cargo y que debía prestar: “Este primer efecto tiene su fundamento en la necesidad de evitar un enriquecimiento ilegítimo del deudor incumplido en detrimento del acreedor que ha cumplido, enriquecimiento que se produciría si se obligara a éste a continuar con la obligación a su cargo, a pesar del incumplimiento de la obligación de su deudor.”²⁷³ Si no se liberara al contratante perjudicado, éste debería cumplir en su caso, con las obligaciones accesorias que se hubieren pactado. Dicho efecto, notoriamente se basa en la justicia y en la equidad. Resaltan dos citas de Pomponio al respecto que se encuentran en el Digesto, la primera es la Ley 206, Título 17, *de regulis iuris*, Libro 50, que expresa: “*iure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletioem*” [«Es justo, por derecho natural, que nadie se haga más rico con daño y perjuicio de otro»²⁷⁴], y la segunda que se encuentra en el Parágrafo 2º, Ley número 6, Título 3º, *de iure dotium*, Libro 23, cuyo tenor dice: “*Bono et aequo non convenit, aut lucrari alicquem cum damno alterius, aut damnum sentire per alterius lucrum*” [«No conviene a la equidad que alguien se luere en perjuicio de otro, o que por lucro ajeno experimente daño».²⁷⁵]
- B. Efecto extintivo de las obligaciones que debía prestar el deudor “*en forma concomitante a la extinción de las citadas obligaciones del acreedor perjudicado, como una consecuencia ineludible de la reciprocidad o interdependencia de las obligaciones de ambas partes en todo contrato sinalagmático.*”²⁷⁶

²⁷³ Sánchez Medal Urquiza, José Ramón. *La resolución de los contratos por incumplimiento*. 4ª edición, Porrúa, México, 1989, p. 119.

²⁷⁴ Mans Puigamau, Jaime M. *Op. cit.*, p. 173.

²⁷⁵ *Loc. cit.*

²⁷⁶ Sánchez Medal Urquiza, José Ramón. *Op. cit.*, p. 120.

- C. Efecto indemnizatorio, que consiste en resarcimiento de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento culpable.
- D. Efecto retroactivo, que consiste en *“el restablecimiento de las cosas al estado anterior que existía al momento de celebrarse el contrato ...”*²⁷⁷ Este efecto es, a nuestro juicio, importantísimo, ya que, como veremos más adelante, con base en dicho criterio se puede explicar la constitucionalidad del pacto comisorio en cuanto a su relación con el artículo 14 de nuestra Carta Magna. El maestro Rafael Rojina Villegas considera que el pacto comisorio es una condición resolutoria (lo cual no es acertado según veremos al analizar sus diferencias), lo que establece al tratar el principio de la buena fe de los contratos bilaterales.²⁷⁸ Las opiniones que vierte en relación con la retroactividad de la condición resolutoria, corresponden al pacto comisorio, ya que incluso, en una y en otra institución la retroactividad opera de igual forma. Así, establece el insigne maestro que al operar retroactivamente la condición resolutoria: *“destruye, por consiguiente, todas las consecuencias del contrato o de la obligación, excepto cuando por la naturaleza misma de las cosas sea imposible destruir efectos ya consumados de manera irreparable; por ejemplo, un arrendamiento sujeto a condición resolutoria [o al operar el pacto comisorio]: Se verifica el acontecimiento futuro e incierto, no pueden destruirse retroactivamente los efectos del contrato, por cuanto que el uso y goce que ya tuvo el arrendatario, implican una situación consumada de manera irreparable y, por consiguiente, la renta pagada a cambio del uso y goce no deberá restituirse, pues de lo contrario habría un enriquecimiento sin causa a favor del arrendatario.”*²⁷⁹ *“«Podemos decir que aquellos contratos de tracto sucesivo que implican situaciones de hecho realizadas de manera definitiva, no pueden destruirse por los efectos retroactivos de la condición.»”*²⁸⁰

“Corolario del efecto retroactivo son los efectos reintegrativo y resarcitorio, porque –admitiendo que la resolución produce la extinción del contrato y que su consecuencia natural es que las cosas retornen al estado en que se hallaban con anterioridad a su celebración– se deduce fácilmente que las partes deben restituirse recíprocamente lo que del mismo modo recibieron con motivo del

²⁷⁷ *Loc. cit.*

²⁷⁸ Rojina Villegas, Rafael. *Op. cit.*, Tomo V, Obligaciones I, p. 242.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 262.

²⁸⁰ *Loc. cit.*

negocio jurídico extinguido, o pagarse las indemnizaciones compensatorias o resarcitorias correspondientes."²⁸¹ Como se infiere, en algunos casos podrá verificarse la reintegración de la cosa a su titular transmisor, tratándose de obligaciones de dar. En lo que casos en que no sea posible, v. gr. por haberse transmitido la cosa a tercero adquirente de buena fe, deberán resarcirse los daños y perjuicios: "de tal modo que en algunos casos será posible que la obligación de reintegro se concrete in natura, siendo necesario en otros acudir al cumplimiento vicario o sustitutivo, es decir, en dinero."²⁸² Evidentemente si no hubo transmisión de cosa, no podrá verificarse el efecto reintegrativo, aunque sí el retroactivo por cuanto a los derechos transmitidos, v. gr. , el derecho de propiedad, o el derecho de uso y goce temporal.

El efecto retroactivo es importantísimo, y ha sido resaltado igualmente por la Tercera Sala de nuestro Máximo Tribunal, como se observa de la tesis que a continuación se transcribe:

Séptima Época

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 73 Cuarta Parte

Página: 20

CONTRATOS, RESCISION DE LOS. EFECTOS. La extinción de la relación contractual sobrevenida como consecuencia de la rescisión declarada judicialmente, produce sus efectos no solo para el tiempo venidero, sino con alcance retroactivo, por virtud de la cual se ha de volver a un estado jurídico preexistente hasta donde lo permitan, también jurídicamente, los actos realizados, lo que implica que tal resultado no puede entenderse de modo que deje a beneficio de un contratante las prestaciones que del otro haya recibido antes de la rescisión, pues ello equivaldría a proteger un enriquecimiento injusto, sino que precisamente, el retorno al estado anterior al vínculo contractual desecho por modo

²⁸¹ Miquel, Juan Luis. *Op. cit.*, p. 233.

²⁸² *Ibidem*, p. 234.

resolutivo no quedaría logrado sin su consecuencia natural y lógica del reintegro, a cada uno de los interesados, en las cosas y valor de las prestaciones que aportaron por razón del contrato.

Amparo directo 1517/74. Mateo Ochoa Ochoa. 23 de enero de 1975. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ernesto Solís López. Secretario: José Galván Rojas.*

Nota:

*En la publicación original se omite el nombre del secretario y se subsana.

Los efectos indemnizatorio y retroactivo (restitutorio), encuentran su sustento en lo establecido en los artículos 2107, 1940 y 1941 del Código Civil; el primero de los efectos se encuentra como ya se sabe, dentro del Libro Cuarto, *De las obligaciones*, Primera Parte, *De las obligaciones en general*, Título Cuarto, *Efectos de las obligaciones*, I. *Efectos de las obligaciones entre las partes*, *Incumplimiento de las obligaciones*, Capítulo 1, *Consecuencias del incumplimiento de las obligaciones*.

"ARTÍCULO 2107.- La responsabilidad de que se trata en este Título, además de importar la devolución de la cosa o su precio, o la de entrambos [sic], en su caso, importará la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios."

Los artículos 1940 y 1941 del mismo código, se encuentran también dentro del Libro Cuarto, *De las obligaciones*, Primera Parte, *De las obligaciones en general*, Título Segundo, *Modalidades de las obligaciones*, Capítulo 1, *De las obligaciones condicionales*, y que establecen:

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

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 referidas a fecha diferente."²⁸³

La facultad resolutoria sólo la podrá ejercitar el contratante que ha cumplido con sus respectivas obligaciones o se ha allanado al cumplimiento de las mismas.

2.2. EL CUMPLIMIENTO FORZOSO.

El perjudicado por el incumplimiento puede exigir del deudor incumplidor el cumplimiento exacto de la prestación omitida, aún de manera coactiva, por medio del procedimiento judicial correspondiente, esto es, solicitar ante la autoridad competente la ejecución de la prestación o prestaciones debidas (que voluntariamente se desearon y aceptaron a través del contrato o que surgieron por un hecho generador de obligaciones), cumplimiento que se realizará en contra de la voluntad del deudor que ha manifestado a través del incumplimiento su contumacia al pago.

En principio el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes. Así, el artículo 2964 del Código Civil, dispone:

"ARTICULO 2964.- El deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, con excepción de aquellos que, conforme a la ley, son inalienables o no embargables."

Cuando la pretensión del afectado por el incumplimiento no es la rescisión del contrato, sino el cumplimiento del mismo, deberá probar sin embargo, que otorgó la prestación debida a la que se ha comprometido, es decir, que cumplió con su obligación u obligaciones, las mismas que estipuló en el contrato bilateral. De tal manera que si se evidencian el hecho del incumplimiento de ambos contratantes, entonces no procederá la acción de cumplimiento. Así, la Suprema Corte de Justicia ha establecido en jurisprudencia lo siguiente:

²⁸³ Las disposiciones sobre las obligaciones condicionales, son aplicables al pacto comisorio, no obstante que una y otra figura son distintas como se explica en apartado posterior (*Vid. Infra*, p. 195 *et seq.*)

Séptima Época
Instancia: Tercera Sala
Fuente: Apéndice de 1995
Tomo: Tomo IV, Parte SCJN
Tesis: 194
Página: 133

CUMPLIMIENTO FORZADO, ACCION DE. REQUISITO DE PROCEDENCIA. Tratándose, como en el caso, de contratos que impliquen derechos y obligaciones recíprocas entre las partes, para que proceda la acción que concede el artículo 1949 del Código Civil del Distrito Federal a una de las partes para exigir de la otra el cumplimiento total, es necesario que la demandante justifique hallarse previamente al corriente en el cumplimiento de las obligaciones que le corresponden conforme al contrato.

Séptima Época:

Amparo directo 78/50. Rendón Dolores vda. de García. 14 de abril de 1953. Cinco votos.

Amparo directo 296/50. Melgar Reyes Gonzalo. 14 de abril de 1953. Cinco votos.

Amparo directo 161/72. Industria Petroquímica Nacional, S. A. 18 de noviembre de 1974. Cinco votos.

Amparo directo 2279/76. Asesoramiento Profesional de Crédito, S. A. 3 de mayo de 1979. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 1856/75. Industria Petroquímica Nacional, S. A. 24 de marzo de 1980. Cinco votos.

NOTA: Tesis 30, Informe 1980, Segunda Parte, pág. 36.

Ahora bien, si no existe cumplimiento, deberá existir cuando menos un allanamiento expreso y tangible, es decir, objetivarse la realización de actos demostrativos de tendencia al cumplimiento:

Octava Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: IX-Marzo

Tesis: I.4o.C. J/51

Página: 103

OBLIGACIONES RECIPROCAS. MODOS DE ALLANARSE A SU CUMPLIMIENTO. En las obligaciones recíprocas sólo el que cumple o se allana al cumplimiento puede exigir a la otra parte lo que le corresponde, siempre que deban llevarse a cabo simultáneamente, según se desprende de la correcta intelección del artículo 1949 del Código Civil para el Distrito Federal, pero el allanamiento no debe consistir en la mera expresión de estar dispuesto a pagar o en la voluntad de hacerlo cuando la otra parte cumpla, pues eso llevaría a un círculo vicioso, en el que una parte encuentra justificación a su omisión en el incumplimiento de la otra, y ésta a su vez no tiene responsabilidad de la situación porque el otro sujeto no da cumplimiento a lo que le corresponde; círculo que sólo se puede romper mediante la realización de actos positivos, no con meras actitudes de la parte que quiera poner fin a ese estado incierto, actos a través de los cuales se revele objetivamente y de modo indudable su voluntad de cumplir aquello a lo que se vinculó, en forma simultánea a lo exigido de su contraparte, de tal manera que en el caso de no hacerlo, el juez que conozca del asunto quede en condiciones de obtener su realización de modo inmediato y directo y sin necesidad de un procedimiento nuevo de conocimiento o un complejo procedimiento de ejecución. Estos requisitos pueden quedar satisfechos a plenitud, verbigracia, con el depósito de la suma de dinero del saldo adeudado ante una institución de crédito y a disposición de una autoridad jurisdiccional, o bien,

por cualquier otro medio que a juicio razonable del juzgador reúna las características apuntadas.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 264/89. Emma Dana de Massry. 16 de febrero de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Leonel Castillo González. Secretario: Ricardo Romero Vázquez.

Amparo directo 629/89. Laura Elena Medina Morales. 16 de marzo de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Leonel Castillo González. Secretario: Elías H. Banda Aguilar.

Amparo directo 299/89. David Durán Ramírez. 10 de agosto de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Mauro Miguel Reyes Zapata. Secretario: J. Refugio Ortega Marín.

Amparo directo 4876/91. Sucesión de Andrés Islas Casas. 17 de octubre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Leonel Castillo González. Secretario: Ricardo Romero Vázquez.

Amparo directo 598/92. Lucía Mérida Carrillo. 13 de febrero de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Mauro Miguel Reyes Zapata. Secretaria: Rafaela Reyna Franco Flores.

NOTA: Esta tesis también aparece publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación número 51, página 41.

El elemento del cumplimiento previo de las obligaciones por parte del perjudicado por el incumplimiento, es también de igual manera necesario tratándose de la acción rescisoria, como se analizará más adelante en el presente trabajo.

El cumplimiento forzoso en obligaciones de dar puede ser evidentemente coactivo, pues si el deudor se niega a cumplir con la transmisión del dominio, uso o goce de la cosa, éste podrá verificarse por ejecución forzada; si se trata de obligaciones de hacer y el deudor se niega a prestar, se presenta una imposibilidad

material y jurídica de forzar al deudor a que realice dicha prestación. La imposibilidad jurídica se desprende del artículo 5º constitucional, tercer párrafo, el cual establece:

“ARTÍCULO 5º.- [...]

Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el cual se ajustará a lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 123.

[...].”

La excepción que se lee en la parte final de dicho numeral se refiere, evidentemente al trabajo impuesto como pena para el sujeto que cometa un delito, por lo que dicha excepción no se aplica al incumplidor de un contrato. Sin embargo, a fin de no dejar nugatorios los derechos surgidos de las relaciones contractuales, tratándose de las obligaciones de hacer, el artículo 2027 del Código Civil determina:

“ARTÍCULO 2027.- Si el obligado a prestar un hecho, no lo hiciera, 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 hiciera de la manera convenida. En este caso el acreedor podrá pedir que se deshaga lo mal hecho.”

De tal manera que si no es posible la substitución del deudor, o habiendo sido posible ya estuviese consumado un daño o perjuicio o ambos, entonces podrá reclamarse el resarcimiento de éstos, lo cual se traduce en una obligación de dar que desde luego puede ser ejecutada de manera coactiva. Igualmente, si se trata de una obligación de hacer, podrán reclamarse el resarcimiento de los daños y perjuicios por la contravención, que se traduce en una obligación de dar que puede ser ejecutada coactivamente. Si hubiere obra material, el acreedor puede exigir que se destruya a costa del obligado. Lo anterior se desprende de lo establecido por el artículo 2028 del Código Civil, cuyo tenor es el que sigue:

*"ARTÍCULO 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."*²⁸⁴

Para lograr el cumplimiento de las prestaciones debidas o su equivalente, el Código Civil y el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal otorgan diversas acciones para lograr la solvencia necesaria en el deudor, nulificando los actos jurídicos verdaderos como los falsos que causen o agraven la insolvencia del deudor o para lograr ingresar al patrimonio del incumpliente los bienes o derechos con contenido económico que deban pagársele por parte de sus deudores y con los cuales pueda cubrir sus propios débitos.

Las acciones a las cuales nos referimos son:

- a) La Acción Pauliana, prevista en el artículo 2163 del Código Civil, y regulada pormenorizadamente en el Libro Cuarto, *De las obligaciones*; Primera Parte, *De las obligaciones en general*; Título Cuarto, *Efectos de las obligaciones*; II. *Efectos de las obligaciones con relación a tercero*, Capítulo I, *De los actos celebrados en fraude de los acreedores*. El artículo mencionado establece:

"ARTÍCULO 2163.- Los actos celebrados por un deudor en perjuicio de su acreedor, pueden anularse, a petición de éste, si de esos actos resulta la insolvencia del deudor, y el crédito en virtud del cual se intenta la acción, es anterior a ellos."

- b) La Acción de Simulación, prevista en el artículo 2180 del Código Civil, y regulada pormenorizadamente en el Libro Cuarto, *De las obligaciones*; Primera Parte, *De las obligaciones en general*; Título Cuarto, *Efectos de las obligaciones*; II. *Efectos de las obligaciones con relación a tercero*, Capítulo II, *De la simulación de los actos jurídicos*. El artículo citado establece:

²⁸⁴ Cfr. Gutiérrez y González, Ernesto. *Op. cit.*, pp. 694 et seq.

"ARTÍCULO 2180.— Es simulado el acto en que las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas."

Éstas acciones pueden coexistir, cuenta habida de que las mismas persiguen el mismo fin, que es la nulidad del acto celebrado en fraude de acreedores.²⁸⁵ Sin embargo, aún y cuando no se destruyen mutuamente por no ser acciones contradictorias, sí se excluyen entre sí, siendo preferente el estudio de la acción de simulación en el caso de que se pretenda ejercitar ambas en una sola demanda.²⁸⁶

²⁸⁵ "ACCION PAULIANA Y DE SIMULACION COEXISTENCIA DE LAS ACCIONES DE. La acción Pauliana y la de simulación pueden coexistir, sin que la existencia de una destruya la otra, pues puede decirse que es nulo el acto real que se celebra en fraude de acreedores, si deja insolvente al deudor, pero que es igualmente nulo el acto simulado que se efectúa en fraude de acreedores, si también deja insolvente al deudor, y es posible afirmar que la simulación no elimina la posibilidad del fraude, ni esta elimina la existencia de aquélla." (Quinta Época, Instancia: Sala Auxiliar, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: CX, Página: 617. Amparo civil directo 2349/50. Aceves Cerda Josefina y coagraviados. 19 de octubre de 1951. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Ángel González de la Vega. Ponente: Rafael Matos Escobedo).

²⁸⁶ "ACCIONES PAULIANA Y DE SIMULACION. NO SON CONTRADICTORIAS, PERO SI EXCLUYENTES. EFECTOS. Las acciones pauliana y de nulidad por simulación no son contradictorias, porque ambas tienden el mismo fin que es el de obtener la nulidad del acto celebrado en fraude de acreedores; pero lo que sucede es que son excluyentes, porque si el acto es simulado, ya no podrá darse la hipótesis de la acción pauliana, que exige para su ejercicio la certeza o realidad de la operación, en la que efectivamente hay traslado de dominio del enajenante al adquirente, y de aquí que cuando se ejercitan ambas acciones deba entenderse como preferente la de simulación, que por su propia naturaleza excluye la pauliana. Por consiguiente, demostrada la simulación del acto, esta misma comprobación de la nulidad del acto simulado, hace innecesario el estudio de la mala fe del quejoso como comprador aparente, que sólo amerita demostrarse cuando se trata de la acción pauliana, que por ser un acto real, sí requiere la comprobación de la mala fe del tercero que contrata con el deudor que queda en estado de insolvencia." (Sexta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: Cuarta Parte, CXXII, Página: 12. Amparo directo 5467/65. José López Muñoz. 4 de agosto de 1967. Cinco votos. Ponente: Mariano Azuela). Véase: Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Cuarta Parte, Volumen LXXI, página 9 tesis de rubro "ACCIONES CONTRARIAS Y ACCIONES SUBSIDIARIAS."

- c) Como excepción al principio contenido en el artículo 1º del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal²⁸⁷ y anunciado por el propio numeral *in fine*, lo constituyen las acciones previstas por los artículos 29 y 32, fracción III, del citado ordenamiento; en el primero de los artículos citados se establece la Acción Oblicua, por medio de la cual se ejercen las acciones del deudor incumpliente en contra de sus propios deudores, cuando éste se niega a hacerlo; la finalidad es evidente: ingresar al patrimonio del deudor incumpliente los bienes necesarios para que el acreedor perjudicado pueda a su vez, ejecutarlos para lograr el otorgamiento de la prestación o su equivalente. Éstos artículos establecen, en lo conducente lo siguiente:

"ARTÍCULO 29.- Ninguna acción puede ejercitarse sino por aquel a quien compete, o por su representante legítimo. No obstante eso, el acreedor puede ejercitar las acciones que competen a su deudor cuando conste el crédito de aquél en título ejecutivo; y excitado éste para deducirlas, descuide o rehuse hacerlo. El tercero demandado puede paralizar la acción pagando al demandante el monto de su crédito.

Las acciones derivadas de derechos inherentes a la persona del deudor, nunca se ejercitarán por el acreedor.

Los acreedores que acepten la herencia que corresponda a su deudor ejercitarán las acciones pertenecientes a éste, en los términos en que el Código Civil lo permita."

La exigencia del título ejecutivo para el ejercicio de ésta acción responde, pensamos, a la objetivación clara de la existencia de dicho crédito, aún y cuando fuere posible demostrarla por otros medios de prueba durante la secuela procesal.

²⁸⁷ Dice el preoimio de dicho artículo que: "Sólo puede iniciar un procedimiento judicial o intervenir en él, quien tenga interés en que la autoridad judicial declare o constituya un derecho o imponga una condena y quien tenga el interés contrario." Y anuncia las excepciones en la parte final, cuando expresa que "Podrán promover los interesados, por sí o por sus representantes o apoderados, el Ministerio Público y aquellos cuya intervención esté autorizada por la Ley en casos especiales."

El texto del precepto anterior obliga a entablar, previo el ejercicio de la Acción Oblicua el procedimiento correspondiente a fin de obtener el título ejecutivo.

La acción contenida en el artículo 32, fracción III, puede considerarse como una variante de la acción oblicua, con la diferencia de que en ésta se tiene primeramente que exigir al deudor para que éste deduzca, oponga o continúe una acción, para que en caso de negativa pueda entonces el acreedor entablar la acción que corresponda.

“ARTÍCULO 32.- A nadie puede obligarse a intentar o proseguir una acción contra su voluntad, excepto en los casos siguientes:

[...]

III.- Cuando alguno tenga acción, o excepción que dependa del ejercicio de la acción de otro, a quien pueda exigir que la deduzca, oponga o continúe desde luego; y si excitado para ello se rehusare, lo podrá hacer aquél.”

Cabe señalar que dicho artículo no es considerado como fundamento de la Acción Oblicua. Con respecto a ésta fracción, se ha manifestado que *“Todas las excepciones que una persona pueda hacer valer en juicio dependen o están subordinadas al ejercicio de la acción a la cual se refieren, de lo que se infiere que, interpretando literalmente el art. 32, todas las personas que pueden ser demandadas en juicio tienen derecho de excitar al acreedor para que deduzca la acción correspondiente, y si, a pesar de la excitación no lo hace, entonces el titular de la excepción puede ejercitar la acción contra sí mismo, para oponer, él mismo, la excepción correspondiente.”*²⁸⁸ Efectivamente ésta es una interpretación literal que llevó a concluir que *“Tal es el absurdo jurídico que resulta del texto novedoso del art. 32, que carece en lo absoluto de antecedentes en nuestro derecho.”*²⁸⁹ Pensamos que la interpretación literal realizada no corresponde al verdadero sentido del artículo citado, ello en virtud a que dentro del complejo mundo del Derecho se pueden presentar problemas variados que requieren de leyes eficaces

²⁸⁸ Pallares, Eduardo. *Tratado de las Acciones Civiles*. 8ª. edición, Porrúa, México, 1997, p. 80.

²⁸⁹ *Loc. cit.*

que permitan combatir los hechos ilícitos que pueden surgir en todo momento y afectar a las personas en sus derechos. Por ello, aplicando los aforismos jurídicos que expresan que "*Verba intelligenda sunt ut aliquid aparentur*" [«Las palabras deben entenderse de modo que tengan alguna eficacia»²⁹⁰], y el que dice que "*Magis ut valeat quam ut pereat dispositio*" [«Es mejor que la disposición valga que no que perezca»²⁹¹]. Por ello pensamos que la interpretación mencionada y por la cual se concluye en el absurdo de promoción de acción y excepción por una misma persona es un error. En efecto, es cierto que la excepción depende de la acción, puesto que es contra ésta por la cual se promueve. Son los aspectos contrarios de una y otra. Sin embargo, en muchos casos cuando una excepción existe a favor de una persona, de igual manera se cuenta con una acción que se puede promover, *v. gr.*, la facultad que una persona tenga para interponer la excepción de prescripción a una eventual acción de reivindicación que se promueva en su contra, lleva imbibita a su vez la facultad de ese eventual demandado de promover directamente la acción de prescripción, por lo cual resultará descabellado exigir al casual actor a promover una acción teniendo una propia. Además y tratándose del caso que nos ocupa, la sola interposición de una excepción de prescripción a una acción reivindicatoria únicamente traería como consecuencia la absolución del demandado, pero no la declaración de haber obtenido el derecho de propiedad.²⁹² Se revela así que entonces podrá ejercitarse la acción sin necesidad de exigir el ejercicio de otra acción a la cual deba oponerse además una excepción.

²⁹⁰ Mans Puigarnau, Jaime M. *Op. cit.*, p. 487.

²⁹¹ *Loc. cit.*

²⁹² Al respecto se ha sustentado el siguiente criterio: "PRESCRIPCIÓN, COMO EXCEPCIÓN Y COMO ACCIÓN. DIFERENCIAS. La prescripción adquisitiva puede hacerse valer como acción o como excepción; en el primer caso puede ser como acción principal o reconvenzional y, en ambas hipótesis, con la finalidad de que una vez demostrados los elementos que la integran, se dicte una sentencia en donde se declare que el interesado ha adquirido el derecho de propiedad por el transcurso del tiempo. En el segundo caso, la prescripción adquisitiva puede intentarse como excepción con el fin de contradecir, repulsar, o destruir la acción reivindicatoria y se fundamenta en hechos que, por sí mismos, no excluyen la acción pero que sí proporcionan al demandado la facultad de destruirla. Cuando en un juicio en el que se intenta la acción reivindicatoria, el demandado se defiende oponiendo la prescripción únicamente como excepción, el Juez del conocimiento puede abordar en primer término el análisis de ésta, pues de estimarla probada conduciría a tener por no satisfecho el primero de los elementos constitutivos de la referida acción reivindicatoria y, como consecuencia de ello, sería innecesario el estudio de los otros dos elementos de dicha acción real ejercitada; empero, aun en este supuesto lo más que podría obtener el reo, sería un fallo absolutorio, y de ninguna manera una declaración en el sentido de haber adquirido el derecho de propiedad sobre el inmueble en controversia por ser esto

Así entonces, se observa que el artículo 32, fracción III del Código de Procedimientos Civiles se refiere a la acción o excepción que una persona tiene y que depende del ejercicio de otra acción de su deudor, tal y como lo establece el propio artículo 29 del mismo ordenamiento adjetivo, con la diferencia de que el primero de los preceptos mencionados no señala como presupuesto de la acción la existencia de un título ejecutivo donde conste el crédito, y a que previamente debe exigirse a dicho deudor a deducir, oponer o continuarla para que verificándose una negativa para hacerlo el propio actor pueda hacerlo. De ahí que se observe una especie de variante de la Acción Oblicua.²⁹³

propio de la sentencia que examina la prescripción intentada como acción." (Octava Época, Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO, Fuente. Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XIV, Julio de 1994, Página: 720. Amparo directo 144/88. María Trinidad Puga Rojas. 6 de septiembre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: José Mario Machorro Castillo).

²⁹³ Puede acontecer que del ejercicio de una acción de una persona dependa la excepción que otra pueda interponer en su caso. Pensamos que podría constituir ejemplo de lo anterior lo siguiente. Piénsese en un contrato translativo de dominio de un bien inmueble con todas las formalidades legales celebrado entre A y B, en donde B ha ejercido violencia sobre A para la celebración de dicho acto jurídico. El bien inmueble materia de la enajenación lo posee C, en virtud de un contrato de comodato celebrado con A. Después de celebrado el contrato entre A y B, el contratante coaccionante B demanda judicialmente a C la entrega del bien inmueble. C conoce la violencia que ejerció B sobre A, y opone las excepciones falta de personalidad y consecuentemente de falta de acción y de derecho de B para reclamar la devolución de dicho bien. C carece de legitimación para demandar por acción la nulidad del instrumento público puesto que ésta sólo la posee A, en términos del artículo 2230 del Código Civil que establece que "*La nulidad por causa de error, dolo, violencia, lesión o incapacidad, sólo puede invocarse por el que ha sufrido esos vicios de consentimiento, se ha perjudicado por la lesión o es el incapaz.*" Además la excepción no lograría el efecto de nulificar el contrato formal, ya que de acuerdo al ejemplo en estudio dicho acto jurídico consta en un documento público, el cual no se destruye por las excepciones que se opongan, en términos de los artículos 402 y 403 del Código de Procedimientos Civiles; el primero de éstos establece que "*Los medios de prueba aportados y admitidos, serán valorados en su conjunto por el juzgador, atendiendo a las reglas de la lógica y de la experiencia. En todo caso el tribunal deberá exponer cuidadosamente los fundamentos de la valoración jurídica realizada y de su decisión.*" El segundo por su parte establece que "*Queda exceptuada de la disposición anterior la apreciación de los documentos públicos, los que tendrán valor probatorio pleno, y por tanto no se perjudicarán en cuanto a su validez por las excepciones que se aleguen para destruir la pretensión que en ellos se funde.*" A contrario sensu se puede afirmar que un documento privado sí podrá ser perjudicado en cuanto a su validez, por la excepción de nulidad.

Cabe señalar que para la procedencia de éstas acciones no es necesario demostrar los elementos de la acción de cumplimiento forzoso (existencia de un contrato plenamente existente y válido, el incumplimiento de las prestaciones por parte del deudor y el cumplimiento de las prestaciones por parte del actor), como presupuestos para la procedencia de la acción oblicua o la variante señalada, puesto que ello es materia precisamente de la acción de cumplimiento forzoso. Lo que sí debe probarse es la existencia del crédito correspondiente, y el requerimiento al deudor para que ejerza las que tenga contra sus deudores (cumplimiento contractual, nulidad, etc.), y por las cuales obtenga bienes suficientes para responder por sus propios débitos como hemos insistido.

Finalmente, como los artículos 29 y 32, fracción III, del código adjetivo civil no hacen distinción alguna sobre la forma del requerimiento al deudor para que ejerza las acciones correspondientes, deben entenderse como permitidos y habilitados los medios legales reconocidos, como la interpelación judicial (por jurisdicción voluntaria), o extrajudicial (interpelación notarial).

2.3. LOS DAÑOS Y PERJUICIOS.

La segunda parte del artículo 1949 del Código Civil, establece que el perjudicado podrá pedir o la resolución del contrato o el cumplimiento forzoso, más la indemnización por los daños y perjuicios (*damnum emergens* y *lucrum cessans*), que se hubieren causado en ambos casos.

La indemnización es definida como "LA NECESIDAD JURÍDICA QUE TIENE UNA PERSONA DE OBSERVAR UNA CONDUCTA QUE RESTITUYA AL ESTADO QUE GUARDABA, UN DERECHO AJENO, ANTES DE LA REALIZACIÓN DE UN HECHO DAÑOSO, CULPABLE O NO, QUE LE ES IMPUTABLE A ÉSTE, Y DE NO SER POSIBLE ELLO, DEBE REALIZAR UNA PRESTACIÓN EQUIVALENTE AL MONTO DEL DAÑO Y DEL PERJUICIO, SI LO HUBO." En este sentido en el caso de incumplimiento culpable de obligaciones constituidas (contratos), consistirá primeramente en la restitución de las cosas al estado en que se encontraban antes de verificarse el hecho dañoso y sólo si ésta restitución es imposible, entonces se traducirá en el pago de daños y perjuicios, mismo que siempre se fijará en dinero: "En el incumplimiento de obligaciones previamente constituidas, aún cuando el Código Civil no lo diga, la doctrina ha

entendido siempre que los daños y perjuicios deben fijarse en dinero. La forma de operar la indemnización se desprende del artículo 2107 ya citado con anterioridad, pero debemos recordar que la reintegración de la cosa que se hubiere transmitido, tratándose de obligaciones de dar, en algunos casos será distinta de la indemnización de daños y perjuicios ocasionado, habida cuenta de que pueden presentarse casos en los cuales aún con la devolución de lo recibido, el incumplimiento habrá generado daños y perjuicios diversos, que deberán resarcirse.

La indemnización podrá ser en sus respectivos casos, retributiva (compensatoria), cuando la obligación no se cumple de manera definitiva, sea porque el deudor no cumpla culpablemente pudiendo cumplir y que el acreedor ya no tenga interés alguno en la verificación del cumplimiento por ya haber sido perjudicado o que el mismo deudor (también de manera culpable), se hubiese colocado en un estado de imposibilidad en el cumplimiento. Esta indemnización retributiva deberá ser el exactamente el equivalente a los daños y perjuicios sufridos por el acreedor en razón al incumplimiento.

La indemnización será moratoria cuando se verifica un retardo en el cumplimiento de la obligación, lo que cual significa que aún es posible realizar la prestación omitida, es decir, el pago al acreedor.

Pues bien, los artículos 2108 y 2109 del mismo ordenamientos definen para dichos efectos lo que debe entenderse por daño y perjuicio; el tenor de éstos artículos es el siguiente:

“ARTICULO 2108.- Se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación.

ARTICULO 2109.- Se reputa perjuicio la privación de cualquiera ganancia lícita, que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación.”

La procedencia de los daños y perjuicios no se verifica de manera automática por el sólo hecho del incumplimiento; éstos daños y perjuicios deben ser consecuencia directa e inmediata del incumplimiento de la obligación. Así lo establece el artículo 2110 del Código Civil, el cual establece:

"ARTICULO 2110.- 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."

Con ello se establece que los daños y los perjuicios deben ser reales y no hipotéticos, pues sólo ello daría certidumbre y consecuentemente seguridad jurídica. Dice el maestro Rojina Villegas que *"Sólo en las obligaciones reciprocas podría darse el caso de que su no pago, no perjudicase al acreedor, al quedar éste liberado de la prestación que a su vez deba cubrir."*²⁹⁴ Dicho en otras palabras, por verificación del incumplimiento y al operar el pacto comisorio, se presentarán todos los efectos de la rescisión, entre ellos el restitutorio, por el cual el contratante cumplidor recupera, en su caso, los derechos sobre la cosa que hubiese dado en dominio, uso o goce (aún y cuando dicho uso y goce en sí mismos no puedan ser restituidos). En tales casos, el daño podría traducirse en el menoscabo o devaluación que la cosa hubiese sufrido (o en el interés legal si la prestación omitida era la transmisión de una cantidad de dinero); sin embargo, si es posible la reintegración de la cosa, no se verificaría una pérdida total por el incumplimiento, pues aún y cuando se considerara que se ha transmitido el dominio de ésta, y por tanto haberse registrado una pérdida en el patrimonio en sentido jurídico, ésta sólo sería temporal, pues desaparecería al momento de verificarse la reintegración, de tal suerte que con ello se conserva la equidad en las relaciones contractuales y no se sanciona en exceso a la parte incumplidora a indemnizar por el equivalente total de la prestación omitida en todos los casos, sino sólo en aquéllos en que verdaderamente se hubiese presentado. Ahora bien, si fácticamente no es inmediata la restitución e incluso existe oposición del deudor para realizarla, los gastos que se generen por la persecución de la cosa si se traducirán en daños y perjuicios futuros, siendo una consecuencia inmediata y directa del incumplimiento, pues como dice el maestro Rafael Rojina Villegas éstos *"no están unidos al incumplimiento por una relación mediata, pues por anticipado se sabe que necesariamente habrán de causarse."*²⁹⁵ Dice este tratadista que: *"tal parece desprenderse que no habrá un solo caso de incumplimiento de obligaciones, que no traiga consigo la necesidad jurídica de pagar daños y perjuicios. Sin embargo, si teóricamente cabe estatuir en la forma que lo hacen los preceptos mencionados, la experiencia jurídica*

²⁹⁴ Rojina Villegas, Rafael. *Op. cit.*, Tomo V, Obligaciones 11, p. 301.

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 308.

demuestra que pueden darse casos de incumplimiento de obligaciones bilaterales, que se traduzcan en un beneficio para la parte que no recibió la prestación, porque a su vez no estaba en condiciones de cumplir la suya, originándose así una liberación que le es benéfica."²⁹⁶

Como se observa, resulta trascendental que una de las finalidades del pacto comisorio es evitar que la parte cumplidora se mantenga ligada a la parte incumplidora. Dada esa liberación, aquélla podrá elegir por demandar, si así lo desea, el pago de daños y perjuicios, ejercitando la acción correspondiente. Así lo establece la jurisprudencia que a continuación se transcribe:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: I, Mayo de 1995

Tesis: 1.4o.C. J/1

Página: 242

DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACION. PARA OBTENER SU PAGO DEBE EJERCITARSE LA ACCION CORRESPONDIENTE Y EXPRESAR LOS HECHOS RELATIVOS. Conforme al artículo 1949 del Código Civil para el Distrito Federal, quien exija el cumplimiento o resolución de una obligación recíproca tiene derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios, pero no basta su simple invocación para obtener un fallo favorable al respecto, sino que de acuerdo a los artículos 1o., 2o., 81 y 255 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, es necesario que ese derecho se demande a través del ejercicio de la acción correspondiente, en donde se indique claramente cuál es la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por el incumplimiento aducido y cuál es la privación de la ganancia lícita que debió haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 302.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL
DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 2464/88. Impulsora Internacional Inmobiliaria, S.A. de C.V. 8 de septiembre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Mauro Miguel Reyes Zapata. Secretario: Luis Arellano Hobelsberger.

Amparo directo 1389/89. Inversiones Transmar, S.A. 7 de diciembre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Mauro Miguel Reyes Zapata. Secretario: Luis Arellano Hobelsberger.

Amparo directo 3549/90. Inmobiliaria Real de La Laguna, S.A. de C.V. 23 de agosto de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Mauro Miguel Reyes Zapata. Secretaria: Rafaela Reyna Franco Flores.

Amparo directo 5646/90. Julio Mendoza Quijano. 15 de noviembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Mauro Miguel Reyes Zapata. Secretaria: Rafaela Reyna Franco Flores.

Amparo directo 724/95. Aniceto Vázquez Méndez y otra. 16 de febrero de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Leonel Castillo González. Secretario: Jaime Uriel Torres Hernández.

De lo establecido por esta jurisprudencia, se colige que la acción de indemnización por daños y perjuicios puede probarse de manera autónoma al incumplimiento del contrato, aún y cuando dicha acción es accesoria, puesto que el hecho del incumplimiento no genera de manera automática, e indefectible, como ya lo hemos mencionado, los daños y perjuicios. Así, resulta trascendental la jurisprudencia de los Tribunales Federales, cuyo tenor es el siguiente:

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XI-Mayo

DAÑOS Y PERJUICIOS. EL DERECHO A ELLOS DEBE DEMOSTRARSE EN FORMA AUTONOMA AL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION EN QUE SE FUNDEN, EN TANTO ESTA ULTIMA NO IMPLICA QUE NECESARIA E INDEFECTIBLEMENTE SE CAUSEN. Si bien conforme a lo dispuesto por el artículo 2110, del Código Civil, tales renglones deben ser el resultado del incumplimiento de una obligación, no puede sostenerse que ante tal supuesto el afectado forzosa y necesariamente sufra pérdida o menoscabo en su patrimonio o se vea privado de cualquier ganancia lícita de acuerdo con los artículos 2108 y 2109, del propio ordenamiento, pues casos habrá en que aun ante el deber incumplido ninguna afectación de aquellas índoles traiga consigo. De lo anterior se sigue que no basta con demostrar el extremo aludido para sostener que se materializaron los daños y perjuicios, que por lo mismo deben probarse en forma independiente, ya que sostener lo contrario conduciría a decretar una condena en forma automática aun en aquellos casos en que no se resintió ninguna de las afectaciones a que se hizo mérito. Tal es el sentido de la jurisprudencia que puede verse en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, Cuarta Parte, página 357, y dice: "DAÑOS Y PERJUICIOS. CONDENA GENERICA. Los artículos 85, 515 y 516 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, y los Códigos Procesales de los Estados de la República que tienen iguales disposiciones, permiten concluir que si el actor en un juicio que tiene por objeto principal el pago de daños y perjuicios, probó su existencia y su derecho a ser indemnizado, pero no rindió pruebas que permitan precisar su importe, ni establecer las bases con arreglo a las cuales debe hacerse la liquidación, la condena al pago genérico de los mismos es procedente, reservándose la determinación de su cuantía para el procedimiento de ejecución de sentencia." Desde el momento en que el criterio exige las pruebas del derecho a ser indemnizado, éste no puede ser otro que la presencia de la

pérdida, menoscabo o privación que ya quedaron mencionados y por lo tanto, si no quedan acreditadas, no habrá lugar a la condena por daños y perjuicios, aunque prevalezca la relacionada con que la obligación debe cumplirse.

SEPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL. EN EL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 527/93. World Information Service Center de México, S.A. de C.V. 29 de abril de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Gerardo Ramos Córdova. Secretario: Rolando Javier García Martínez.

Amparo directo 1177/93. Autos Tlaxcala, S.A. de C.V. y Hermanos Rivera, S.A. de C.V. 6 de abril de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Gerardo Ramos Córdova. Secretaria: Irma Rodríguez Franco.

2.4. EL DERECHO DE OPCIÓN.

El segundo párrafo del artículo 1949 del Código Civil establece que la parte perjudicada por el incumplimiento de las obligaciones recíprocas (contrato), por parte del otro contratante, puede optar entre el exigir el cumplimiento de la prestación omitida o la resolución (rescisión) del contrato más el pago de daños y perjuicios en ambos casos. Además establece que también podrá solicitarse la resolución aún después de haber optado por el cumplimiento, siempre y cuando éste resultare imposible de realizarse. Este derecho de opción se traduce en un efectivo derecho potestativo en el ejercicio de los derechos subjetivos, o en otras palabras, en un derecho de libertad (*facultas optandi*), para escogitar el ejercicio (*facultas agendi*), o el no ejercicio (*facultas omitendi*) de los derechos subjetivos. En el caso del artículo en comento, la facultad extintiva conferida al perjudicado por el incumplimiento es, como ya analizamos, un *derecho subjetivo de extinción jurídica*, mismo que por su naturaleza puede o no ser ejercitado (no es ejercitado v. gr. cuando se reclama el cumplimiento de la prestación omitida). Tratándose del incumplimiento de las obligaciones recíprocas, resulta justo y equitativo que la parte afectada por éste, pueda optar por el cumplimiento de la prestación omitida o la rescisión de las obligaciones, ya que la esencia de dicha protección radica en que la parte perjudicada tiene el derecho de escoger, según su propio criterio, el medio

por el cual puede satisfacer sus intereses y contrarrestar los efectos negativos del hecho ilícito que ha generado la otra parte. De igual manera, se establece claramente que en caso de haberse ejercitado el cumplimiento forzoso de la obligación, y éste resultare imposible, puede el contratante acreedor perjudicado ejercitar la rescisión contractual (*ius variandi*), pero no a la inversa, dada la manifestación de terminar con la relación contractual.

3. PRESUPUESTOS NECESARIOS PARA LA ACTUALIZACIÓN DEL PACTO COMISORIO.

Toca ahora analizar los presupuestos que necesariamente deben concurrir junto con el incumplimiento de un contrato, puesto que el pacto comisorio no se actualiza de manera automática, como pudiese pensarse incluso, de una lectura literal del multicitado artículo 1949 del Código Civil.

Pues bien, los presupuestos necesarios para la actualización del pacto comisorio son tres, a saber:

- a) La celebración de un contrato sinalagmático plenamente existente y válido.
- b) La verificación del incumplimiento culpable de alguno de los contratantes.
- c) La verificación del cumplimiento de sus respectivas obligaciones de la parte afectada.

3.1 LA CELEBRACIÓN DE UN CONTRATO SINALAGMÁTICO PLENAMENTE EXISTENTE Y VÁLIDO.

Dice el maestro Gutiérrez y González, al referirse al pacto comisorio que éste sólo tiene operatividad en las obligaciones recíprocas (es decir, dentro de los contratos bilaterales o sinalagmáticos), al decir que: "*El artículo 1949 del Código determina cómo el pacto se entiende implícito en las obligaciones recíprocas, por lo cual si en los contratos unilaterales las obligaciones son para una sola de las*

partes, y los beneficios para la otra, no podrá operar este pacto."²⁹⁷ Con el mismo criterio se manifiesta Manuel Borja Soriano, pues establece que: "Como el artículo 1949 del código de 1928 se refiere al caso de obligaciones recíprocas, debe concluirse que sólo a los contratos bilaterales es aplicable la resolución por incumplimiento de una de las partes."²⁹⁸ Efectivamente, tal y como ya lo hemos analizado, el pacto comisorio circunscribe su operatividad a los actos jurídicos que generan dichas obligaciones recíprocas,²⁹⁹ es decir, a los contratos (o convenios) bilaterales o sinalagmáticos; sin embargo, dicho contrato debe reunir los elementos y requisitos de validez que la ley determina. Lo anterior resulta indudable, puesto que si el contrato no reúne íntegramente alguno de sus elementos (existencia), o alguno de sus requisitos (validez), entonces estará afectado de inexistencia o nulidad respectivamente, según los dispositivos jurídicos que ya se han expuesto con anterioridad.³⁰⁰

Existe una tesis de jurisprudencia en la cual se establece que un contrato unilateral puede tornarse bilateral, y que por tanto será posible rescindirle. Dicho criterio establece:

Octava Época

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN
MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XI, Marzo de 1993

Tesis: III.2o.C-378 C

Página: 269

DONACION, CASO EN EL CUAL POR CONTRAER LAS PARTES OBLIGACIONES RECÍPROCAS, EL CONTRATO DE, PUEDE CONVERTIRSE EN ONEROSO (LEGISLACION DEL ESTADO DE JALISCO). Es verdad que la donación es, por su naturaleza jurídica, un contrato ordinariamente unilateral; sin embargo, puede suceder que por crearse entre donante y donatario obligaciones recíprocas que

²⁹⁷ Gutiérrez y González, Ernesto. *Op. cit.*, p. 661.

²⁹⁸ Borja Soriano, Manuel. *Op. cit.*, Tomo II, p. 123.

²⁹⁹ *Vid. Supra*, p. 50.

³⁰⁰ *Vid. Supra*, pp. 14 y 38.

deben satisfacerse, el contrato respectivo se torna bilateral. Tal ocurre cuando la donación es onerosa o remuneratoria porque se pactan gravámenes o servicios que el donante tiene derecho a recibir. De lo anterior resulta que si en un determinado caso la donataria se comprometió a solventar los adeudos presentes y futuros del bien inmueble objeto del contrato, así como a cubrir los gastos de subsistencia del donante, no cabe duda, entonces, que se está ante un pacto en que se dan obligaciones mutuas; y siendo de esa manera, tiene aplicación el artículo 1868 del Código Civil del Estado de Jalisco, que concede al interesado acción para exigir, ya sea la rescisión del contrato o bien su obligado cumplimiento.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 998/92. The American School Foundation of Guadalajara, A.C. 3 de diciembre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Jaime Julio López Beltrán. Secretario: Antonio López Rentería.

Constituye esto la aplicación práctica de los llamados contratos sinalagmáticos imperfectos. *"Hay contratos que en el momento de su celebración sólo producen obligaciones a cargo de uno de los contratantes; aunque pro hechos posteriores, durante la vigencia de ese contrato, pueden nacer obligaciones a cargo de la otra parte. Estos contratos, llamados por algunos autores sinalagmáticos imperfectos (denominación que no consta en nuestros Códigos, son en realidad unilaterales."*³⁰¹

Por lo que se refiere a la donación onerosa, se ha expresado que *"En este caso existe una unión de contratos de los cuales el de donación seguiría siendo unilateral independientemente de la naturaleza del segundo contrato."*³⁰² Ello se desprende del artículo 2237 del Código Civil:

³⁰¹ Borja Soriano, Manuel. *Op. cit.*, Tomo I, p. 135.

³⁰² Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. *Contratos ...*, p. 152.

"ARTÍCULO 2337.-- Cuando la donación sea onerosa, sólo se considera donado el exceso que hubiere en el precio de la cosa, deducidas de él las cargas."

Se ha expresado que el contrato de donación puede ser sinalagnático imperfecto en el caso de inopia sobrevenida: *"Puede ser sinalagnático imperfecto cuando el donante ha venido a pobreza, ya que en este caso el donatario tiene obligación de socorrerlo [...]"*³⁰³ Así también se ha expresado que *"la donación onerosa [...] no deja de ser un contrato gratuito y a la vez bilateral en el más amplio sentido, porque impone obligaciones a ambas partes."*³⁰⁴ En este sentido sería posible la rescisión.

Otros autores tienen opinión diversa: *"Para apreciar la naturaleza de un contrato debe uno colocarse en el momento en que se forma."*³⁰⁵ En este sentido no sería aplicable la rescisión del contrato.

Cuestión que debe ser tratada necesariamente es el contenido del artículo 1951 del Código Civil, el cual establece:

"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."

Como se observa, el artículo 1949 del Código Civil, no hace distinción alguna sobre si el contrato bilateral que engendra obligaciones recíprocas deba recaer sobre bienes muebles o inmuebles, o incluso sobre derechos. San Raimundo de Peñafort afirmó en su *Summa iuris*, que *"iure generi per speciem derogatur"* [«Por derecho el género se deroga por la especie»³⁰⁶]; axioma que sustenta la misma idea lo es aquélla que expresa que *"lex specialis, derogat generali"* [«La ley especial deroga la general»³⁰⁷]. De lo anterior se concluiría determinadamente que no procedería la rescisión en ningún contrato cuyo objeto jurídico o material recaiga

³⁰³ *Ibidem*, p. 150.

³⁰⁴ Sánchez Medial, Ramón. *Op. cit.*, p. 108.

³⁰⁵ Borja Soriano, Manuel. *Op. cit.*, Tomo I, p. 135. En igual sentido Gutiérrez y González, Ernesto. *Op. cit.*, p. 222, nota al pie de página número 258.

³⁰⁶ Mans Puigarnau, Jaime M. *Op. cit.*, p. 216.

³⁰⁷ *Loc. cit.*

sobre bienes muebles, excepto en la compraventa en la que se pacte el pago del precio en abonos: el artículo 1951 constituiría una excepción a la regla establecida por el artículo 1949. Pensamos sin embargo, que dicha disposición no tiene ninguna aplicación, cuenta habida que el propio código establece casos en los cuales, a pesar de que el contrato recaer sobre bienes muebles, es posible exigir la rescisión del mismo como en el arrendamiento y la renta vitalicia. Éstos contratos sí otorgan el derecho a la rescisión sin distingo alguno reconociendo el principio del artículo 1949 del Código Civil y contraponiéndose a la aparente determinación absoluta del artículo 1951 citado que únicamente expresa que la rescisión de contratos bilaterales que se realicen con respecto de bienes muebles sólo será procedente en tratándose de la compraventa donde el comprador este facultado para pagar el precio en abonos o parcialidades (una curiosa excepción de la excepción que con respecto al artículo 1949 es el artículo 1951). Ergo, existe un evidente contrasentido que nos constriñe a señalar que el propio Código Civil inhabilita al multicitado artículo 1951.

Así entonces, a pesar de la prohibición del artículo 1951 del Código Civil, los artículos 2398 y 2400 del mismo ordenamiento establecen:

“ARTÍCULO 2398.— Hay arrendamiento cuando las dos partes contratantes se obligan recíprocamente, una, a conceder el uso o goce temporal de una cosa, y la otra, a pagar por ese uso o goce un precio cierto.

El arrendamiento no puede exceder de diez años para las fincas destinadas a habitación y de veinte años para las fincas destinadas al comercio o a la industria.”

“ARTÍCULO 2400.— Son susceptibles de arrendamiento todos los bienes que pueden usarse sin consumirse; excepto aquellos que la ley prohíbe [sic] arrendar y los derechos estrictamente personales.”

Dichos artículos admiten así la posibilidad de arrendar tanto bienes muebles como inmuebles, ambos no fungibles.³⁰⁸ El propio código dedica un capítulo al arrendamiento de bienes muebles, cuya ubicación precisa lo es el Libro Cuarto, *De las obligaciones*, Segunda Parte, *De las diversas especies de contratos*, Título Sexto, *Del arrendamiento*, Capítulo VI, *Del arrendamiento de bienes muebles*. El artículo 2438 establece las causas por las cuales el contrato de arrendamiento puede terminar, y entre ellas, en la fracción VI, se contempla a la rescisión.

“ARTÍCULO 2483.- El arrendamiento puede terminar:

- I. Por haberse cumplido el plazo fijado en el contrato o por la ley, o por estar satisfecho el objeto para que la cosa fue arrendada;*
- II. Por convenio expreso;*
- III. Por nulidad;*
- IV. Por rescisión;*
- V. Por confusión;*
- VI. Por pérdida o destrucción total de la cosa arrendada, por caso fortuito o fuerza mayor;*
- VII. Por expropiación de la cosa arrendada hecha por causa de utilidad pública;*
- VIII. Por evicción de la cosa dada en arrendamiento.”*

La renta vitalicia puede recaer sobre bienes muebles:

³⁰⁸ Los bienes fungibles y no fungibles se definen en el artículo 763, el cual curiosamente se refiere a bienes muebles. Dicho artículo señala que *“Los bienes muebles son fungibles o no fungibles. Pertenecen a la primera clase los que pueden ser reemplazados por otros de la misma especie, calidad y cantidad.”* Los bienes no fungibles están en el siguiente párrafo, y *“son los que no pueden ser sustituidos por otros de la misma especie, calidad y cantidad.”* Los bienes inmuebles son no fungibles por su propia naturaleza, porque no se agotan con su uso.

"ARTÍCULO 2774.- La renta vitalicia es un contrato aleatorio por el cual el deudor se obliga a pagar periódicamente una pensión durante la vida de una o más personas determinadas, mediante la entrega de una cantidad de dinero o de una cosa mueble o raíz estimadas, cuyo dominio se le transfiere desde luego."

Dicho contrato es susceptible de ser rescindido, como se desprende del artículo 2781:

"ARTÍCULO 2781.- Aquél a cuyo favor se ha constituido la renta, mediante un precio, puede demandar la rescisión del contrato, si el constituyente no le da o conserva las seguridades estipuladas para su ejecución."

En ambos contratos, arrendamiento y renta vitalicia, se verifican pagos periódicos, sin embargo pensamos que ello no es motivo para considerar que en los mismos procede la rescisión tratándose de muebles, dada la similitud que guardan con la compraventa en abonos a que hace referencia el multirreferido artículo 1951 del Código Civil, cuenta habida de que éste mismo artículo sólo hace mención a la compraventa y excluye, por tanto, a todos los demás contratos.

La Ley Federal de Protección al Consumidor, en su artículo 82, tampoco establece distinción alguna sobre bienes muebles o inmuebles para optar por la rescisión del contrato en la hipótesis que señala:

"ARTÍCULO 82.- El consumidor puede optar por pedir la rescisión o la reducción de precio, y en cualquier caso, la indemnización por daños y perjuicios, cuando la cosa u objeto del contrato tenga defectos o vicios ocultos que la hagan impropia para los usos a que habitualmente se destine o que disminuyan su calidad o la posibilidad de su uso. Cuando el consumidor opte por la rescisión, el proveedor tiene la obligación de reintegrar el precio pagado."

Puede argumentarse en contra de lo que establece el artículo 1951 del Código Civil, que el citado numeral va en contra de los principios de la rescisión, puesto

que el incumplimiento contractual quedaría en esas hipótesis únicamente sancionado con los daños y perjuicios los cuales pueden o no generarse, incertidumbre que no puede ser promovida legalmente. Al no poderse sancionar con la rescisión, el contrato bilateral que recaiga sobre bienes inmuebles deberá ser cumplido íntegramente por el contratante acreedor perjudicado al interpelarse o demandarse su cumplimiento por el contratante irresponsable (incluyendo desde luego el otorgamiento de las prestaciones anexas), ello a pesar de que el perjudicado no haya recibido la contraprestación, lo cual también deja nugatoria tanto la "*exceptio non adimpleti contractus*" [«excepción de contrato no cumplido»], como la "*exceptio non rite adimpleti contractus*" [«excepción de contrato no cumplido como es debido»]. En éstas circunstancias el contratante acreedor perjudicado se vería obligado a aceptar el cumplimiento no obstante la mora en que hubiere incurrido el contratante deudor incumpliente, lo que notoriamente es injusto.

La cuestión se complica si el contratante acreedor perjudicado demanda el cumplimiento forzoso y éste no es posible: como desde un principio carece del *ius optandi* no pudiendo escoger la rescisión, dicho contratante no tendrá el *ius variandi* para el caso de imposibilidad en el cumplimiento forzoso, debiendo entonces solicitar el resarcimiento de daños y perjuicios, con lo que se postergará la solución del problema o hasta complicarse más dado que el incumpliente tendrá más oportunidad de realizar algún acto en fraude del acreedor, como la dilapidación o enajenación de sus bienes y el hecho de que puedan combatirse éstos actos por medio de la nulidad conforme a lo establecido en Libro Cuarto, *De las obligaciones*; Primera Parte, *De las obligaciones en general*; Título Cuarto, *Efectos de las obligaciones*; II. *Efectos de las obligaciones con relación a tercero*; Capítulo 1. *De los actos celebrados en fraude de los acreedores*, de nuestro Código Civil, ello a lo no resta inconveniencia de ninguna manera.

Por otra parte, también debe tomarse en cuenta que la imposibilidad del ejercicio del derecho de rescisión en los contratos bilaterales que recaigan sobre bienes muebles, constituiría un medio para la violación contractual y la consecuente insatisfacción del crédito de manera puntual. Retomando entonces que la imposibilidad del ejercicio del derecho de rescisión en estos casos, deja abierta únicamente la posibilidad de ejercitar el cumplimiento forzoso de la obligación y el pago de los daños y perjuicios, lo que estimamos injusto cuenta habida que en muchos casos de incumplimiento el contratante acreedor perjudicado pierde el interés por conservar el vínculo contractual y menos aún de ejercitar las acciones

relativas al cumplimiento forzoso de la obligación y el resarcimiento de los daños y perjuicios: si ya ha existido por parte del contratante deudor incumpliente una inobservancia de sus obligaciones, cuanto más puede presumirse que éste opondrá todos los óbices a su alcance para evitar cumplir hasta donde le sea posible y de acuerdo a sus particulares intereses. Además es consabido que las personas en muchos casos generan estimación por sus bienes sean éstos muebles o inmuebles y por ello es más lógico considerar su recuperación, la cual puede ser lograda de mejor manera por medio de la rescisión y con mayor facilidad si ésta es de pleno derecho, puesto que en ambos supuestos podrán recuperarse, en la generalidad de los casos, aún de terceros adquirentes, cuenta habida de que la mayoría de los actos jurídicos sobre bienes muebles no son inscribibles y no gozan por tanto de la protección registral.³⁰⁹ En cambio, ejercitando la acción de cumplimiento forzoso, para recuperar la cosa transmitida, en principio ésta debe ser materia del embargo correspondiente a fin de solicitar al final del procedimiento que necesariamente debe instaurarse su adjudicación después de ordenada su venta para evitar que lo adquieran terceros en la almoneda correspondiente, posibilidad que otorga la fracción IV, del artículo 598, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el cual establece:

“ARTÍCULO 598.- Cuando los bienes cuyo remate se haya decretado fueran muebles se observará lo siguiente:

[...]

IV.- Después de ordenada la venta puede el ejecutante pedir la adjudicación de los bienes, por el precio que tuvieron señalado al tiempo de su petición, eligiendo los que basten para cubrir su crédito, según lo sentenciado;

[...].”

Se revela entonces que el desconocer legalmente la operatividad de la rescisión en los contratos bilaterales que recaigan sobre bienes muebles es desafortunado para la recuperación de la cosa, cuenta habida que el efecto reintegrativo (corolario junto con el efecto retributivo o resarcitorio, del efecto

³⁰⁹ Vid. *Infra*, p. 239 et seq.

retroactivo), propio de la rescisión, no podrá verificarse sin la procedencia de ésta. La reintegración de la cosa en estos supuestos únicamente sería posible de realizarse en aquellos casos en que exista su embargo y también en aquellos supuestos en donde su adquisición se haya realizado por medio de un hecho demostrado como delito en la sentencia correspondiente;³¹⁰ la falta de posibilidad legal para rescindir en los contratos a que se refiere la hipótesis del artículo 1951 del Código Civil, conllevaría a una inaceptable inseguridad jurídica, anexándose a la injusticia particular una legal.

La falta de claridad, y por ende la oscuridad de dicho artículo 1951 referido, provoca dudas que obligan a resolver ésta cuestión conforme a lo que es más benigno y de acuerdo a los principios que postula el propio Código Civil como lo es el postulado de la plenitud hermética del derecho, que obliga a solucionar una controversia a pesar de la oscuridad legal (artículo 18 del código sustantivo de la materia), y con certeza puede concluirse que el artículo 1951 citado carece de aplicación, por lo que es procedente rescindir un contrato bilateral que recaiga sobre bienes muebles, sin limitación alguna. La rescisión de contratos bilaterales que recaigan sobre bienes muebles es posible, no obstante que la reintegración de los mismos, procediendo la rescisión, pueda ser difícil dada la alta facilidad de ocultamiento que tienen esos bienes. Ello no es obstáculo alguno para que proceda la rescisión, ya que además no pueden dejarse carentes de dicha protección el cúmulo de contratos que sobre bienes muebles se realizan día con día, máxime que la rescisión es el medio idóneo para este tipo de actos jurídicos, los cuales requieren en todo sentido, una regulación eficaz dadas sus celebraciones constantes y vertiginosas, lo que impone otorgar legalmente soluciones expeditas y adecuadas: "*Mesura iuris est utilitas*" [«La utilidad es la medida del derecho»³¹¹] si un contrato bilateral que recaea sobre bienes muebles se celebra consensualmente, lógico es suponer que en muchos casos también se pacte la resolución de manera consensual y expresa para que opere en caso de incumplimiento de alguna de las partes, aún y cuando sea conveniente contar con un medio de prueba para demostrar en su caso la rescisión (formalidad *ad probationem*).

Reiterando lo anterior, el artículo 1951 del Código Civil no tiene aplicabilidad aún y cuando es un precepto vigente, dado que el propio código lo

³¹⁰ *Vid. Infra*, p. 293.

³¹¹ Mans Puigarnau, Jaime M. *Op. cit.*, p. 86.

contraviene. Al apreciarse estos contrasentidos, debemos inclinarnos por lo más benigno, lo cual estimamos es el reconocimiento de la operatividad del pacto comisorio en todos los contratos bilaterales cuyo objeto sean tanto bienes inmuebles como muebles. "*Duae propositiones contrarias, nunquam possunt esse simul verae*" [«Dos proposiciones contradictorias no pueden ser verdaderas simultáneamente»³¹²]; así entonces como se observa contradicción, ello genera duda. Ante dicha circunstancia, debe preferirse lo más benigno, como lo afirmó Gayo, en la Ley 56, Título 17, *de regulis iuris*, Libro 50, del Digesto, donde se lee la locución que expresa que "*Semper in dubiis benigniora praeferrenda sunt*" [«En los casos dudosos se ha de preferir siempre lo más benigno»³¹³].

3.2. LA VERIFICACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO CULPABLE DE ALGUNO DE LOS CONTRATANTES.

Una vez que se ha celebrado un contrato (o un convenio *stricto sensu*), que reúne íntegramente sus elementos y requisitos, lo cual hace que se considere como plenamente existente y válido, y concretamente cuando dicho contrato se encuentra en su etapa de ejecución de las prestaciones establecidas, es cuando puede verificarse la resolución de las obligaciones por incumplimiento. Evidentemente que si las obligaciones pactadas y contenidas en el contrato se cumplen,³¹⁴ los efectos de éste se extinguirán de modo natural (jurídicamente); pero si las obligaciones contenidas en el contrato no se cumplen o se cumplen defectuosamente (de manera parcial),³¹⁵ a partir del momento de que las mismas son exigibles, podrá entonces verificarse la operatividad del pacto comisorio.

³¹² *Ibidem*, p. 86.

³¹³ *Ibidem*, p. 249.

³¹⁴ Establece el Código Civil: "**ARTÍCULO 2062.**— Pago o cumplimiento es la entrega de la cosa o cantidad debida, o la prestación del servicio que se hubiere prometido."

³¹⁵ Si el cumplimiento parcial no se encuentra pactado y aceptado por las partes, al momento de verificarse éste, se estará en presencia de un incumplimiento por parte del deudor, pues al hablar de incumplimiento parcial o de cumplimiento parcial, fuera de la naturaleza de los contratos (arrendamiento) o de alguna estipulación (compraventa a plazos), viene a constituir un mero juego de palabras, dado que necesariamente si se presenta uno, forzosamente se da el otro. En los contratos de tracto sucesivo, como el arrendamiento o la compraventa a plazos, los pagos que se efectúan así son estipulados, pues es esa la manera en que se cumple con la obligación, pues se trata de obligaciones divisibles, tal y como lo establece el artículo 2003 del Código Civil que establece que "*Las obligaciones son divisibles cuando tienen por objeto prestaciones susceptibles de cumplirse parcialmente. Son indivisibles si las prestaciones no pudiesen ser cumplidas sino*

¿Cuándo son exigibles las obligaciones? Se establece en el Código Civil lo siguiente:

"ARTÍCULO 2190.— Se llama exigible aquella deuda cuyo pago no puede rehusarse conforme a derecho."

De ello se desprende que es exigible la deuda a la que no ampara derecho alguno para no satisfacerla, es decir, aquella que debe ser ejecutada puntualmente en el tiempo, el lugar, la forma y la sustancia³¹⁶ con la que fue estipulada si ha llegado el tiempo para la realización del cumplimiento. Si uno de los contratantes ha incumplido, esto quiere decir que no ha otorgado las prestaciones a que se ha comprometido y por tanto, el interés del acreedor no ha sido satisfecho.

Se expresa entonces que si un deudor injustificadamente no cumple puntualmente con sus obligaciones incurre en mora. Dice Rafael Rojina Villegas que: "*La mora es el injusto retardo en el cumplimiento de una obligación.*"³¹⁷ "*Mora est iniusta dilatio in adimplenda obligatione*" [«Mora es la dilación injusta en el cumplimiento de una obligación»³¹⁸]. "*Se entiende que el retardo debe ser culpable o sea imputable al deudor.*"³¹⁹ Efectivamente de estos conceptos se infiere que el cumplimiento es posible, aunque no puntual, y que dicho retardo es por causa directamente imputable al deudor, evidentemente que si es el acreedor es

por entero." No puede considerarse por tanto, que el pago en estos casos es un cumplimiento parcial de la obligación total; simplemente es el modo en que ha de cumplirse la prestación, de acuerdo a la propia naturaleza del contrato o a la conveniencia de los contratantes: la prestación es única y debe cumplirse íntegramente, aún y cuando se fraccione legal o convencionalmente. De lo contrario podría incurrirse en el error de que en los contratos de tracto sucesivo se han adquirido varias obligaciones de pago, cumpliéndose con cada obligación totalmente a través de cada pago parcial, lo que evidentemente resultaría ilógico (Cfr. Sánchez Medial Urquiza, Ramón. *Op. cit.*, p. 117). Así en el arrendamiento no se verifica la existencia de obligaciones conjuntivas, mismas que se definen en el artículo 1961 del Código Civil, el cual establece que "*El que se ha obligado a diversas cosas o hechos, conjuntamente, debe dar todas las primeras y prestar todos los segundos.*"

³¹⁶ Cfr. Rojina Villegas, Rafael. *Op. cit.*, Tomo V, Obligaciones I, p. 247 *et seq.*

³¹⁷ Rojina Villegas, Rafael. *Op. cit.*, Tomo V, Obligaciones II, p. 292.

³¹⁸ Mans Puigarnau, Jaime M. *Op. cit.*, p. 324.

³¹⁹ Borja Soriano, Manuel. *Op. cit.*, Tomo II, p. 95, con apoyo en Alves Moreira y Cunha Gonçalves.

quien incurre en mora, entonces el deudor no incurrirá en responsabilidad alguna ya que la «mora del acreedor» no es ya incumplimiento, puesto que la falta de la prestación «no es imputable al deudor», que ha ofrecido el cumplimiento, sino «al acreedor» que no ha querido recibirlo, y, por tanto, ha impedido que se lo pudiese realizar." A este respecto, establece el artículo 2098 del Código Civil:

"ARTÍCULO 2098.- Si el acreedor rehusare sin justa causa 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."

Casi una réplica exacta del artículo anterior, el numeral 224 del Código de Procedimientos Civiles establece:

"ARTÍCULO 224.- Si el acreedor rehusare 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."

Es de mencionarse que la posibilidad de consignación, no es una obligación del deudor, sino un derecho potestativo para el caso de que quiera liberarse de la obligación; por tanto si no realiza la consignación, y demuestra oportunamente que la dilación en el pago no le es imputable no incurrirá en mora. Así se ha establecido en jurisprudencia por los Tribunales Colegiados, cuyo texto se transcribe a continuación.

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Apéndice de 1995

Tomo: Tomo IV, Parte TCC

Tesis: 567

Página: 408

OFRECIMIENTO DE PAGO MEDIANTE
CONSIGNACION, NO ES OBLIGATORIO PARA NO
INCURRIR EN MORA. Es incorrecto que ante la falta de
aceptación del pago por el acreedor, el deudor quede obligado

a hacer el ofrecimiento de pago, mediante la consignación de las sumas de dinero correspondientes, en los términos de los artículos 224, 225, 230 y relativos del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, porque dicha posibilidad sólo constituye una potestad, prerrogativa o derecho del deudor, cuando quiera liberarse de una obligación, si el acreedor rehusare recibir la prestación debida o dar el documento justificativo del pago, o si fuera persona incierta o incapaz de recibir, mas no constituye un requisito o imperativo para no incurrir en mora, ya que para esto basta demostrar oportunamente que la tardanza o dilación en el cumplimiento no le es imputable; lo que se corrobora si se advierte que en el artículo 224 del citado ordenamiento procesal, se utiliza el término "podrá" y en los preceptos 230 y 231 la palabra "puede", que implica potestad y no obligación.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL. DEL PRIMER CIRCUITO.

Octava Época:

Amparo directo 2889/88. Antonio Navarrete Murillo. 13 de octubre de 1988. Unanimidad de votos.

Amparo directo 3094/88. Antonio Navarrete Murillo y otra. 20 de octubre de 1988. Unanimidad de votos.

Amparo directo 5712/90. María Téllez Cruz. 22 de noviembre de 1990. Unanimidad de votos.

Amparo directo 4876/91. Sucesión de Andrés Islas Casas. 17 de octubre de 1991. Unanimidad de votos.

Amparo directo 6334/91. Antonia Becerra Mejía. 14 de noviembre de 1991. Unanimidad de votos.

NOTA:

De lo anterior se infiere que la sola consignación de la prestación debida no puede ser considerada como pago o cumplimiento cuando es extemporánea, puesto que se requerirá la concurrencia del acto volitivo del acreedor contratante perjudicado (aceptación), para que pueda considerarse purgada la mora. En cambio, si la consignación se realiza sin haberse verificado la mora del deudor, será considerada como pago sin necesidad de su aceptación por el acreedor.

De igual manera puede presentarse la situación en la cual el otorgamiento de la prestación sea imposible material o jurídicamente, por una conducta también imputable al deudor (v. gr. cuando intencionalmente destruye la cosa que debía dar, por lo que haya entonces imposibilidad material, o cuando se haya establecido un día cierto fuera del cual la prestación fuera inútil por lo que frustrara la finalidad del contrato y por ello el acreedor no conservara el interés en el cumplimiento,³²⁰ lo que acontecería cuando la prestación consiste en la entrega de bienes perecederos: existiría imposibilidad jurídica pues la justa y legal negativa del acreedor a recibir la prestación fuera del término pactado evitaría la purga de la mora). En estos casos, no existe mora, sino un incumplimiento definitivo, pues *"Para que el retardo culpable constituya un estado moratorio es necesario que la prestación sea aún susceptible de cumplirse tardíamente [...] Esta susceptibilidad (del cumplimiento tardío) a nuestro juicio está condicionada al mantenimiento o verificación de determinados extremos que la doctrina no ha concluido todavía de sistematizar, pero hay asentimiento unánime en destacar que cuando media un plazo o término esencial vencido, la prestación no puede ya cumplirse tardíamente. A esta especie se agregan también el de la utilidad creditoria y el de la vigencia del fin del negocio, significando de tal modo la necesidad de la subsistencia del interés creditorio en recibir una prestación en esas condiciones."*³²¹. Evidentemente, si el acreedor acepta el pago extemporáneo, se purgará la mora y desde luego, el incumplimiento no tendrá trascendencia para la rescisión, no así para los daños y perjuicios moratorios. De cualquier forma, existiendo o no la posibilidad del cumplimiento tardío, las reglas acerca de la mora consagradas en

³²⁰ Cfr. Padilla, René A. *Responsabilidad Civil por Mora* (Presupuestos, Desindexación y Límites en Costas. Obligaciones Recíprocas, Responsabilidad del Acreedor, Relación de Causalidad. Efectos Anómalos), 1ª Edición, Astrea, Buenos Aires, 1996, pp. 74 et seq.

³²¹ *Ibidem*, p. 76.

nuestro Código Civil, son de gran utilidad para determinar el momento en que las obligaciones son exigibles y el deudor ha incurrido en el hecho ilícito del incumplimiento de las obligaciones recíprocas, y por tanto, preparar el camino idóneo para la operatividad del pacto comisorio. Debemos recalcar que el hecho de que sea posible el cumplimiento tardío no desvanece que el incumplimiento ya se ha llevado a cabo, razón por la cual, al manifestarse la intención de la parte perjudicada para rescindir el contrato evidentemente se obstaculizaría la purga de la mora, aún cuando dicha manifestación se llevara a cabo judicialmente, esto es, por medio del ejercicio de la acción rescisoria³²².

Pues bien, nuestro sistema jurídico establece el principio que dice: "*Dies interpellat pro homine*" [«El término interpela en lugar del hombre»³²¹], aforismo apoyado por el que determina: "*Si dies certa in obligatione sit appositae, semper dies interpellat pro homine*" [«Si se fijó término cierto para el cumplimiento de una obligación, el término interpela por el acreedor»³²⁴]. Esto quiere decir que en los contratos o convenios *stricto sensu* que tengan establecida una fecha para la ejecución de las prestaciones pactadas, no será necesario ningún tipo de interpelación o intimación al deudor para hacer exigible esas prestaciones. La llegada del término requiere al deudor por ministerio de ley. Establece el Código Civil:

³²² Estamos convencidos de que en este caso, aún y cuando existiera allanamiento expreso del demandado incumplidor, no es aplicable lo dispuesto por el artículo 404 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, por cuanto a que en estas circunstancias el Juez está obligado a otorgar en la sentencia, un plazo de gracia al deudor para que cumpla con sus obligaciones, ya que evidentemente este precepto se refiere a la acción de cumplimiento y en su caso, a la devolución de la cosa en la acción rescisoria, pero no propiamente a ésta última, pues si se considera que también es aplicable a ésta, se justificaría que injustamente se sometiera el interés del acreedor afectado al interés del deudor incumplidor; por otro lado, en la acción rescisoria queda de manifiesto la intención del acreedor afectado de dar por terminada la relación contractual y no su continuación, por lo que el Juez no podrá determinar solución distinta a la planteada, a excepción de que no se reúnan los requisitos para la procedencia de la acción intentada. Por tanto no compartimos el comentario que hace René A. Padilla (*Op. cit.*, pp. 516 y 517), cuando considera que dicho plazo, ante "*la inminencia resolutoria tiene el significado de una «condescendencia del legislador» que quiere dar al deudor remiso una última oportunidad para mantener la vigencia del contrato.*" En todo caso, esto sería acertado tratándose de la acción de cumplimiento forzoso.

³²³ Mans Puigamau, Jaime M. *Op. cit.*, p. 457.

³²⁴ *Loc. cit.*

"ARTICULO 2079.- El pago se hará en el tiempo designado en el contrato, exceptuando aquellos casos en que la ley permita o prevenga expresamente otra cosa."

O en otras palabras, el pago se realizará en día cierto:

"ARTÍCULO 1953.- Es obligación a plazo aquella para cuyo cumplimiento se ha señalado un día cierto."

ARTÍCULO 1954.- Entiéndese por día cierto aquel que necesariamente ha de llegar."

Si no se ha señalado un plazo para el cumplimiento de las obligaciones, entonces las reglas varían, según se trate de obligaciones de dar u obligaciones de hacer, pero en ambos casos será necesaria una interpelación. Así, el artículo 2080 del Código Sustantivo, establece:

"ARTICULO 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."

Tratándose de obligaciones de no hacer que no tengan un plazo estipulado no existe regla alguna, lo cual seguramente responde al hecho de que *"si el deudor hace lo que no debe hacer, no habrá retraso sin incumplimiento propio."*³²⁵ Así, *"sólo en los casos en los que la naturaleza de la abstención suponga el transcurso de cierto tiempo, cuando nada se diga, se sobreentenderá que la obligación es exigible desde que nace."*³²⁶

³²⁵ O'Callaghan Muñoz, Xavier. *Op. cit.*, (Tomo II, Derecho de las Obligaciones, Volumen 1", Teoría General de la Obligación, del Contrato y del Acto Ilícito).

³²⁶ Rojina Villegas, Rafael. *Op. cit.*, Tomo V, Obligaciones II, p. 296.

Dispone el artículo 259, fracción IV, del Código de Procedimientos Civiles, que el emplazamiento produce todos los efectos de una interpelación en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 259.- Los efectos del emplazamiento son:

[...]

IV.- Producir todas las consecuencias de la interpelación judicial, si por otros medios no se hubiere constituido ya en mora el obligado:

[...]."

Expresa el maestro Rafael Rojina Villegas que este artículo en relación al 2080 del Código Civil, debe entenderse distinguiendo entre obligaciones de dar, hacer y no hacer. Para las primeras expresa: *"En las obligaciones de dar que no tengan plazo de cumplimiento, como el acreedor no podrá exigir el pago sino después de treinta días siguientes a la interpelación judicial o extrajudicial, es evidente que para poder formular su demanda debe haber interpelado antes al obligado, bien en jurisdicción voluntaria o en forma extrajudicial ante notario o dos testigos, pues aún cuando el emplazamiento en sí mismo haga veces de interpelación, el acreedor estaría anticipándose en treinta días a la fecha de exigibilidad del pago."*³²⁷ En lo que se refiere a las obligaciones de hacer manifiesta: *"En las obligaciones de hacer, como el artículo 2080 dispone que el pago deberá efectuarse cuando lo exija el acreedor, siempre que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación, es claro que el emplazamiento sí hará veces de interpelación."*³²⁸ Finalmente, tratándose de obligaciones de no hacer, el emplazamiento *"cumplirá con dicho fin, si pasó ya el tiempo necesario para que el deudor se abstenga de hacer algo, dadas las circunstancias para considerar exigible esa conducta negativa."*³²⁹

Ahora bien, en los contratos bilaterales, si ambas partes incumplen con sus respectivas obligaciones ninguna de las dos incurre en mora. Así lo establece la

³²⁷ *Ibidem*, p. 297.

³²⁸ *Loc. cit.*

³²⁹ *Loc. cit.*

jurisprudencia de la Tercera Sala de la Suprema Corte, que a continuación se transcribe:

Séptima Época

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 163-168 Cuarta Parte

Página: 193

CONTRATOS BILATERALES, MORA EN LOS. Tratándose de un contrato que establece obligaciones bilaterales para las partes, si éstas no cumplen con las que son a su cargo, resulta evidente que ninguna de las dos incurre en mora, porque en los contratos donde se estipulan obligaciones recíprocas, un celebrante no incurre en mora si la otra parte no cumple o no se allana debidamente con lo que se obligó, siendo este un principio de equidad, en virtud de que ambas partes se comprometen en la medida y alcance en que su contraparte se obliga, de tal suerte que si existe incumplimiento de ambos celebrantes debe eximirse de las prestaciones que se reclamen, pues es requisito indispensable para demostrar la rescisión o el cumplimiento, el que la parte que lo intente cumpla con las obligaciones a su cargo.

Sexta Época, Cuarta Parte:

Volumen LXXXII, pág. 59. Amparo directo 1233/61. Fausto Acosta Moctezuma. 9 de abril de 1964. 5 votos. Ponente: Rafael Rojina Villegas.

Volumen CI, pág. 28. Amparo directo 6373/64. Benjamín Orozco Reza. 1o. de noviembre de 1965. 5 votos. Ponente: Ramón Canedo Aldrete.

Séptima Época, Cuarta Parte:

Volumen 4, pág. 24. Amparo directo 1162/68. J. Jesús Fernández González. 30 de abril de 1969. 5 votos. Ponente: Rafael Rojina Villegas.

Volumen 88, pág. 31. Amparo directo 4407/74. Fraccionadora y Constructora de Acapulco, S. A. 2 de abril de 1976. 5 votos. Ponente: J. Ramón Palacios Vargas.

Volúmenes 121-126, pág. 13. Amparo directo 2279/76. Asesoramiento Profesional de Crédito, S. A. 3 de mayo de 1979. Unanimidad de 4 votos. Ponente: José Alfonso Abitia Arzapalo.

Volúmenes 133-138, pág. 77. Amparo directo 1856/75. Industria Petroquímica Nacional, S. A. 24 de marzo de 1980. 5 votos. Ponente: Raúl Lozano Ramírez.

Volúmenes 133-138, pág. 225. Amparo directo 161/72. Industria Petroquímica Nacional, S. A. 18 de noviembre de 1974. 5 votos.*

Volúmenes 145-150, pág. 160. Amparo directo 138/79. Gustavo González Garza. 16 de febrero de 1981. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro.

Volúmenes 163-168, pág. 37. Amparo directo 5839/80. Napoleón Anaya García. 12 de agosto de 1982. Unanimidad de 4 votos. Ponente: J. Ramón Palacios Vargas.**

NOTA (1):

*En la publicación original se omite el nombre del ponente.

**En la publicación original la referencia a la página era incorrecta y se corrigió.

En los volúmenes 163-168, pág. 37, se señalan también como precedentes de esta tesis los publicados en:

"Sexta Época, Cuarta Parte:

"Volumen VIII, pág. 155. Amparo directo 2613/57. Gamalid
"Aiza. 7 de febrero de 1958. Mayoría de 3 votos. Disidente:
"Vicente Santos Guajardo y José Castro Estrada.

"Volumen XXX, pág. 215. Amparo directo 1771/57. Luis
"Bustamante. 28 de enero de 1959. Mayoría de 3 votos.
"Ponente: José Castro Estrada."

Asimismo, en estos volúmenes 163-168, pág. 37, esta tesis
apareció con la siguiente leyenda: "Véanse: Quinta Época,
Tomo CXVI, pág. 121. Tomo CXVI, pág. 118."

NOTA (2):

Esta tesis también aparece en:

Apéndice 1917-1985, Tercera Sala, jurisprudencia 106, pág.
300.

Pues bien, al tratarse la mora, deberá observarse si las obligaciones
estipuladas son simultáneas o alternas, puesto que, si se convinieron obligaciones
recíprocas de cumplimiento alterno,³³⁰ entonces el obligado a cumplir primero si
incurrirá en mora si no otorga su correspondiente prestación (v. gr. en un contrato
de mutuo que es un contrato bilateral, el mutuante está obligado por ministerio de
ley a transmitir primero, una suma de dinero o de otras cosas fungibles al
mutuatario, y sólo hasta después de observada esta entrega, entonces éste queda
obligado a devolver otro tanto de la misma especie y cantidad). Así, resulta de gran

³³⁰ Por obligaciones de cumplimiento alterno nos referimos a las que se suceden en su
cumplimiento, es decir a cuando una tiene con relación a la otra un cumplimiento diferido.
Distintas son las obligaciones alternativas, las cuales se definen en el artículo 1962 del Código
Civil, el cual establece: "*Si el deudor se ha obligado a uno de dos hechos, o a una de dos cosas, o
a un hecho o a una cosa, cumple prestando cualquiera de esos hechos o cosas; mas no puede,
contra la voluntad del acreedor, prestar parte de una cosa y parte de otra, o ejecutar en parte un
hecho.*"

utilidad la jurisprudencia del Cuarto Tribunal Colegiado En Materia Civil Del Primer Circuito, que establece:

Octava Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Apéndice de 1995

Tomo: Tomo IV, Parte TCC

Tesis: 561

Página: 403

MORA EN LAS OBLIGACIONES. PRESTACIONES NO SIMULTANEAS. La regla relativa a que en las obligaciones bilaterales o recíprocas sólo el que cumple con su obligación o se allana al cumplimiento puede exigir a la otra parte lo que le incumbe, que se desprende del artículo 1949 del Código Civil para el Distrito Federal, se finca sobre el presupuesto de que las obligaciones de las partes deban realizarse simultáneamente, ya que en esa hipótesis ninguno de los obligados incurre en mora mientras no efectúe el otro lo que le corresponde, puesto que se comprometió a cambio de lo que ofreció la otra parte, de modo que no le es exigible su deber entre tanto no reciba la prestación a que tiene derecho; pero esa regla no es aplicable cuando no se da el supuesto sobre el que descansa, por haberse pactado que una parte cumpliría primero y otra después, como cuando se fija una fecha para lo uno y otra posterior para lo otro, en razón de que, en este caso, el que incumple inicialmente sí incurre en mora, es decir, en un verdadero incumplimiento culpable, puesto que no se comprometió a cambio de que el otro efectuara lo propio al mismo tiempo, de manera que el perjudicado con el primer incumplimiento sí tiene derecho y acción para reclamar a la otra parte la ejecución de lo que le atañe, aunque no se lleve a cabo lo que se comprometió para un tiempo posterior, ya que éste no incurre en mora ni le es exigible su obligación mientras no reciba la prestación debida. Sin embargo, para acatar en sus términos los principios fundamentales que rigen a las obligaciones recíprocas, en cuanto a los efectos que deben ser inherentes a su naturaleza jurídica, cuando se condene

judicialmente al cumplimiento de la prestación materia del juicio, debe establecerse en la sentencia que el actor queda vinculado al cumplimiento de sus obligaciones vencidas hasta la fecha en que se cumpla o ejecute el fallo, pues sólo así se respetará cabalmente, en lo que esto es posible, el principio de autonomía de la voluntad de las partes y el efecto propio de las obligaciones recíprocas, relativo a que su cumplimiento debe extinguir al mismo tiempo las obligaciones pendientes; esto sin menoscabo, en su caso de la condena al pago de daños y perjuicios ocasionados por la mora del que primero desatendió injustificadamente lo pactado.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Octava Epoca:

Amparo directo 469/88. Condominio del Valle, S. A. 7 de abril de 1988. Unanimidad de votos.

Amparo directo 3078/87. Lilyan Pineda de Montufar. 11 de agosto de 1988. Unanimidad de votos.

Amparo directo 2354/88. María Teresa Llacade Fernández. 18 de agosto de 1988. Unanimidad de votos.

Amparo directo 629/89. Laura Elena Medina Morales. 16 de marzo de 1989. Unanimidad de votos.

Amparo directo 4529/89. Jorge A. Alvarado Espinoza. 5 de abril de 1990. Unanimidad de votos.

NOTA:

Tesis I.4o.C.J/22, Gaceta número 28, pág. 50; Semanario Judicial de la Federación, tomo V, Segunda Parte-2, pág. 701.

En este casos, y acorde al criterio anteriormente transcrito, si se demandara el cumplimiento forzoso o la rescisión no procedería evidentemente la *exceptio non*

adimpleti contractus [«Excepción de contrato no cumplido»], pues ésta sólo es aplicable tratándose de contratos sinalagnáticos (de prestaciones recíprocas), de ejecución simultánea:

Octava Epoca

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: I Primera Parte-I

Página: 295

EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO. SOLO PROCEDE EN OBLIGACIONES SIMULTANEAS. La excepción de contrato no cumplido, derivada de los artículos 1949 del Código Civil del Distrito Federal y 376 del Código de Comercio, permite al contratante demandado por el cumplimiento de su obligación, suspender el cumplimiento hasta que el demandante cumpla la suya. Por consiguiente, se trata de una excepción dilatoria, pues sólo retrasa el cumplimiento de la obligación hasta que la otra parte también cumpla, por lo que no imposibilita el futuro cumplimiento del contrato, una vez cumplida la obligación a cargo de la parte actora. Esto pone de manifiesto que se trata de una excepción que sólo puede tener lugar en contratos bilaterales en los que las obligaciones de las partes sean de ejecución simultánea, pues sólo en esta hipótesis si una de las partes no cumple, la contraria puede suspender el cumplimiento hasta en tanto la otra cumpla, ya que en las obligaciones sucesivas, es decir, en aquellas en que deba darse el cumplimiento de una parte para que, posteriormente, la otra parte cumpla con la contraprestación respectiva, ninguna de las partes estaría en aptitud legal para plantearla: el obligado en primer término, porque sólo en virtud de su cumplimiento se generaría la obligación de su contraria para cumplir, a su vez, con lo que se haya obligado, y, el obligado en segundo término, porque si el primer obligado no ha cumplido, tampoco se actualiza el cumplimiento de su obligación y, por tanto, no podría suspenderse el cumplimiento de una obligación que todavía no es exigible.

Amparo directo 7299/85. Galletera Mexicana, S.A. 13 de enero de 1988. Cinco votos. Ponente: Mariano Azuela Gutiérrez. Secretaría: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot.

El incumplimiento debe reunir algunas otras peculiaridades, mismos que de no presentarse imposibilitarán el ejercicio de la facultad subjetiva de extinción jurídica de la parte afectada por el incumplimiento. Una de esas particularidades ya la hemos expresado,³³¹ y es que se incumpla en principio, con una obligación recíproca, pues a ésta se refiere el multicitado artículo 1949 del Código Civil. Pero como ya habíamos mencionado,³³² existen algunas excepciones relativas a esta regla. Así, podemos afirmar que, paralelamente a las obligaciones correlativas que surgen al momento de celebrar un contrato y cuyo incumplimiento siempre generará el derecho subjetivo de extinción jurídica en estudio (v. gr. en el contrato de compraventa la entrega de la cosa y el pago del precio; en el contrato de arrendamiento, la entrega del uso o goce temporal de una cosa y la entrega de un precio cierto; en el contrato de mutuo la transferencia de una suma de dinero o de otras cosas fungibles y la devolución de otro tanto de la misma especie y calidad), o un convenio *stricto sensu*, en su caso, nacen otros deberes y/u obligaciones para las partes sea, por ministerio de la ley, o por convención privada,³³³ como sucede con la obligación modal o con carga³³⁴ que pueden imponerse las partes y que en uno y

³³¹ *Vid. Supra*, p. 50.

³³² *Vid. Supra*, p. 52.

³³³ Lo anterior se desprende del texto del artículo 1796 del Código Civil, el cual establece que *"Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley."*

³³⁴ Como lo explica Giorgi (cit. por Borja Soriano, Manuel. *Op. cit.*, Tomo II, p. 33): *"El modo es una carga impuesta al que recibe una liberalidad. No suspende ni resuelve el vínculo contractual, pero construye y obliga al aceptante a efectuar las cargas que se le imponen."* De acuerdo a este concepto, la carga o modo únicamente operará en los actos gratuitos o en aquellos que siendo conmutativos contienen un principio de gratuidad (Cfr. Gutiérrez y González, Ernesto. *Op. cit.*, p. 452). Sin embargo, en otro concepto, *"carga o modo es toda obligación excepcional que se impone al adquirente de un derecho, sea a título oneroso o gratuito."* (*Ibidem*, p. 453), concepto que a nuestro juicio está más acorde con lo que establece el artículo 1832 del Código Civil el cual establece que *"En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley."*

otro caso éstas deben cumplir. Pues bien, puede acontecer que algunas de estas obligaciones se encuentren tan íntimamente ligadas con la obligación correlativa, que su incumplimiento puede acarrear en algunos casos la rescisión del contrato, y en otros no. Ejemplo de una obligación no recíproca pero íntimamente ligada a una lo es la liberación de los gravámenes habidos en un bien inmueble a cargo de dueño que pretende transmitir onerosamente dicho bien a otra persona: esa obligación no forma propiamente de la entrega de la cosa, prestación que puede verificarse con o sin gravámenes. Sin embargo, si en el contrato de mérito el enajenante se ha comprometido a liberar el referido bien de los gravámenes que tenga y transmitirlo sin ninguno de ellos al adquirente, y éste precisamente manifiesta su deseo de adquirir libre de los mismos, evidentemente que si el enajenante incumple con esa obligación de liberación, dicho incumplimiento será de tal trascendencia que podrá generar la actualización de la rescisión por parte de adquirente, o también puede constituir una obligación de ésta naturaleza, la de conservación de la cosa dada en uso y goce temporal, como en el arrendamiento o el comodato. Ramón Sánchez Medal Urquiza expresa al respecto que: *"No basta el hecho del incumplimiento para pretender la resolución del contrato, es menester que tal incumplimiento sea de importancia, tomando en cuenta el particular interés del acreedor."* Y continúa diciendo que: *"No hay problema alguno, cuando expresamente las partes, en el texto del contrato, han especificado cuales son los incumplimientos que ellas consideran de importancia y aptos para que el acreedor pueda pedir la resolución del contrato. En los demás casos habrá que valorar la situación concreta y las circunstancias que rodean a la prestación, para saber si el incumplimiento es grave o de escasa importancia."*³³⁵ Deben contrarrestarse de ésta manera, toda cláusula cuya sanción al incumplimiento sea la rescisión, ya que tampoco puede justificarse el ejercicio de la facultad resolutoria a casos intrascendentes de incumplimiento que por mero capricho y maquinación de uno de los contratantes se sancione de esa manera so pretexto de la autonomía de la voluntad³³⁶ (v. gr. que el

³³⁵ Sánchez Medal Urquiza, José Ramón. *Op. cit.*, p. 111.

³³⁶ Se ha expresado el siguiente criterio: "CONTRATOS, VOLUNTAD DE LAS PARTES EN LOS. Si bien es verdad que la voluntad de las partes, es la suprema ley de los contratos, también lo es que dicho principio tiene dos limitaciones forzosas, ineludibles: la primera, que se deriva del interés público que está por encima de la voluntad individual, y la segunda de la técnica jurídica, sobre la que tampoco puede prevalecer el capricho de los contratantes." (Quinta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XXXV, Página: 1237. Amparo civil directo 3781/30. Espinosa Manuela y coagraviados. 12 de julio de 1932. Mayoría de tres votos. Disidentes: Joaquín Ortega y Ricardo Couto. La publicación no menciona el nombre del ponente.)

pago deba realizarse en moneda de determinada denominación y no en otra y que ello no reporte ninguna utilidad para un contratante y si en cambio perjuicio para el otro quien debe reunirlos de esa manera), puesto que ello puede significar la contravención al principio establecido por el artículo 1797, relativo a que el cumplimiento del contrato no puede dejarse al arbitrio de una de las partes. El maestro Juan Luis Miquel, menciona que existen casos en que "el incumplimiento de una sola prestación llevará implícito el incumplimiento total del contrato; en otros casos el deudor habrá cumplido alguna de las prestaciones a su cargo, dejando otras pendientes. [...] La entidad del incumplimiento queda reservada al buen criterio jurisprudencial, limitado por el principio de razonabilidad y por la idea de que la prestación incumplida debe ser de suficiente entidad como para quitar interés al acreedor respecto de la ejecución ulterior."³³⁷ O como dice Rodolfo Fontanarrosa: "no todo incumplimiento origina la resolución del contrato. Para ser idónea a tal efecto la inexecución debe alcanzar tal entidad que afecte una prestación sustancial; [...]".³³⁸ Si no se trastorna la cualidad de la prestación, con notorio perjuicio para la parte cumplidora, no deberá operar la rescisión, ya que de otra manera se podrían presentar injusticias, aún considerando que la voluntad de las partes es la ley suprema de los contratos y que la ley positiva así lo sanciona. No debe desestimarse, por tanto, el proverbio de Cicerón citado en el Título 10, *De officis*, libro 1º, el cual expresa que: "Summum ius, summa iniuria" [«El derecho extremado puede extremar la injusticia»³³⁹], ni el Aforismo I, de Bacon que dice: "Triplex est iniustitiae fons: vis mera; illaequeatio malitiosa pretextu legis; et acerbitas ipsius legis" [«Triple es la fuente de la injusticia: la mera fuerza; la maquinación maliciosa con pretexto legal, y el rigor excesivo de la propia ley»³⁴⁰]. Esto no quiere decir que la parte afectada deba soportar los incumplimientos que no afecten la prestación sustancial, pues en dichos casos, tiene derecho a reclamar los daños y perjuicios que se ocasionen por dicho incumplimiento de obligaciones. Lo anterior es pues, en razón a defectos en el cumplimiento. Por lo que hace al exceso, también será posible rescindir el contrato, si el mismo causa mayor onerosidad a una de las partes de la que había sido estipulada:

Novena Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

³³⁷ Miquel, Juan Luis. *Op. cit.*, pp. 139 y 140.

³³⁸ Fontanarrosa, Rodolfo. Cit. por Miquel, Juan Luis. *Op. cit.*, p. 140.

³³⁹ Mans Puigarnau, Jaime M. *Op. cit.*, p. 37.

³⁴⁰ *Loc. cit.*

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo: VII, Enero de 1998
Tesis: 1.8o.C.154 C
Página: 1076

CONTRATOS. PROCEDE SU RESCISIÓN CUANDO SE IMPONEN A LA CONTRAPARTE OBLIGACIONES NO PACTADAS. Es evidente, de una interpretación armónica y jurídica del artículo 1949 del Código Civil para el Distrito Federal, que el incumplimiento de un pacto bilateral no sólo consiste en que alguna de las partes contratantes incumpla una o varias de las obligaciones expresamente pactadas en el contrato por ellas suscrito, sino que también se actualiza cuando alguna de las partes suscriptoras del convenio, excediéndose de los términos pactados en el mismo, realiza actos que no fueron expresamente pactados o pretende que su contraria cumpla con obligaciones no pactadas por ésta (como sería el pago de un concepto no previsto en el contrato), pues con ello le hace sufrir una lesión patrimonial notoriamente desproporcionada a lo que se obligó a través del contrato celebrado.

OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL. DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 221/97. Carlos Heredia Eells. 4 de abril de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: María del Carmen Sánchez Hidalgo. Secretaria: María Concepción Alonso Flores.

Ahora bien, no basta que se verifique el mero incumplimiento de obligaciones a que hacemos referencia para que pueda operar el pacto comisorio. Es necesario que de dicha inobservancia pueda hacerse responsable a alguna de las partes contratantes, es decir, que la falta de cumplimiento pueda ser imputada en razón a que la misma es el resultado de una conducta (activa u omitiva), desplegada con dolo por el contratante deudor incumpliente. De ahí que: "*Dolus est consilium*

alteri nocendi" ["Dolo es el propósito de perjudicar a otro"³⁴¹], es decir, intención, voluntad deliberada: "El concepto de dolo se integra esencialmente con el elemento intelectual – conciencia – y el volitivo – voluntad de incumplir la obligación – con lo cual se define como la «conciencia y la voluntad de incumplir la obligación»."³⁴² o culpa *stricto sensu*, en palabras de Baldo: "Ille qui non praevidet quod praevidet debuit, in culpa est" ["Incurre en culpa aquel que no prevé lo que debió prever"³⁴³], es decir, se incurre en culpa *stricto sensu* cuando existe negligencia o imprudencia en el incumplimiento: "El concepto de culpa se forma con un elemento positivo y otro negativo: éste consiste en que no se tenga la intención de incumplir la obligación y aquél es la negligencia."³⁴⁴). De ahí que se afirma que el incumplimiento debe ser culpable: "Formas de culpabilidad son el dolo y la culpa en sentido estricto. Existe dolo (acto ilícito doloso), cuando la lesión jurídica es realizada con conocimiento y voluntad. Hay culpa en sentido estricto (acto culposo), cuando el acto viene realizado por negligencia, imprudencia, impericia."³⁴⁵ Si aún previéndose el acontecimiento dañoso, éste no se puede evitar, no existirá culpa alguna, pues como dice Paulo, en el Digesto, Ley 50, Título 17, *de regulis iuris*, Libro 50, que dice: "Culpa caret, qui scit, sed prohibere non potest" ["Carece de culpa el que sabe una cosa pero no puede prohibirla"³⁴⁶]. Por otra parte, en materia contractual, la culpabilidad es la única e ineludible base sobre la cual se puede sustentar la responsabilidad de un individuo con respecto de los resultados que produce por las conductas que realiza. Si ese parámetro no existe, no es posible determinar jurídicamente la trascendencia de dicha conducta (cuando el resultado producido por ésta sea dañoso), y por ende, la responsabilidad del sujeto a quien se le atribuye aquélla.

Incumplimiento contractual del cual no puede responsabilizarse a una de las partes es aquél que se general precisamente por maquinación del otro contratante.

³⁴¹ *Ibidem*, p. 154.

³⁴² O'Callaghan Muñoz, Xavier. *Op. cit.*, p. 154.

³⁴³ Mans Puigarnau, Jaime M. *Op. cit.*, p. 120.

³⁴⁴ O'Callaghan Muñoz, Xavier. *Op. cit.*, p. 151.

³⁴⁵ Trabucchi, Alberto. *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo I, Parte General, Negocio Jurídico, Familia, Empresas y Sociedades, Derechos Reales. Traducción de la 15ª. Edición Italiana con notas y concordancias al Derecho Español por Luis Martínez Cacerreda, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, p. 221.

³⁴⁶ *Loc. cit.*

Si el incumplimiento se genera en dichos términos, la rescisión es improcedente. Así se sostuvo por las siguientes tesis jurisprudenciales:

Quinta Epoca
Instancia: Tercera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: XXXI
Página: 2259

CONTRATOS. Las disposiciones de la ley civil previenen, después de definir los contratos, que los que se celebren legalmente obligan al cumplimiento de lo pactado y a las consecuencias que de ellos se deriven; que no pueden revocarse ni alterarse sino por medio del consentimiento de los interesados, y que si el obligado en un contrato, dejare de cumplir sus obligaciones, el otro interesado puede exigir, judicialmente, el cumplimiento o la rescisión; pero estas reglas generales sufren excepción cuando la falta de cumplimiento provenga de hechos ejecutados por quien pretende la rescisión caso en el cual, la acción rescisoria es improcedente.

Amparo civil 1402/30. Colín Antonio. 18 de abril de 1931. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Tomo XXI Pág. 1418.

Quinta Epoca
Instancia: Tercera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: XLVII
Página: 1321

CONTRATOS, RESCISION IMPROCEDENTE DE LOS. Quien provoca con hechos propios, la falta de cumplimiento de

un contrato, por parte de su contratante, no puede invocar este incumplimiento como causa de rescisión del propio contrato.

Amparo civil directo 3001/35. Martínez de Morales Margarita. 27 de enero de 1936. Unanimidad de cuatro votos. El Ministro Abenamar Eboli Paniagua no intervino en este asunto, por las razones que constan en el acta del día. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Quinta Epoca

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: CIII

Página: 756

CONTRATOS, RESCISION IMPROCEDENTE DE LOS. La falta de cumplimiento de una cláusula de un contrato por uno de los contratantes, no puede ser causa para su rescisión, cuando se debe a hechos del otro contratante.

Amparo civil directo 4715/49. Montes Luis R. 25 de enero de 1950. Unanimidad de cuatro votos. El Ministro Roque Estrada no estuvo presente por las razones que constan en el acta del día. Ponente: Hilario Medina.

Se ha expresado de igual manera que el incumplimiento que verse sobre disposiciones imperativas, también es susceptible de provocar la rescisión, como se desprende de la siguiente tesis:

Quinta Epoca

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: II

Página: 452

RESCISION DE CONTRATO. Es procedente la que se funda en disposiciones legales imperativas, que no deben eludirse.

Amparo civil interpuesto directamente ante la Corte. Escalante Lara Herminia. 11 de febrero de 1918. Unanimidad de once votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Lo anterior se verificaría, v. gr. en el contrato de arrendamiento de fincas urbanas destinadas a habitación, dado que en términos del artículo 2448 del Código Civil, son de orden público e interés social los artículos que forma parte del Libro Cuarto, *De las obligaciones*. Segunda Parte. *De las diversas especies de contratos*. Título Sexto. *Del arrendamiento*. Capítulo IV. *Del arrendamiento de fincas urbanas destinadas a la habitación*:

"ARTÍCULO 2448.- Las disposiciones de este capítulo son de orden público e interés social. Por tanto son irrenunciables y en consecuencia, cualquier estipulación en contrario se tendrá por no puesta."

3.2.1. EL INCUMPLIMIENTO CULPABLE DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES ES UN HECHO ILÍCITO.

Dice el maestro Juan Luis Miquel: *"Existe en realidad una estrecha vinculación entre la conducta del deudor y el hecho del incumplimiento. Su análisis determina la bifurcación de la doctrina en dos corrientes: el criterio subjetivo y el criterio objetivo, en los cuales se enrolan los autores que consideran que para la viabilidad de la resolución es necesario que el incumplimiento resulte atribuible a culpa o dolo del deudor, y los que estiman viable la resolución por incumplimiento, sin la necesariamente previa valoración de la conducta del obligado."*³⁴⁷ Explica, para el caso del criterio subjetivo, con base en Mario J. Bendersky que éste cree que: *"el incumplimiento debe ser imputable a culpa de su autor, ya sea que incurra en inexecución completa o parcial, mala ejecución, retardo en la prestación, o de cualquier otra forma se aparte del deber de buena fe contractual. Con Messineo, advierte que si el resarcimiento fuese debido, aun en el caso de incumplimiento, es decir, por imposibilidad objetiva, tendríamos un caso injustificado de*

³⁴⁷ Miquel, Juan Luis. *Op. cit.*, p. 164.

responsabilidad contractual sin culpa."³⁴⁸ Para el caso del criterio objetivo, cita a Juan M. Farina, el cual opina que: "la resolución por incumplimiento no tiene el carácter de sanción, sino que procura defender a la parte cuyo interés se ve disminuido por el incumplimiento de la otra, siendo indistinto, por tanto, que dicho incumplimiento sea culposo o fortuito. La existencia de culpa lleva como consecuencia natural al resarcimiento de los daños y perjuicios."³⁴⁹

Por lo que hace a nuestra doctrina, el maestro Rafael Rojina Villegas expresa que "De acuerdo con el deber jurídico fundamental que sirve de base a la convivencia humana y a la seguridad jurídica, así como a la paz pública y al orden, nadie puede interferir en una esfera jurídica ajena si no existe una expresa autorización normativa que faculte ese acto de interferencia. Por consiguiente, lo ilícito se puede definir en el derecho como toda interferencia en una esfera jurídica ajena, cuando la norma no autorice ese acto de interferencia."³⁵⁰ En este orden de ideas: "queda comprendido lo ilícito como toda forma de violación de un deber jurídico, pues no sólo se contraviene la norma general que se deduce del sistema jurídico, según la cual nadie puede interferir en una esfera jurídica ajena si el derecho no faculta para ello, sino que también se comprende en esa definición la violación de los deberes jurídicos concretos, es decir, el incumplimiento de las obligaciones de dar, hacer, no hacer y tolerar que se impongan por virtud de una relación jurídica determinada entre un sujeto activo y un sujeto pasivo."³⁵¹

El maestro Gutiérrez y González expresa que "la esencia del hecho ilícito es la culpa y por ella se debe entenderse la intención, falta de cuidado o negligencia que genera un detrimento patrimonial y que el derecho considera a efecto de establecer una responsabilidad."³⁵² Ya hemos señalado que no todo incumplimiento genera necesariamente un daño (detrimento patrimonial), y que por tanto no siempre se generará la acción para el resarcimiento de daños y perjuicios.³⁵³ Sin embargo, sí podrá generarse, reunidas las particularidades que tratamos, la verificación del pacto comisorio o cláusula rescisoria, en razón a la finalidad protectora de dicho pacto, pues dada la precariedad de la situación en la

³⁴⁸ *Loc. cit.*

³⁴⁹ *Loc. cit.*

³⁵⁰ Rojina Villegas, Rafael. *Op. cit.*, Tomo V, Obligaciones II, p. 142.

³⁵¹ *Loc. cit.*

³⁵² Gutiérrez y González, Ernesto. *Op. cit.*, p. 551.

³⁵³ *Vid. Supra*, pp. 21 y 22.

que uno de los contratantes coloca al otro en lo referente al cumplimiento resulta evidente que por verificación del hecho ilícito (incumplimiento), la situación contraria (es decir, el cumplimiento, que es la deseable en toda etapa de ejecución voluntaria de los contratos), se vuelve incierta, y por ello injusta la pretensión de permanencia de la obligación entre los contratantes.

En materia de contratos y concretamente en la rescisión, debe sustentarse que en el incumplimiento de una de las partes, tiene especial trascendencia el elemento de la culpabilidad. Véase: si el incumplimiento es imputado a un individuo es porque puede afirmarse que así lo ha querido (dolo o intención) o aún, no queriéndolo, no habiendo voluntad de incumplir, lo ha llevado a cabo y que por tanto también dicha conducta le es reprochable (culpa *stricto sensu*, negligencia, imprudencia, o falta de cuidado para el cumplimiento que se espera realice dicho deudor, porque existe voluntariedad de las conductas diversas a la del cumplimiento del contrato, descuidando así su cumplimiento; es voluntaria la omisión de diligencia, la omisión de observar continua y permanentemente el o los deberes que le incumben por tener conocimiento de las estipulaciones del contrato y de los compromisos por él asumidos, es decir, tener el conocimiento exacto de las prestaciones que debe otorgar), sobretodo *porque el incumplidor mismo conoce y quiso los términos del contrato* (lo que muestra claramente una connotación intelectual y volitiva tanto en la celebración del contrato, como en el incumplimiento del mismo en la etapa de ejecución de prestaciones), sobre todo en el período de ejecución, pues se tiene el conocimiento previo y concreto de la prestación que se debe otorgar. No es posible entender esa imputación de manera meramente objetiva, pues si así fuera, al no existir la culpabilidad, el contrato podría extinguirse por otras reglas (caso fortuito o fuerza mayor, hecho de tercero o responsabilidad del acreedor). Además, se debe tomar en cuenta que uno de los presupuestos para la operatividad del pacto comisorio es la celebración de un contrato plenamente existente y válido y dentro de los requisitos que le dan validez a ese acto se encuentra la capacidad de los celebrantes: si uno de ellos ha incumplido con sus obligaciones, evidentemente y sin óbice alguno podrá presumirse culpabilidad³⁵⁴ (en grado de dolo), en las conductas activa u omitiva

³⁵⁴ El maestro Rafael Rojina Villegas (*Op. cit.*, Tomo V, Obligaciones II, p. 360), expresa: “[...] *todo deudor, que falta al cumplimiento, se presume que lo hace por culpa, a no ser que demuestre que ha sido por caso fortuito o fuerza mayor. Se invierte la situación en cuanto a la prueba. Es el deudor quien tiene que demostrar que por caso fortuito o fuerza mayor no pudo cumplir la prestación. De lo contrario. Hay una presunción de culpa; el acreedor no tendrá que*

contrarias en la etapa de ejecución contractual, según sea la prestación, dado que se presume que éstas son el producto de su voluntad, sea para cumplir, no cumplir intencionalmente, o no existiendo ésta intención incumpla de todos modos de manera culposa, y puesto que el cumplimiento contractual no puede dejarse al arbitrio de una de las partes, como lo dispone el artículo 1797 del Código Civil. Lógico es suponer que dicha conducta sea sancionada, dado también que la voluntad por la cual se incumple no constituye el ejercicio de un derecho, porque en ejercicio de su libertad los contratantes se han comprometido a otorgar las prestaciones a que se obligaron en un contrato; ergo, el incumplimiento es una violación a los compromisos asumidos.

Por cuanto a la culpa *stricto sensu*, se ha afirmado que esta tiene relevancia en obligaciones que tienen relación con las cosas³⁵⁵ en lo que respecta a su conservación, trátese de obligaciones de dar, hacer o no hacer. Si las obligaciones de hacer o no hacer no recaen sobre alguna cosa, es decir, cuando son independientes de éstas, la mera contravención generará la responsabilidad civil, por lo que no se requiere analizar la culpa *stricto sensu*.³⁵⁶ Así lo establece el artículo 2104, cuyo tenor es el que sigue:

"ARTÍCULO 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:

- 1. Si la obligación fuere a plazo, comenzará la responsabilidad desde el vencimiento de éste;*

demostrar que el deudor faltó al cumplimiento de su obligación por dolo, negligencia, etc., sino que esta culpa está sobreentendida en la ley."

³⁵⁵ Dispone el artículo 2025 del Código Civil, que "*Hay culpa o negligencia cuando el obligado ejecuta actos contrarios a la conservación de la cosa o deja de ejecutar los que son necesarios para ella.*" Pensamos que la redacción de dicho artículo no es muy precisa, puesto que si el acto contrario a la conservación de las cosas puede serlo su destrucción, entonces lo que en realidad se verificaría sería un acto intencional, es decir, doloso.

³⁵⁶ Cfr. Rojina Villegas, Rafael. *Op. cit.*, Tomo V, Obligaciones II, pp. 312 *et seq.*

II. *Si la obligación no dependiere de plazo cierto, se observará lo dispuesto en la parte final del artículo 2080.*

El que contraviene una obligación de no hacer pagará daños y perjuicios por el solo hecho de la contravención."

La culpabilidad toma relieve en el incumplimiento tratándose de la posible reparación de los daños y perjuicios por detrimento en las cosas que directa o indirectamente se encuentren relacionadas con el contrato, puesto que será la base sobre la cual se determinará el grado de responsabilidad del obligado para el resarcimiento de los daños que corresponda. Acertadamente en este sentido, se ha afirmado que *"Es necesario distinguir a su vez las obligaciones de dar, de las obligaciones de hacer relacionadas con las cosas, para el problema de la culpa, pues en tanto que las primeras consisten en la trasmisión del dominio, uso o goce, en la restitución de cosa ajena, o en el pago de la cosa debida, que como es evidente guardan también una estrecha liga con las cosas, las segundas generalmente se presentan como prestaciones secundarias o accesorias de las primeras. De esta suerte, por ejemplo, la obligación de dar que tiene el vendedor en cuanto a transmitir el dominio de la cosa vendida, se relaciona con la obligación de hacer que a su vez reporta para conservar y entregar dicho objeto. En el depósito, debe distinguirse la obligación de dar que tiene el depositario, consistente en restituir la cosa, de la obligación de hacer, relativa a la conservación y custodia de la misma."*³⁵⁷ Siendo las prestaciones relacionadas con las cosas, secundarias o accesorias, se desprende que su incumplimiento es de tal trascendencia que aún y no siendo obligaciones recíprocas, pueden generar el derecho de rescisión, siendo así colateral la obligación de resarcir el daño causado.

En el caso de incumplimiento, y teniendo sobreentendida la presunción *iuris tantum* de culpa del incumplidor, no será necesaria una graduación específica de la misma. Sea cual sea la graduación de la culpabilidad en el incumplimiento, si este es de obligaciones recíprocas o de alguna otra que se encuentre íntimamente ligada a éstas, indubitadamente procederá la rescisión sobre dicha base. Aquí es, precisamente, donde resalta la finalidad protectora de la institución en estudio, con respecto a los intereses del acreedor afectado: *"Como no puede quedar al arbitrio*

³⁵⁷ *Ibidem*, p. 316.

de la parte dolosa o culpable deshacer el contrato, es libre la otra en pedir su cumplimiento o resolución, y en acudir a este segundo medio cuando le haya resultado fallido el primero.”³⁵⁸ No debe olvidarse, desde luego, analizar si en dicho incumplimiento se presentaron cuestiones de fuerza mayor o caso fortuito, pues no puede haber culpabilidad y menos responsabilidad si no se puede evitar lo imprevisible y aún lo previsible, en cuyo caso resulta benéfico notificar de ello al acreedor.

Por lo tanto, podemos concluir, según lo específicamente expuesto, que el incumplimiento puede tener dos sanciones,³⁵⁹ referidas desde luego, al derecho subjetivo de extinción jurídica por incumplimiento culpable: a) la rescisión contractual, y, b) el pago de los daños y perjuicios que se generen. Si se extingue un contrato por medio de la rescisión, el contratante deberá soportar la consecuente insatisfacción de sus necesidades. Se observa además que la rescisión contractual por virtud de un incumplimiento del cual es responsable una de las partes contratantes, se genera como consecuencia jurídica que dicho incumplidor indemnice en todo caso los daños y perjuicios que se generen, siendo que esa indemnización debe consistir en el restablecimiento de la situación anterior al daño causado (puesto que el patrimonio de la parte cumplidora se ve disminuido por su cumplimiento contractual), y en virtud de ello, el deudor debe restituir a su costa, la cosa que recibió tratándose de obligaciones de dar o una cantidad en dinero tratándose de obligaciones de hacer o no hacer, e incluso en las de dar, cuando la cosa recibida ha sido destruida o ha sufrido un detrimento patrimonial por dolo o culpa del incumpliente o por el uso natural de la misma; finalmente deberá también indemnizarse por los daños y perjuicios que se causen independientemente de la restitución debida si los mismos han sido consecuencia inmediata del incumplimiento, que se hayan causado o que necesariamente deban causarse. Así, siendo que los daños y perjuicios es una consecuencia natural y necesaria del incumplimiento contractual, puede establecerse válidamente que el pacto comisorio sí constituye una verdadera sanción. Además, la restitución de lo entregado, deberá realizarse aún y cuando ello importe un perjuicio para el contratante incumpliente:

Quinta Epoca
Instancia: Tercera Sala

³⁵⁸ García Goyena, cit. por Borja Soriano, Manuel. *Op. cit.*, Tomo II, p. 125.

³⁵⁹ La sanción es una “consecuencia jurídica que el incumplimiento de un deber produce en relación con el obligado.” (García Máynez, Eduardo. *Op. cit.*, p. 295).

Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: CXXIII
Página: 1370

CONTRATOS RESOLUCION DE. La resolución de un contrato obliga a las partes a devolverse las prestaciones que se hubieran entregado, independientemente de que con ello resulte perjuicio económico a cualquiera de ellas.

Amparo civil directo 2095/54. Caballero Domínguez Manuel. 4 de marzo de 1955. Unanimidad de cuatro votos. Relator: Mariano Ramírez Vázquez.³⁶⁰

Ahora bien, la presunción de culpabilidad es una presunción "*iuris tantum*", es decir, admite prueba en contrario, por lo que el incumplidor podrá demostrar que su conducta contraria al cumplimiento (activa u omisiva), no se debió a dolo o culpa *stricto sensu*, sino a causas no imputables a él. Así, el autor del hecho ilícito del incumplimiento tendrá expedito su derecho para demostrar el caso fortuito o fuerza mayor, hecho de tercero o responsabilidad del acreedor, pues "*Praesumptio cedit veritatis, id est probationi*" [«La presunción cede a la verdad; esto es, a la prueba»³⁶¹], y por tanto no se vulnera el principio jurídico que establece: "*Quilibet praesumitur bonus, usque probetur contrarium*" [«Cualquiera se presume bueno, mientras no se pruebe lo contrario»³⁶²], tomando en consideración en su conjunto, todas las circunstancias a que nos hemos referido.

Podemos afirmar entonces que la rescisión es una sanción, pues el incumplimiento pugna con las obligaciones establecidas en un contrato o convenio *stricto sensu*, y el incumplidor debe soportar los efectos restitutorios de la rescisión, es decir, soportar la restitución de los derechos al original titular que ya le habían sido transmitidos, como consecuencia jurídica de su incumplimiento culpable, así

³⁶⁰ Pensamos que será muy difícil encontrar un caso en el que se presentará un perjuicio para el contratante acreedor perjudicado a quien se le restituye el derecho o la cosa que había transmitido, dado que todas las erogaciones que deban realizarse por dicha restitución serán a cargo del incumpliente, quien debe indemnizar de los daños y perjuicios que origine su incumplimiento.

³⁶¹ Mans Puigarnau, Jaime M. *Op. cit.*, p. 398.

³⁶² *Loc. cit.*

como la liberación del otro contratante con respecto a las prestaciones que en su favor debía otorgarle. Paralelamente deberá resarcir daños y perjuicios si éstos se hubiesen generado.

Por lo anterior, el deudor deberá demostrar la concurrencia de un caso fortuito o fuerza mayor,³⁶³ hecho de tercero o responsabilidad del acreedor (cuando éstos últimos obstaculizan el cumplimiento), para extinguir la obligación sin incurrir en responsabilidad civil alguna. Si concurre un caso fortuito o fuerza mayor, la obligación se extingue de acuerdo a lo estipulado por el artículo 2111 del Código Civil, por cuanto a que "*Nadie está obligado al caso fortuito [...]*", y a los principios jurídicos "*Ad impossibilia nemo tenetur*" [*«Nadie está obligado a cosas imposibles»*]³⁶⁴, y la del *Corpus Iuris Canonici*, Capítulo 6º, Final del Título 12, *de regulis iuris*, Libro 5º, del Sexto o Colección de Decretales de Bonifacio VIII: "*Nemo potest ad impossibile obligari*" [*«Nadie puede ser obligado a lo imposible»*]³⁶⁵, los cuales ya hemos expuesto en el Capítulo I, cuando analizamos los elementos de la prestación;³⁶⁶ así lo ha expresado la Sala Auxiliar de la Séptima época en la tesis que a continuación se transcribe:

Séptima Época

Instancia: Sala Auxiliar

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

³⁶³ Doctrinalmente se discute sobre las concepciones de caso fortuito y de fuerza mayor. El maestro Rafael Rojina Villegas (*Op. cit.*, Tomo V, Obligaciones II, p. 360), entiende por el primero "*el acontecimiento natural inevitable, previsible o imprevisible, que impide en forma absoluta el cumplimiento de la obligación. [...] constituyen una imposibilidad física insuperable.*" Por lo que se refiere a la segunda, entiende "*el hecho del hombre, previsible o imprevisible, pero inevitable, que impide también en forma absoluta el cumplimiento de una obligación.*" (*Op. cit.*, Tomo V, Obligaciones II, p. 361). Con respecto a los demás criterios de distinción expresa que: "*Independientemente de que el caso fortuito no se refiera exclusivamente a los acontecimientos naturales, y la fuerza mayor a los hechos del hombre, sí es importante hacer notar que en ambos, lo esencial es que se trata de acontecimientos inevitables.*" (*Op. cit.*, Tomo V, Obligaciones II, p. 362 y 363). Por su parte, el maestro Manuel Borja Soriano, con apoyo en Alves Moreira y Colin el Capitán, expresa que: "*Hay que advertir que cualquiera que sea el sentido en que se tomen las expresiones caso fortuito y fuerza mayor sus efectos jurídicos son los mismos, y, en consecuencia, no hay interés en hacer distinción entre ellas.*" (*Op. cit.*, Tomo II, p. 109 y 110).

³⁶⁴ Mans Puigarnau, Jaime M. *Op. cit.*, p. 386.

³⁶⁵ *Loc. cit.*

³⁶⁶ *Id. Supra*, p. 14.

CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR. ELEMENTOS.
Independientemente del criterio doctrinal que se adopte acerca de si los conceptos fuerza mayor y caso fortuito tienen una misma o diversa significación, no se puede negar que sus elementos fundamentales y sus efectos son los mismos, pues se trata de sucesos de la naturaleza o de hechos del hombre que, siendo extraños al obligado, lo afectan en su esfera jurídica, impidiéndole temporal o definitivamente el cumplimiento parcial o total de una obligación, sin que tales hechos le sean imputables directa o indirectamente por culpa, y cuya afectación no puede evitar con los instrumentos de que normalmente se dispone en el medio social en el que se desenvuelve, ya para prevenir el acontecimiento o para oponerse a él y resistirlo.

Amparo directo 4010/75. Sindicato de Empleados de Centralab- México, S. A., C. R. O. C. 27 de junio de 1979. 5 votos. Ponente: Gloria León Orantes.

Amparo directo 4008/75. Rosalba Guardiola y otros. 27 de junio de 1979. 5 votos. Ponente: Gloria León Orantes.

Amparo directo 4006/75. Gregorio Gallegos Labrado y otros. 27 de junio de 1979. 5 votos. Ponente: Gloria León Orantes.

NOTA:

Se elimina la leyenda "Sostiene la misma tesis".

El Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito expresa que, dentro del caso fortuito o fuerza mayor, se contempla el acto de autoridad, pues reúne los elementos esenciales para considerarlo como tales.

Novena Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo: VII, Enero de 1998
Tesis: II. lo. C. 158 C
Página: 1069

CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR. CUANDO EL ACTO O HECHO EN QUE SE SUSTENTA ES UN ACTO DE AUTORIDAD. La doctrina jurídica es unánime al admitir que existen ocasiones en que el incumplimiento de una obligación no puede ser imputable al deudor, porque éste se ve impedido a cumplir por causa de un acontecimiento que está fuera del dominio de su voluntad, que no ha podido prever o que aun previéndolo no ha podido evitar. A un acontecimiento de esa naturaleza se le llama caso fortuito o fuerza mayor. Los diversos tratadistas como Bonnecase, García Goyena, Henri León Mazeaud y André Tunc también son acordes al distinguir tres categorías de acontecimientos constitutivos del caso fortuito o de fuerza mayor, según provengan de sucesos de la naturaleza, de hechos del hombre o de actos de la autoridad; sea que el acontecimiento proceda de cualquiera de esas fuentes y, por ello, provoque la imposibilidad física del deudor para cumplir la obligación, lo que traerá como lógica consecuencia que no incurra en mora y no pueda considerársele culpable de la falta de cumplimiento con la correspondiente responsabilidad de índole civil, dado que a lo imposible nadie está obligado. Las características principales de esta causa de inimputabilidad para el deudor son la imprevisibilidad y la generalidad, puesto que cuando el hecho puede ser previsto el deudor debe tomar las prevenciones correspondientes para evitarlo y si no lo hace así, no hay caso fortuito o fuerza mayor; el carácter de generalidad implica que la ejecución del hecho sea imposible de realizar para cualquier persona, no basta, pues, con que la ejecución sea más difícil, más onerosa o de desequilibrio en las prestaciones recíprocas. Así, cuando se trata de actos de autoridad, que algunos autores como Manuel Borja Soriano catalogan dentro de la categoría de hechos provenientes del hombre, el hecho del príncipe, se

da a entender a todos aquellos impedimentos que resultan de una orden o de una prohibición que emana de la autoridad pública.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL
DEL SEGUNDO CIRCUITO

Amparo directo 487/97. U.S.A. English Institute, A.C. 9 de octubre de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Ricardo Romero Vázquez. Secretaria: Elizabeth Serrato Guisa.

Debemos señalar, que con relación a la ejecución más difícil, más onerosa o de desequilibrio en las prestaciones recíprocas expuesta en la tesis anterior, la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido el mismo criterio, es decir, el hecho de que la prestación que deba otorgarse se haga más gravosa (u onerosa), no constituye un caso fortuito o de fuerza mayor:

Quinta Época

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: CXIX

Página: 2074

FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO. De acuerdo con la doctrina jurídica mas autorizada, el caso fortuito o fuerza mayor exige la existencia de una imposibilidad verdadera y no que el cumplimiento de una obligación simplemente se haya hecho mas difícil, que el acontecimiento que constituye el obstáculo para la ejecución de la obligación haya sido imprevisible y que el deudor no haya incurrido en ninguna culpa anterior.

Amparo civil directo 2791/35. Orozco Morales Alfredo. 25 de marzo de 1954. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Ángel González de la Vega. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Por lo que en estas circunstancias se podrá responsabilizar del incumplimiento al deudor, y no operará la extinción de la obligación por un pretendido caso fortuito o fuerza mayor (es decir, que no reúna las características de tal evento imprevisible o previsible pero en ambos casos inevitable que hace imposible el cumplimiento de la obligación), ni será aplicable la Teoría de la Imprevisión³⁶⁷ en lo relativo a su aplicación jurisdiccional.

Novena Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: X, Agosto de 1999

Tesis: I.8o.C.202 C

Página: 739

³⁶⁷ "Esta teoría consiste en sostener que los tribunales tienen el derecho de suprimir o de modificar las obligaciones contractuales, cuando las condiciones de la ejecución se encuentran modificadas por las circunstancias, sin que las partes hayan podido razonablemente prever esta modificación." (Borja Soriano, Manuel. *Op. cit.*, Tomo I, p. 323). Curiosamente se pretendió aplicar la teoría de la imprevisión sustentada en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1962, criterio que fue desechado por el Poder Judicial de la Federación: "CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS. NO ES APLICABLE A LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS QUE NO LA CONTEMPLAN, AUN CUANDO EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA LA HAYA PACTADO EN LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS DE 1962. El hecho de que el Gobierno Mexicano haya ratificado, por decreto de veintinueve de octubre de mil novecientos sesenta y cuatro, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, no quiere decir que éste deba regir los contratos o convenios que celebren los particulares, ni que la cláusula rebus sic stantibus, deba tenerse como sobreentendida en cualquier tipo de contrato que se celebre, aun bajo la tutela jurídica de un ordenamiento legal que no la contemple; pues hay que tomar en cuenta que la aludida Convención de Viena, versó exclusivamente sobre el Derecho de los Tratados, esto es, en ella se pactó el conjunto de derechos y obligaciones recíprocas que cada Estado tiene al momento de celebrar y exigir el cumplimiento de los tratados que, como entes independientes y soberanos, pacten entre sí; por lo que resulta un contrasentido el establecer que, por haberse pactado en dicha convención la cláusula rebus sic stantibus, pueda regir los actos jurídicos que se celebren entre particulares en territorio nacional, ya que su aplicación, en ese caso, se encuentra reservada al ámbito del derecho internacional público. (Novena Epoca, Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: VIII, Septiembre de 1998, Tesis: III.2o.C.12 C, Página: 1149. Amparo directo 902/98. Miguel Ángel Pérez Córdoba e Irma Yolanda Navarro Tlaxcala de Pérez. 26 de junio de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Gerardo Domínguez. Secretario: Federico Rodríguez Celis).

CONTRATOS. LOS LEGALMENTE CELEBRADOS DEBEN SER FIELMENTE CUMPLIDOS, NO OBSTANTE QUE SOBREVENGAN ACONTECIMIENTOS FUTUROS IMPREVISIBLES QUE PUDIERAN ALTERAR EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN, DE ACUERDO A LAS CONDICIONES QUE PRIVABAN AL CONCERTARSE AQUÉLLA. De acuerdo al contenido de los artículos 1796 y 1797 del Código Civil para el Distrito Federal, que vienen a complementar el sistema de eficacia de los contratos a partir de su perfeccionamiento no adoptan la teoría de la imprevisión o cláusula rebus sic stantibus derivada de los acontecimientos imprevistos que pudieran modificar las condiciones originales en que se estableció un contrato; sino en todo caso, el sistema seguido en el Código Civil referido, adopta en forma genérica la tesis pacta sunt servanda, lo que significa que debe estarse a lo pactado entre las partes, es decir, que los contratos legalmente celebrados deben ser fielmente cumplidos, no obstante que sobrevengan acontecimientos futuros imprevisibles que pudieran alterar el cumplimiento de la obligación, de acuerdo a las condiciones que privaban al concertarse aquélla, sin que corresponda al juzgador modificar las condiciones de los contratos.

OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 246/98. Martha Irene Bustos González. 12 de noviembre de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Arellano Hobelsberger. Secretario: José David Cisneros Alcaraz.

Ya veremos con posterioridad que el criterio actual y antes señalado no siempre tuvo fuerza y que existen autores y aún miembros del Poder Judicial de la Federación que abogan por su aplicación razonada.

3.3 LA VERIFICACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LA PARTE AFECTADA DE SUS RESPECTIVAS OBLIGACIONES.

Otro elemento que deberá observarse para la operatividad del pacto comisorio es que la parte perjudicada demuestre que ha cumplido con las obligaciones que debe prestar o se allana a dicho cumplimiento (esto es, que se determina a llevarlo objetivando la realización de actos demostrativos de tendencia al cumplimiento a cabo lo que equivaldría a cumplir).³⁶⁸ Así, es requisito indispensable para demostrar la rescisión, el que la parte que lo intente cumpla con las obligaciones a su cargo; esta especificación se desprende del propio texto del artículo 1949 del Código Civil, pues dicho artículo se refiere obviamente, al perjudicado del incumplimiento; de tal suerte que si las partes contratantes incurren en el incumplimiento, ninguna incurrirá en mora como ya lo hemos analizado³⁶⁹, y por tanto, no podrán ejercitar la acción rescisoria:

Octava Época

³⁶⁸ Existe el siguiente criterio: "OBLIGACIONES RECÍPROCAS, EXIGENCIA DEL CUMPLIMIENTO DE. No es exacto que el artículo 1949 del Código Civil imponga a quien exige el cumplimiento de una obligación, acreditar que él ha cumplido con las que corresponden, pues lo que establece es que "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 resulte imposible". Esto es, que sólo el demandado conteste negando que el actor cumplió las obligaciones a su cargo, derivadas del contrato base de la acción, habría estado éste aun en la obligación de probar que sí cumplió, pues no es lo mismo negar el cumplimiento que decir que no han probado ni ofrecido probar que sí cumplió." (Sexta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XI, Cuarta Parte, Página: 143; Amparo directo 3692/57. A. Lalueque y Compañía Sucesores, S. A. de C. V. [hoy Ron Castillo, S. A. de C. V.], 7 de mayo de 1958. Mayoría de 4 votos. Ponente: Mariano Ramírez Vázquez. Disidente: José Castro Estrada.). La anterior cuestión puede ser interpretada armónicamente en relación con los contratos bilaterales de prestaciones de ejecución no simultánea (de ejecución alternada), y en los cuales no habrá necesidad de acreditar el cumplimiento de las obligaciones respectivas por parte del actor a quien aún no le sean exigibles, es decir, porque primero sea el deudor el que debe cumplir. Finalmente la necesidad de demostrar el cumplimiento correspondiente en los contratos sinalagmáticos de prestaciones de ejecución simultánea o en los de ejecución alternada (cuando el actor sea el contratante que primeramente haya debido cumplir), se tornará necesario ante la inminente interposición de la excepción de contrato no cumplido.

³⁶⁹ *Id. Supra*, p. 77.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: VII-Enero
Página: 197

CONTRATOS. FACULTAD PARA EXIGIR SU CUMPLIMIENTO O RESCISIÓN. De acuerdo con el artículo 1949 del Código Civil para el Distrito Federal, sólo la parte que cumple lo que le corresponde, tiene derecho a exigir de la otra el cumplimiento o la rescisión de su obligación.

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 4765/90. Jaime, Fanny, Elena y Syma Gorodovsky Strimling, 28 de noviembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa Ochoa. Secretario: Eduardo Franciso Núñez Gaytán.

De lo anterior, resulta claro que, si las partes no han cumplido con las prestaciones que deben otorgar por la celebración de un contrato sinalagmático, entonces ninguna tendrá acción para demandar la rescisión, ni el cumplimiento forzoso, en su caso. Si la rescisión se demanda en estas condiciones, el demandado podrá oponer la excepción de contrato no cumplido, de la misma manera que en caso de cumplimiento forzoso, debiéndose observar en ambos casos si las obligaciones son simultáneas o alternas, como ya hemos analizado con anterioridad, pues ello es necesario para determinar la exigibilidad de la obligación:³⁷⁰

Quinta Epoca
Instancia: Pleno
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: XVI
Página: 165

³⁷⁰ *Vid. Supra*, p. 74.

CONTRATOS SINALAGMATICOS. La acción establecida por la ley, en las disposiciones que a esos contratos se refieren, lleva inhibida la circunstancia de que el que la ejercita, haya cumplido, por su parte, con su obligación; pudiendo oponer, por tanto, la excepción llamada *non adimpleti contractus*.

Tomo XVI. Herrera Eduardo. Pág. 165. 7 Vts.

De la misma manera podrá oponerse la denominada "*exceptio non rite adimpleti contractus*" [«Excepción de contrato no cumplido como es debido»], si el cumplimiento es sólo parcial o inexacto, excepción que según la tesis que a continuación se transcribe, puede identificarse con la excepción de contrato no cumplido si el incumplimiento es de gran importancia; el incumplimiento parcial no eximirá al contratante perjudicado a dejar de cumplir con sus obligaciones si exige el cumplimiento de las obligaciones restantes por parte de la otra parte:

Sexta Epoca

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: CXXX, Cuarta Parte

Página: 31

CONTRATO NO CUMPLIDO, EXCEPCION DE. Si el demandado no alegó que el actor hubiera inejecutado totalmente el contrato, sino que sólo invocó el incumplimiento parcial, rigurosamente no debe hablarse de la excepción "*non adimpleti contractus*", sino de la "*non rite adimpleti contractus*". Sin embargo, cuando es de considerable importancia la parte de la obligación que se ha dejado incumplida, comparada con el total de la deuda, esta última defensa se identifica, en cuanto a sus efectos prácticos, con la "*non adimpleti*". El contratante que no cumple íntegramente las obligaciones que le corresponden no puede exigir del otro el cumplimiento total, pero tampoco este puede apoyarse en aquel incumplimiento para rehusarse a realizar las prestaciones que le incumben, cuando ha exigido de su colitigante la ejecución íntegra y ha visto acogidas sus pretensiones por sentencia firme. Dentro de los postulados de la buena fe, la oposición de

la "inadimpleti contractus" (cuando el reo que la opone la ha hecho valer por vía de acción en otro juicio y ha obtenido sentencia ejecutoria en que se condena a su colitigante), no puede conducir a una absolución, ni siquiera de carácter temporal, pues suponer que, en tales casos, constituye una excepción dilatoria (y no una defensa de mérito), equivaldría a violar la igualdad entre las partes, legitimar una injusticia y desconocer el principio de economía procesal, ya que el reo puede, en estas condiciones, exigir el cumplimiento total por parte de su adversario, y así, no es concebible que se le autorice a dejar de cumplir lo que a él le toca, ni siquiera en forma temporal o transitoria. Resulta contradictorio e inadmisibles, desde el ángulo de la justicia y la igualdad, que el comprador reclame, por vía de acción, el cumplimiento íntegro del contrato y que, en cambio, en otro juicio pretextando que el vendedor no ha realizado todas las obligaciones que le incumben, se rehuse a ejecutar aun parcialmente lo que le corresponde.

Amparo directo 1811/64. J. Domette, S. A. 18 de abril de 1968. 5 votos. Ponente: Mariano Ramírez Vázquez.

Quinta Época:

Suplemento de 1956, pág. 166. Amparo directo 2808/50/2^a. Ferrocarriles Nacionales de México. 27 de enero de 1953. 5 votos.

No procederá ninguna de las dos excepciones referidas, si existe aceptación del cumplimiento inexacto,³⁷¹ o parcial:

Octava Época
Instancia: Tercera Sala

³⁷¹ Evidentemente si existe novación de las obligaciones (sustitución expresa de una obligación antigua por otra nueva, esencialmente distintas) o dación en pago (aceptación de una cosa diferente a la convenida en forma previa), dada la juridicidad de las mismas, no podrá exponerse cuestión alguna sobre un cumplimiento inexacto (incumplimiento parcial).

Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: I, Primera Parte-1, Enero a Junio de 1988
Página: 295

EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO. NO PROCEDE POR INCUMPLIMIENTO O INDEBIDO CUMPLIMIENTO DEL ACTOR, SI ESTE ULTIMO HA SIDO ACEPTADO. Si bien es cierto que la excepción de contrato no cumplido procede cuando la parte actora no ha cumplido o no se ha allanado a cumplir debidamente la obligación que le corresponde, también lo es que esta excepción sólo procede cuando no se ha aceptado el cumplimiento defectuoso de la parte actora, pues si se aceptó el mismo, aunque el pago se hubiere realizado en tiempo, forma y lugar distintos a los estipulados, se purgó cualquier vicio o defecto que hubiere habido, resultando, por tanto, improcedente la excepción de contrato no cumplido, en tanto ya no puede alegar incumplimiento la actora cuando aceptó el cumplimiento.

Amparo directo 7299/85. Galletera Mexicana, S.A. 13 de enero de 1988. Cinco votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot.

Se ha señalado como elemento *sine qua non*, para la procedencia del pacto comisorio, la ausencia absoluta de todo principio de ejecución: "*Es absolutamente indispensable establecer que para la procedencia del pacto, mejor dicho, para que la parte perjudicada con el incumplimiento pueda optar por la resolución sin necesidad de recurrir a los tribunales, es del todo necesario que el incumplimiento sea total, pues si la obligación ha sido cumplida ya en parte, o dicho de otro modo: si ya hay un principio de ejecución, cualquiera que sea, habrá también probablemente, daños y perjuicios y también beneficios (aprovechamientos, frutos réditos legales, etc) acerca de todo lo cual necesariamente deberá el juez resolver y no la parte interesada, ya que de hacerlo ésta, obviamente que se estaría haciendo justicia pro sí misma.*"³⁷² La ausencia de todo principio de ejecución

³⁷² Ortiz Urquidí, Raúl. *Derecho Civil*. 3ª Edición, Porrúa, México, 1986, p. 522

tendrá trascendencia si el acreedor ha aceptado el cumplimiento parcial, ya que ello purgará la mora que se haya verificado; sólo así podrá existir algún beneficio para el acreedor y un perjuicio para el deudor que deba ser por tanto ventilado ante los tribunales.

Con lo expuesto, se infiere que siendo el cumplimiento o allanamiento al mismo de las obligaciones del contratante perjudicado un elemento común para el ejercicio de alguna de las dos acciones consignadas en el artículo 1949 del Código Civil, ocurre lo siguiente: en caso de operar la rescisión, las obligaciones debidamente cumplidas por el contratante acreedor perjudicado, se retrotraerán al momento inmediato anterior a su nacimiento y por ende se verificará también el efecto liberatorio de dicha institución, quedando dicha parte desligada de su cumplimiento; en cambio, al operar el cumplimiento forzoso, las obligaciones debidamente cumplimentadas por el contratante perjudicado quedarán firmes, no obstando para ello que el contratante incumplidor deba, en su caso, resarcir los daños y perjuicios ocasionados.

Una interesante cuestión surge aquí al analizarse la exigencia de éste elemento para el ejercicio de los derechos que consigna el artículo 1949 del Código Civil, si precisamente se recuerda que mientras una parte no cumpla, la otra se encuentra eximida de su cumplimiento. De ahí que ¿cómo es posible que la ley exija a un contratante que no ha recibido la prestación debida cumpla no obstante de estar eximido para hacerlo y por lo cual no incurre en mora, para exigir el cumplimiento del contrato o para rescindirlo? Ello se debe a una exigencia de equidad y buena fe puesto que si una parte no cumple con las obligaciones a que se ha comprometido prestar en virtud de un contrato, a la otra no se le puede obligar a cumplir con lo correspondiente dada la contumacia de aquél: no se trata de un mutuo díseno tácito, ya que existiendo derechos que pueden ejercitarse (cumplimiento forzoso o rescisión), la inexpressión o inactividad no autorizarán a presumir que las partes han extinguido tácitamente con sus obligaciones. Ahora bien, si se pretende ejercitar un derecho como los que se consignan en el artículo 1949 del código sustantivo, por buena fe también debe demostrarse el haber cumplido o el haberse allanado al cumplimiento (esto es, estar en completa determinación de cumplir), dado que ello demostrará que ninguna de las partes ha dejado a su arbitrio el cumplimiento del contrato. La buena fe es así justificativa de los señalamientos precisados, puesto que como ya lo había anunciado Jaloveno en la Ley 21, Título 2 *locati*, Libro 19 del Digesto "*Bona fides exigit, ut, quod convenit, fiat*" [«La buena

fe exige que se haga lo que se convino»³⁷³]. Sustentándose en la buena fe, se dictó la tesis jurisprudencial siguiente:

Sexta Epoca

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: Cuarta Parte, XXIV

Página: 88

BUENA FE EN LOS CONTRATOS. El principio primordial que rige a todos los contratos es el de la buena fe; cada uno de los contratantes tiene el derecho de esperar de la otra parte lealtad y rectitud en el cumplimiento de lo pactado.

Amparo directo 5057/58. Luz Barat Pérez de Jiménez y coag. 4 de junio de 1959. Mayoría de 3 votos. Ponente y Disidente con el fallo de la Sala: Mariano Ramírez Vázquez.

Cabe señalar que tendrán legitimación activa³⁷⁴ para demandar la rescisión “*el contratante cumplidor de sus obligaciones, o que se allanó a cumplir en el*

³⁷³ Mans Puigarnau, Jaime M. *Op. cit.*, p. 53.

³⁷⁴ Se ha expresado que la legitimación activa puede ser *ad causam* y *ad procesum*: “LEGITIMACIÓN PROCESAL ACTIVA. CONCEPTO. Por legitimación procesal activa se entiende la potestad legal para acudir al órgano jurisdiccional con la petición de que se inicie la tramitación del juicio o de una instancia. A esta legitimación se le conoce con el nombre de *ad procesum* y se produce cuando el derecho que se cuestionará en el juicio es ejercitado en el proceso por quien tiene aptitud para hacerlo valer, a diferencia de la legitimación *ad causam* que implica tener la titularidad de ese derecho cuestionado en el juicio. La legitimación en el proceso se produce cuando la acción es ejercitada en el juicio por aquel que tiene aptitud para hacer valer el derecho que se cuestionará, bien porque se ostente como titular de ese derecho o bien porque cuente con la representación legal de dicho titular. La legitimación *ad procesum* es requisito para la procedencia del juicio, mientras que la *ad causam*, lo es para que se pronuncie sentencia favorable.” (Novena Epoca, Instancia: Segunda Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: VII, Enero de 1998, Tesis: 2a./J. 75/97, Página: 351. Revisión fiscal 80/83. Seguros América Banamex, S.A. 17 de octubre de 1984. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Eduardo Langle Martínez. Ponente: Carlos del Río Rodríguez. Secretaria: Diana Bernal Ladrón de Guevara; Amparo en revisión (reclamación) 1873/84. Francisco Toscano Castro. 15 de mayo de 1985. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Fausta Moreno Flores. Ponente: Carlos de Silva Nava. Secretario: Jorge Mario Montellano Díaz; Queja 11/85. Timoteo

tiempo y modo convenidos, sus herederos y legatarios, los cesionarios, y, por último, el acreedor subrogado [...].”³⁷⁵ La rescisión recaerá en quien tenga la legitimación pasiva:³⁷⁶ “La legitimación pasiva radica en cabeza del contratante incumplido, de manera exclusiva. Esto se deriva del carácter personal que tiene el derecho de que es titular el acreedor para pedir la resolución del contrato.”³⁷⁷ Por tal motivo “La acción sólo puede intentarse contra el contratante incumplido o en contra de sus sucesores, ya sea por causa de muerte o por acto entre vivos.”³⁷⁸ En ambos casos cabe desde luego la figura jurídica de la representación, tratándose tanto de personas morales como de personas físicas.

Peralta y congraviados. 25 de noviembre de 1985. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Manuel Gutiérrez de Velasco. Ponente: Carlos de Silva Nava. Secretario: Jorge Mario Montellano Díaz; Amparo en revisión 6659/85. Epifanio Serrano y otros. 22 de enero de 1986. Cinco votos. Ponente: Carlos de Silva Nava. Secretario: Jorge Mario Montellano Díaz; Amparo en revisión 1947/97. Néstor Faustino Luna Juárez. 17 de octubre de 1997. Cinco votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretaria: Adela Domínguez Salazar. Tesis de jurisprudencia 75/97. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del tres de diciembre de mil novecientos noventa y siete, por unanimidad de cinco votos de los Ministros Juan Díaz Romero, Mariano Azuela Gutiérrez, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y presidente Genaro David Góngora Pimentel.

³⁷⁵ Canosa Torrado, Fernando. *La Resolución de los Contratos (Incumplimiento y Mutuo Disenso)*. 2ª. Edición, Doctrina y Ley, Colombia, 1992, p. 205.

³⁷⁶ Paralelamente a la legitimación activa, existe la legitimación pasiva, la cual también puede ser *ad causam* y *ad procesum*: “LEGITIMACION PASIVA AD CAUSAM Y AD PROCESUM. Si la persona contra la que se endereza la demanda no es aquella que tiene a su cargo el cumplimiento de la obligación demandada, estará legitimada *ad procesum* para actuar en el juicio, dado que se está entablando en su contra y tiene la ineludible necesidad de defender jurídicamente, pero ello de ninguna manera la estará legitimando pasivamente *ad causam* para responder del cumplimiento de la obligación que se demanda, por no ser la titular de la misma, que es lo que le daría la legitimación pasiva *ad causam*.” Octava Época, Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: IV, Segunda Parte-1, Julio a Diciembre de 1989, Página: 312. Amparo directo 445/89. Julián Torres Pulido. 20 de septiembre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretaria: María del Rocío F. Ortega Gómez.

³⁷⁷ Canosa Torrado, Fernando. *Op. cit.*, p. 207.

³⁷⁸ *Loc. cit.*

Es importante señalar que en cuanto a la cesión de derechos³⁷⁹ y a la asunción o cesión de deuda,³⁸⁰ pueden verificarse efectos interesantes en cuanto a la rescisión del contrato del cual se hacen las cesiones. En la cesión de derechos, al cambiar el acreedor, éste gozará de todos los derechos contractuales, cuenta habida que con ello no se dejan nugatorios los derechos que se le hubieren transmitido, máxime si otorgó alguna prestación para que se le cedieran esos derechos. Pensamos además que ello es así en virtud de que se ha reconocido que la cesión de derechos puede importar en su caso la transmisión del derecho real de propiedad,³⁸¹ acorde esto con la definición de contrato como institución creadora de derechos reales.³⁸² Por lo anterior si el cesionario demanda la rescisión contractual, la cosa entregada por el acreedor originario deberá serle reintegrada a dicho cesionario y si esto fuere imposible, deberán resarcírsele los daños y perjuicios ocasionados, sea por el deudor o por el acreedor cedente (excepto si la cesión se realizó a título gratuito³⁸³). Por lo que respecta a la asunción de deuda, al sustituirse el deudor originario con consentimiento del acreedor,³⁸⁴ la relación se establecerá entre el éste y el cesionario; por lo tanto, si se demanda la rescisión contractual por parte del acreedor por incumplimiento de pago, no procederá la reintegración de la cosa que haya recibido en su caso el deudor cedente, pues la relación entre éste y el

³⁷⁹ "Cesión es el acto de transferencia de una cosa o de un derecho, y por lo mismo habrá cesión siempre que una persona transmite a otra un derecho de cualquier índole, real, personal o de otro tipo." (Gutiérrez y González, Ernesto. *Op. cit.*, p. 962).

³⁸⁰ La asunción o cesión de deuda "Es un acto jurídico del tipo contrato, en virtud del cual una persona a la que se le llama «cedente» y que es deudora de otro acto jurídico [sic] diverso, transmite la deuda que tiene frente a su acreedor en el otro acto, y con la autorización de éste, a otra persona a la cual se designa como «trasmisionario»." (*Ibidem*, p. 996).

³⁸¹ *Cfr.* Gutiérrez y González, Ernesto. *Op. cit.*, pp. 980 a 982.

³⁸² *Vid. Supra*, p. 47.

³⁸³ Dice el artículo 2050 del Código Civil que: "Si la cesión fuere gratuita, el cedente no será responsable para con el cesionario, ni por la existencia del crédito, ni por la solvencia del deudor."

³⁸⁴ Al respecto el artículo 2051 del ordenamiento civil establece que "Para que haya sustitución de deudor es necesario que el acreedor consienta expresa o tácitamente."

acreedor ya no existirá por virtud de la cesión, salvo pacto en contrario.³⁸⁵ Si la asunción de deuda se declara nula, renacerá la antigua relación jurídica.³⁸⁶

También puede acontecer que en un contrato se verifique una solidaridad activa, una solidaridad pasiva o ambas. Al respecto, el artículo 1987 del Código Civil establece:

“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.”

Si existe solidaridad pasiva, cada uno de los deudores reporta la obligación de prestar, cada uno de por sí, la totalidad de la prestación debida. Por ésta razón, pensamos que también podrá demandarse la rescisión a cualquiera de los deudores principales, de la misma manera en que puede demandársele el cumplimiento total de la obligación. Debe sin embargo, analizarse el carácter de la solidaridad, ya que si el deudor solidario se presenta en el contrato para garantizar el cumplimiento de las prestaciones del mismo y no como deudor principal, no podrá demandársele la rescisión contractual, puesto que además, dicho garante solidario no recibe la contraprestación del contratante cumplidor. Si no existe correlatividad de sus obligaciones con las del contratante acreedor perjudicado, no será posible demandarle la rescisión así como tampoco estará legitimado para exigirla. Así se infiere del texto de la tesis jurisprudencial que a continuación se transcribe:

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: II, Segunda Parte—2, Julio a Diciembre de 1988

³⁸⁵ Establece el artículo 2053 del Código Civil, que *“El acreedor que exonera al antiguo deudor, aceptando otro en su lugar, no puede repetir contra el primero, si el nuevo se encuentra insolvente, salvo convenio en contrario.”*

³⁸⁶ El artículo 2057 establece que *“Cuando se declara nula la sustitución de deudor, la antigua deuda renace con todos sus accesorios; pero con la reserva de derechos que pertenecen a tercero de buena fe.”*

SOLIDARIDAD PASIVA. EL DEUDOR SOLIDARIO SOLO ADQUIERE LOS DERECHOS CORRELATIVOS DE LA OBLIGACION QUE CONTRAE. Los artículos 1987 y 1988 del Código Civil para el Distrito Federal previenen que existe solidaridad pasiva cuando dos o más deudores reportan la obligación de prestar, cada uno de por sí, en su totalidad la prestación debida, y que la solidaridad no se presume si no que resulta de la ley o de la voluntad de las partes. De lo cual se colige, una persona, puede, válidamente, constituirse en deudor solidario en el cumplimiento de la obligación de dar o de hacer a cargo de otra, por voluntad propia o por disposición de la ley, pero ello no quiere decir que el deudor solidario adquiere, por ese hecho, todos los derechos o prerrogativas que la causa generadora de la obligación irroga al deudor principal, y que le den el mismo carácter que a éste, como sería el de comprador si fuera de compraventa, de arrendatario si se tratara del arrendamiento, etcétera; porque ese carácter lo otorga lo convenido en el contrato mas no el hecho de la solidaridad pasiva. De ahí que, aun cuando el deudor solidario respecto de obligaciones contraídas en un contrato de compraventa, responda de las obligaciones de su deudora, no adquiere los derechos que aquélla le corresponderían como adquirente, sino sólo en lo que pudiera tener relación con la obligación que contrae.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 1444/88. Jesús Marcelo Nucamendi Torruco. 16 de noviembre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Leonel Castillo González. Secretario: Ricardo Romero Vázquez.

Lo anterior se corrobora con el texto de la siguiente tesis jurisprudencial en la cual se establece la diferencia entre el deudor solidario y el fiador:

Sexta Epoca
Instancia: Tercera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: Cuarta Parte, V
Página: 77

FIADOR Y DEUDOR SOLIDARIO, DIFERENCIA ENTRE LOS (LEGISLACIONES DE MICHOACAN Y DEL DISTRITO FEDERAL). Como conforme al artículo 1844 del Código Civil de Michoacán (igual al 1988 del Código de la misma materia del Distrito Federal) la solidaridad no se presume, sino que resulta de la ley o de la voluntad de las partes, y no existe ningún precepto legal que establezca dicha solidaridad entre el fiador y el fiado, ni tampoco puede decirse que la sola renuncia de los beneficios de orden y excusión establezca tal solidaridad, de ello resulta que es distinta la situación que guarda el fiador que ha renunciado a tales beneficios, de la que presenta el deudor solidario, puesto que, en primer lugar, este último es obligado principal y no así el fiador, y en segundo lugar, mientras que el deudor solidario puede invocar, al ser demandado, las excepciones que se derivan de la naturaleza de la obligación y las que le sean personales, el fiador puede oponer, además de las excepciones inherentes a la obligación principal, las propias de la fianza, mas no las personales del deudor.

Amparo directo 2882/57. J. Jesús Rodríguez Vega. 11 de noviembre de 1957. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Gabriel García Rojas.

Como se observa del citado artículo 1987 del Código Civil, también puede existir una solidaridad activa. De acuerdo a ello uno sólo de los acreedores podrá ejercitar la rescisión contractual, no obstante que puedan verificarse inconvenientes para los demás acreedores, quienes en un momento determinado pueden tener más interés en la subsistencia y cumplimiento del contrato que en su rescisión. Dada ésta facultad que proporciona la ley a cada acreedor, en estos casos no es aplicable

el aforismo jurídico que expresa que “*Quod omnes tangit ab omnibus debet approbari*” [«Lo que a todos interesa por todos debe aprobarse»³⁸⁷].

Ahora bien, ¿a quien le corresponde la carga de la prueba en caso de incumplimiento? En principio, al acreedor le corresponde acreditar la existencia de la obligación (y desde luego su exigibilidad). “*Es doctrina corriente que [...], en la culpa contractual el acreedor tiene una situación más ventajosa, pues existe la presunción de que el deudor que no cumple la obligación lo hace porque quiere, y, por tanto, es responsable de la falta de cumplimiento, sin que el acreedor tenga que probar otra cosa más que la existencia de la obligación; de tal modo que será el deudor el que habrá de probar, para eximirse de responsabilidad, que si dejó incumplido el contrato no fue por culpa suya.*”³⁸⁸ Así, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que es el demandado el que debe demostrar el cumplimiento de sus obligaciones, si en eso basa su defensa, pues así será absuelto de las prestaciones que se le demanden:

Quinta Epoca

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: CXXII

Página: 1697

CONTRATOS, INCUMPLIMIENTO DE LOS (CARGA DE LA PRUEBA). Al demandado corresponde acreditar, dentro del juicio, el cumplimiento de las obligaciones a su cargo y, por tanto, no haber dado causa de incumplimiento del contrato objeto del juicio, pues al actor no puede exigírsele la demostración de un hecho negativo, cuando en uno de esa clase se funda la acción.

Amparo civil directo 3450/52. Fuente Aristeo de la. 6 de diciembre de 1954. Mayoría de tres votos. Disidentes: Mariano Ramírez Vázquez y Vicente Santos Guajardo. Ponente: Mariano Ramírez Vázquez. Egrose: Gabriel García Rojas.

³⁸⁷ Cejudo y Ormacheca, Ignacio. *Op. cit.*, p. 144.

³⁸⁸ Castán Tobeñas, José, cit. por Rojina Villegas Rafael. *Op. cit.*, Tomo V, Obligaciones II, p. 357. *Vid. Supra*, nota al pie de página núm. 205, p. 89.

Tomo LXXXII, pág. 1248. Amparo civil directo 3529/38. Asociación Hipotecaria Mexicana, S. A. 16 de octubre de 1944. Unanimidad de cuatro votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Este criterio de la Quinta Época, devino en la conformación de la jurisprudencia que se transcribe a continuación:

Sexta Época
Instancia: Tercera Sala
Fuente: Apéndice de 1995
Tomo: Tomo IV, Parte SCJN
Tesis: 305
Página: 205

PAGO O CUMPLIMIENTO. CARGA DE LA PRUEBA. El pago o cumplimiento de las obligaciones corresponde demostrarlo al obligado y no el incumplimiento al actor.

Sexta Época:

Amparo directo 3174/58. Jorge Sayeg K. 9 de enero de 1959. Cinco votos.

Amparo directo 2020/58. Castro Osnaya. 16 de enero de 1959. Cinco votos.

Amparo directo 5381/57. Tomás Kasuski. 30 de abril de 1959. Cinco votos.

Amparo directo 7100/58. Raquel Anaya vda. de Serrano. 12 de junio de 1959. Mayoría de cuatro votos.

Amparo directo 2118/62. Luz García Lares, suc. de. 25 de febrero de 1963. Cinco votos.

Debemos precisar que, la carga de la prueba del pago corresponde al obligado únicamente cuando haya afirmado el cumplimiento de la prestación a su cargo, pues si su defensa descansa en otras excepciones, v. gr. la inexistencia de la obligación o su falta de exigibilidad, o bien, con cuestiones diferentes, como la mora del acreedor y se prueban, aún y cuando se acredite la falta de pago, no procederá evidentemente, la rescisión o el cumplimiento forzoso.

Octava Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 73, Enero de 1994

Tesis: I.4o.C. J/57

Página: 62

CUMPLIMIENTO Y RESCISION DE CONTRATO. LA FALTA DE ACREDITAMIENTO DEL PAGO NO CONDUCE NECESARIAMENTE AL ACOGIMIENTO DE LAS ACCIONES DE. El acogimiento tanto de la acción de cumplimiento como de rescisión de contrato descansa en el acreditamiento de los siguientes elementos: a) la existencia de la obligación; b) la exigibilidad de ésta y; c) el incumplimiento del deudor, en el entendido de que respecto a este elemento, se ha considerado suficiente con que el acreedor afirme la existencia del incumplimiento, pues conforme a las normas que regulan la prueba, corresponde al deudor demostrar el cumplimiento, si en esto hace consistir su defensa. Sin embargo, como el incumplimiento del deudor constituye tan sólo uno de los elementos integrantes de las referidas acciones, la falta de prueba del pago por parte del deudor no es susceptible de conducir necesariamente en todos los casos al pronunciamiento de una sentencia estimatoria, pues conforme a lo anterior, la carga de la prueba del pago corresponde al obligado únicamente cuando éste afirme el cumplimiento de la prestación a su cargo; pero si la defensa se relaciona con los otros elementos integrantes de las referidas acciones, como pueden ser, por ejemplo, la inexistencia de la obligación o su falta de exigibilidad, o bien, con cuestiones diferentes, como la

mora del acreedor, demostradas tales defensas, la acción debe desestimarse aun cuando no esté probado el pago.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 394/88. Corporación Mexicana de Radio y Televisión, S.A. de C.V. 25 de marzo de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Mauro Miguel Reyes Zapata. Secretario: Luis Arellano Hobelsberger.

Amparo directo 1504/88. Ernesto Raúl Rodríguez González. 20 de abril de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Villegas Vázquez. Secretaria: Marcela Hernández Ruiz.

Amparo directo 2754/88. María Teresa Dolores Estrella de Urgelles. 9 de agosto de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Villegas Vázquez. Secretaria: Marcela Hernández Ruiz.

Amparo directo 4276/91. María Antonieta Malo Sánchez. 22 de agosto de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Mauro Miguel Reyes Zapata. Secretaria: Rafaela Reyna Franco Flores.

Amparo directo 4944/93. Ruth Ramírez Zermeño. 30 de septiembre de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Gilda Rincón Orta.

Con lo anteriormente expuesto, podemos ahora iniciar el análisis de otras cuestiones relacionadas con el pacto comisorio, cuyo trato y exploración detallarán la trascendencia e importancia de ésta figura en el sistema jurídico positivo mexicano.

CAPÍTULO TERCERO

LA OPERATIVIDAD DEL PACTO COMISORIO

Como toda institución jurídica, la discusión habida en torno al pacto comisorio es por demás interesante y apasionada. Resalta por sus efectos prácticos la operatividad del mismo, sobre todo tratándose de la operatividad de pleno derecho, es decir, la que no requiere de declaración judicial, dado que son múltiples las instituciones jurídicas que se encuentran involucradas en el proceso. Siendo el Derecho una ciencia en la que todo se relaciona con todo es necesario concordar las leyes "*Jura jure concordari debent*" [«Las leyes deben concordarse unas con otras»³⁸⁹]; por ello la labor de estudio de una institución como el pacto comisorio se torna compleja, pero posible. No existe entonces un *agnosticismo jurídico*. Por intrincado que sea el estudio de una institución jurídica, es necesario y provechoso realizar un análisis de las instituciones, no obstante que no sea posible llegar a conclusiones apodícticas sino siempre asertóricas. La dialéctica finalmente, se encargará en acercar a las instituciones, en la medida en que la sociedad siempre cambiante lo permita, a un grado mayor de perfección.

1. EL PACTO COMISORIO Y LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

El contrato es definitivamente, uno de los instrumentos por medio de los cuales el ser humano satisface un sinnúmero de necesidades, con lo que asegura la consecución de su teleología, la cual se ha explicado, es la genérica situación de felicidad, la cual consiste en una "*situación subjetiva consciente de bienestar duradero, que no es otra cosa que una satisfacción íntima permanente*",³⁹⁰ de acuerdo a sus aspiraciones específicas, variables de persona a persona. Así, el contrato se ha convertido en una de las notas más descollantes del ejercicio de la libertad humana, y asimismo, la voluntad ha devenido como el fenómeno conspícuo por excelencia de aquélla.

El término autonomía deriva de la voz latina *autonomía*, derivada de la voz griega *αυτονομία* y que a su vez se compone³⁹¹ de dos voces griegas que son *αὐτός*

³⁸⁹ Cejudo y Ormacchea, Ignacio. *Op. cit.*, p. 110.

³⁹⁰ Burgoa Orihuela, Ignacio. *Las Garantías Individuales*. 26ª. Edición, Porrúa, México, 1994, p. 13.

³⁹¹ Mateos Muñoz, Agustín. *Op. cit.*, p. 365, y Pabón S. De Urbina, José M. *Diccionario Manual Griego - Español*. Bibliograf, Madrid, pp. 97 y 412, respectivamente.

(*el mismo, el propio*), y νόμος (*orden, derecho, fundamento, regla, ley, norma*). La palabra voluntad proviene³⁹² de la voz latina *vōluntas, ātis* (que proviene de *volo*), y que significa *facultad de querer, voluntad, volición, acto de la voluntad, consentimiento*. Así entonces, puede afirmarse que la autonomía de la voluntad es *la norma o ley individual creada por la facultad de querer, de la volición del sujeto que la genera*. De ahí que se diga que la voluntad es la una facultad jurígena, es decir una volición que genera u origina una norma jurídica cuando se encamina a la creación del contrato y de las obligaciones que contiene o cuando éstas se modifican, transfieren o extinguen. Pero ahondaremos más al respecto en líneas precedentes.

El poder vinculante de la voluntad ha quedado plasmado consumadamente dentro de los ideales de libertad que se fueron forjando filosóficamente a partir del triunfo de la Revolución Francesa, movimiento social que tuvo una trascendencia importantísima en las diversas ramas del conocimiento humano, como lo fue el económico, el político y desde luego, el jurídico. En el campo del derecho civil, la filosofía imperante fue entonces, la que reconoció que los hombres son iguales por naturaleza y que por ello, tienen la posibilidad de ejercer sus derechos sin valladares que entorpezcan su práctica; esto es, el hombre es libre para realizar todo aquello que no contraviniese el orden público o las buenas costumbres (principio ya anunciado por Paulo que se encuentra en *Sententiae*, Título I, Libro I, *de pactis et conventis*, Parágrafo 4º, y que donde se expresa que “*Neque contra leges, neque contra bonos mores pacisci*” [«No podemos pactar contra las leyes ni contra las buenas costumbres»³⁹³], axioma que como se expresa, es un óbice insuperable en la contratación).

Estas ideas sobre la igualdad humana y la libertad fueron difundidas en dicho contexto conceptual primeramente con la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica. En su parte conducente este documento expresa: “*We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty, and the pursuit of Happiness.*”³⁹⁴ [«Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y

³⁹² *Diccionario Latino ~ Español; Español ~ Latino*. Tomo II [K - Z], Sopena, Barcelona, 1985, p. 406.

³⁹³ Mans Puigarnau, Jaime M. *Op. cit.*, p. 101.

³⁹⁴ En <http://www.embusa.es/irc/deceng.html>

la búsqueda de la felicidad»³⁹⁵]. Posteriormente, las mismas ideas de libertad son retomadas en Francia en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 votada por la Asamblea Nacional Constituyente formada tras la reunión de los Estados Generales; el texto correspondiente expresaba: "*Article premier.- Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune.*"³⁹⁶ [«Artículo primero.- Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común»].³⁹⁷ Así entonces, la contundencia de estas ideas filosóficas tuvieron, como ya dijimos, una influencia definitiva en el campo jurídico, y así se recogió en el Código Napoleónico de 1804, el cual como ya sabemos, tuvo influencia a su vez en las codificaciones civiles de muchos de los países del orbe, entre ellos el nuestro. En el campo contractual y según ésta corriente, la voluntad es la máxima expresión del liberalismo, cuyo axioma se consagró en el propio Artículo 5º de la Declaración mencionada: "*Article 5.- La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas.*"³⁹⁸ [«Artículo 5.- La ley sólo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la sociedad. Nada que no esté prohibido por la ley puede ser impedido, y nadie puede ser constreñido a hacer algo que ésta no ordene»],³⁹⁹ esto es, que está permitido todo aquello que no está prohibido.⁴⁰⁰ Así, en dicho campo contractual, se presentaron diversas consecuencias⁴⁰¹ derivadas precisamente de esa concepción liberal del contrato, entre las que podemos citar las siguientes:

- a) Se consagran los principios de libertad de contratar (como especies de la libre escogitación del instrumento apto de satisfacción de necesidades), esto es que los individuos tienen la facultad de celebrar dicho acto jurídico, elegir con quien hacerlo, seleccionar el tipo de contrato que desean celebrar, así como la forma de externar la voluntad, así como el de libertad contractual (adecuación del mismo al caso concreto según lo que más convenga a los

³⁹⁵ Traducción del anterior en <http://www.embusa.es/irc/deces.html>

³⁹⁶ En <http://www.elysee.fr/instit/txdhc.htm>

³⁹⁷ Traducción del anterior en <http://www.elysee.fr/esp/instit/txdhc.htm>

³⁹⁸ En <http://www.elysee.fr/instit/txdhc.htm>

³⁹⁹ Traducción del anterior en <http://www.elysee.fr/esp/instit/txdhc.htm>

⁴⁰⁰ Cfr. Stiglitz, Rubén S. *Autonomía de la Voluntad y Revisión del Contrato*. Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 17.

⁴⁰¹ Cfr. Stiglitz Rubén S. *Op. cit.*, pp. 14-21.

intereses de las partes), es decir, la facultad de dar contenido particular al contrato según las necesidades que cada parte deba satisfacer.

- b) Los contratantes tienen la libertad de acordar los términos de dicho acto jurídico, y como dicha discusión se realiza en un plano de igualdad, el contrato es forzosamente equitativo porque se acepta libremente (la ecuanimidad se determina por la libre voluntad de los interesados) y no puede tomarse injusto, pues no es posible pensar que una persona libre pacte una consecuencia inícuca contra sí mismo.
- c) Se reconoce el poder de creación de preceptos reguladores de los intereses vinculantes de los particulares (la facultad de dotar de contenido al contrato, que es la función jurídica del mismo); la voluntad toma su rol jurígeno y las partes establecen los derechos y las obligaciones como mejor lo juzgan y que son las tendientes a la satisfacción de una necesidad (función económica). Esto se refleja en el estado general de la sociedad (función social).
- d) La libertad también se refleja en la posibilidad de elegir entre diversas legislaciones nacionales la que deba regir al contrato, paralelamente a los preceptos de voluntad creado por las partes.
- e) Una vez perfeccionado el contrato, éste debe cumplirse en sus términos, esto es, el contrato legalmente celebrado debe ser puntualmente cumplido (lo "legalmente" hacía referencia a que el contrato debe de cualquier forma, respetar el orden público y las buenas costumbres, pues ésta era una limitación a la autonomía de la voluntad reconocida por la propia ley, pero de ello no significaba que se proyectara a un segundo plano la facultad jurígena de la voluntad, que también era reconocida por el orden jurídico).
- f) El Estado no puede intervenir regulando al contrato, puesto que ello haría desaparecer el equilibrio habido entre iguales. Se adopta entonces la conocida filosofía estatal "*Laissez faire, laissez passer*" [«Dejad hacer, dejad pasar»]⁴⁰²
- g) El ordenamiento jurídico que se refiere al contrato sólo se encuentra compuesto de normas dispositivas, esto es, de aquéllas que tienen aplicación en los puntos específicos en que las partes han omitido expresar su voluntad. No se suple, sino se completa la voluntad inexpressada.
- h) Como la voluntad de las partes (voluntad común) se refirió a todo el contrato, éste se acepta o se repudia por completo. No caben por tanto las ineficacias parciales (nulidades parciales que sí existen en nuestro sistema jurídico).

⁴⁰² *Nuevo Pequeño Larousse Illustrado*. Larousse, Francia, 1950, p. 1034

- i) El principio de seguridad jurídica tuvo entonces mayor jerarquía que el de justicia contractual.

La autonomía de la voluntad, el dogma jurídico central de la filosofía libertaria trascendió a tal grado, que el Estado se limitó exclusivamente a elaborar los enunciados generales del tráfico contractual, sin tener mayor injerencia que la destinada a garantizar el cumplimiento de las obligaciones; por tanto, las normas imperativas fueron vituperadas por considerarse un fenómeno anormal en el campo civil,⁴⁰³ y las “consideraciones de «interés general», o del «bienestar común», era interpretada como un «sacrificio de la voluntad privada», quien advertía que otra, aunque de procedencia pública, se instalaba en su interior.”⁴⁰⁴

Sin embargo, al paso del tiempo, se comenzaron a observar las consecuencias prácticas negativas de la filosofía libertaria. Así, quedó demostrado una vez más que el ser humano difícilmente podía guardar voluntariamente un equilibrio dentro del amplísimo mundo de la libertad. En el devenir histórico, la complejidad de las relaciones humanas se comenzó a presentar como una constante, y como resultado de los lógicos pero hasta entonces imprevisibles abusos surgidos por el concepto de la libertad contractual y el excesivo alcance otorgado a la autonomía de la voluntad, el Estado comenzó a introducirse de manera más activa en dicho campo, regulando con mayor detalle al contrato y sus diversas especies, dando como resultado la incorporación de sus principios distintivos, así como de normas imperativas acordes con el orden público y la protección de individuos que no solo naturalmente eran desiguales, sino que también lo eran social o económicamente. Así, se reconoció el principio de igualdad aristotélico que consagra el *trato igual para iguales y desigual para desiguales*.⁴⁰⁵ La evolución del pensamiento jurídico trajo consigo el reconocimiento de límites a la libertad contractual. Posteriormente al reconocimiento positivo del principio de “*Pacta sunt servanda*” [«Los pactos han de observarse»,⁴⁰⁶ es decir, cumplirse], se trató de minimizar sus efectos al establecerse por el Derecho Canónico la máxima “*Rebus sic stantibus*” [«Estando las cosas así» ó «En tanto las cosas estén así»⁴⁰⁷], considerándose contrario al

⁴⁰³ Cfr. Stiglitz, Rubén S. *Op. cit.*, pp. 1 *et seq.*

⁴⁰⁴ *Ibidem*, p. 1.

⁴⁰⁵ Burgoa Orihuela, Ignacio. *Las Garantías ...*, p. 254.

⁴⁰⁶ Mans Puigarnau, Jaime M. *Op. cit.*, p. 97.

⁴⁰⁷ Encontramos dicha traducción en <http://www.faroljuridico.com.br/art-pactasunt.htm> en la parte que expresa: “*Rebus Sic Stantibus pode ser lido como «estando as coisas assim» ou*

pensamiento católico que un acreedor aprovechara las circunstancias supervenientes imprevisibles para obtener un lucro excesivo. Es de notarse que como acertadamente se ha señalado, en estos casos, el cumplimiento del contrato es posible, sólo que extremadamente oneroso, a tal grado, que el cumplimiento de las prestaciones debidas por parte del deudor, pueden dejar en la inopia a éste. Ahora bien, si el contrato es imposible de cumplir, éste se resolverá por dicha imposibilidad: *"Puede darse el caso de una imposibilidad absoluta de cumplimiento, pero en este caso el deudor queda liberado, porque a lo imposible nadie está obligado; [...] Pero la teoría de la imprevisión funciona cuando siendo posible el cumplimiento, origina la ruina del deudor, dado que para satisfacer la prestación tiene que hacer un sacrificio patrimonial desproporcionado en relación con el que hubiere hecho en situaciones normales; [...]"*⁴⁰⁸

La discusión entre la aplicación de uno u otro principio ha tenido, como en la mayoría de las teorías que se discuten entre los juristas, adeptos en una y otra postura, sin que exista por tanto una de ellas que destaque por argumentos completamente irrefutables, puesto que ambas teorías gozan de sólidas exposiciones, siendo esencialmente los más fuertes los que expresan que los contratos legalmente celebrados deben ser puntualmente cumplidos en todo sentido, es decir, en tiempo, lugar, forma o modo y sustancia,⁴⁰⁹ porque de lo contrario, si una de las partes pudiese acudir ante el juez para solicitar la modificación del contrato (disminuyendo la cantidad o cualidad de las prestaciones que debe), aplazar el cumplimiento hasta que se presenten condiciones lo más cercanas a las normales (o mejor dicho a las primigenias), que el juez decreta las compensaciones que estime más equitativas, o resolver un contrato aduciendo causas supervenientes que han transformado su cumplimiento en extremadamente oneroso para el deudor, dicho acto jurídico se volvería endeble y frágil, lo que es, desde luego, contrario a su naturaleza y finalidad dado que los contratos se celebran precisamente para cumplirse. El punto de vista contrario expresa que, aún y cuando un contrato se celebra con este fin (cumplimiento), esto no quiere decir que el cumplimiento debe verificarse ciegamente no debiéndose tomar en cuenta circunstancias que no pudiendo ser previsibles al momento de convenirse, modifiquen sensiblemente la relación contractual. Razones de la misma índole

«enquanto as coisas estão assim». Igualmente, el maestro Ernesto Gutiérrez y González expresa su significado en traducción libre, como *"si las cosas quedan en el mismo estado"* (*Op. cit.*, p. 460).

⁴⁰⁸ Rojina Villegas, Rafael. *Op. cit.*, Tomo V, Obligaciones I, p. 218.

⁴⁰⁹ Cfr. Rojina

(esenciales), permiten afirmar que la equidad y la buena fe deben reinar siempre en toda relación jurídica para así tener la medida exacta de la justicia, o en otras palabras, el justo medio; por ello no es contrario al Derecho Positivo que se pueda acudir ante el Juez para solicitarle lo establecido en líneas precedentes, pues evidentemente los motivos que originaron el interés de las partes para la celebración del acto señalado, ha dejado de tener operatividad, máxime para el deudor.

Como comentario y ante la riqueza de elementos de un problema como el que se diserta, personalmente nos inclinamos por la factibilidad de la aplicación de la Teoría de la Imprevisión,⁴¹⁰ cuyos postulados creemos, se encuentran insitos en los diversos preceptos del Código Civil. La Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya había reconocido, la posibilidad de la aplicación de dicha teoría, en la tesis siguiente:

Sexta Época

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: Cuarta Parte, XXIV

Página: 133

⁴¹⁰ Durante la elaboración del presente trabajo, el H. Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Juventino V. Castro y Castro, publicó el libro "*La Suprema Corte de Justicia ante la Ley Injusta. Un fulgo histórico respecto al llamado «anatocismo»*" (Porrúa, México, 1998), en ocasión de la resolución del máximo tribunal de justicia de la nación con respecto a la capitalización de intereses y otros temas trascendentales. En dicho libro, en el Título Cuarto, se expone el voto disidente del tema del mismo número, respecto a la Teoría de la Imprevisión, sustentado por los Ministros Juan Díaz Romero, Juan N. Silva Meza y Juventino V. Castro y Castro, formulado por el primero de los mencionados. Con gran beneplácito, al tener en nuestras manos tan valioso material, nos percatamos que gran parte de las ideas que desarrollamos en este trabajo, coincidieron con las que fueron sustentadas por tan egregio grupo de juristas en las discusiones relativas a la aprobación de las partes integrantes de aquella sentencia. Mencionamos lo anterior con toda la honestidad intelectual y el respeto que le debemos a dichos maestros integrantes de la Corte, y por tanto nos sometemos en todas nuestras consideraciones a lo que se expone en el citado libro como si nuestros comentarios hubiesen sido extraídos íntegramente de dicha obra; no obstante lo anterior, únicamente hacemos el señalamiento correspondiente a las partes de la citada obra que utilizamos para enriquecer y precisar nuestras reflexiones, con la exclusiva finalidad de dejar constancia de la factibilidad de aplicar dichos principios en nuestro sistema jurídico, máxime que como pudimos observar, es posible que otros estudiosos del derecho lleguen a la misma conclusión, es decir, que nuestro sistema legal sí permite la aplicación de la Teoría de la Imprevisión.

CONTRATOS A LARGO PLAZO. Cuando en los negocios de ejecución a largo plazo o de tracto sucesivo surgen en el intervalo acontecimientos extraordinarios que rompen el equilibrio entre los intereses de las partes, no está de acuerdo con la buena fe exigir el cumplimiento de las obligaciones con alcance que no pudo preverse, advirtiendo que debe tratarse de acontecimientos de cierta magnitud que no cabía tomar en cuenta razonablemente al formar el acto jurídico, ya que de lo contrario, faltaría una de las bases de la imprevisión y vendría a sufrir desmedro la estabilidad de los negocios.

Amparo directo 1863/58. José de la Luz Valdes. 26 de junio de 1959. Mayoría de 3 votos. Ponente: Manuel Rivera Silva. Disidentes: José López Lira y Gabriel García Rojas.

Se ha expresado que nuestro Código Civil consagra de manera absoluta el principio de que los contratos legalmente celebrados deben ser puntualmente cumplidos,⁴¹¹ es decir, que dicho ordenamiento jurídico no reconoce en general y de manera expresa en todo su cuerpo, a la imprevisión como una causa de resolución o modificación de los contratos.

El Código Civil establece:

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

De aquí se desprende precisamente, que las partes que celebraron un contrato, deben cumplir con lo que han pactado legalmente. Sin embargo se observa que en dicho texto también se hace referencia a que dichos contratantes deberán someterse a las propias consecuencias que del mismo se deriven,

⁴¹¹ Cfr. Gutiérrez y González, Ernesto. *Op. cit.*, p. 461.

incluyendo aquéllas que son conforme a la buena fe.⁴¹² Se ha expresado que "*Jure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiosem*" [«Es de equidad y de derecho natural, que nadie puede hacerse más rico con detrimento o injuria de otro»⁴¹³]; efectivamente puede expresarse que al sobrevenir un cambio de circunstancias también se afectará al acreedor en la misma medida que al deudor y por tanto la prestación que éste le debe a aquél nivelará precisamente el detrimento que también hubiere sufrido de no haber celebrado ese contrato. Sin embargo es justo que los beneficios que puedan obtenerse por la celebración de un contrato no deben sustentarse en oportunismos imprevisibles, sino en todo caso, si se presentan circunstancias inimaginables que alteren el equilibrio contractual, repartirse esos detrimentos entre las partes para guardar siempre la equivalencia de las prestaciones, la solidaridad y el bienestar social lo más que sea posible: finalmente ninguna de las partes perderá más allá que lo que provocó dicha circunstancia imprevisible.

Así entonces, nuestros ordenamientos jurídicos no son ajenos a ésta problemática según nuestra opinión y por lo tanto, no puede argumentarse que al existir una omisión legislativa que regule a la Teoría de la Imprevisión convirtiéndola en Derecho Positivo, no pueda entonces darse solución a los problemas que se presenten en la realidad histórica si no es por el camino del cumplimiento absoluto del contrato; de hecho, las leyes se configuran, se crean, sobre los principios de justicia y equidad: "[...] *los principios de justicia y equidad [...] se supone inspiran en todo caso la obra del legislador.*"⁴¹⁴ Dice Celso, en el

⁴¹² Trifonino expresa en el Proemio de la Ley 31, Título 3, *depositi vel contra*, del libro 16 del Digesto que "*Bona fides, quae in contractibus exigitur, aequitatem summam desiderat*" [«La buena fe que se exige en los contratos requiere suma equidad»] (Mans Puigarnau, Jaime M. *Op. cit.*, p. 176). Inferimos que la principio *Rebus sic stantibus* no es contrario al de *Pacta sunt servanda*, sino que aquél puede considerarse una excepción válida de éste, que se considera la regla reconocida en nuestro Código Civil, pudiendo aplicarse buscando el equilibrio de las prestaciones, bien modificando el contrato (disminuyendo la cantidad o cualidad de las prestaciones), aplazar el cumplimiento hasta que se presenten condiciones lo más cercana a las primigenias, decretando las compensaciones que estime más equitativas, o en casos extremos, resolver un contrato aduciendo causas supervenientes que han transformado su cumplimiento en extremadamente oneroso para el deudor, es decir, cuando han desaparecido completa y permanentemente las circunstancias dentro de las cuales se celebró el contrato.

⁴¹³ Cejudo y Ormaechea, Ignacio. *Op. cit.*, p. 62. La misma regla aparece en Mans Puigarnau, Jaime M. *Op. cit.*, p. 125, con la traducción [«Es justo, por derecho natural, que nadie se haga más rico con daño y perjuicio de otro»], cuya cita es de Pomponio, la cual se halla en el Digesto, Ley 206, Título 17 de *regulis iuris*, Libro 50.

⁴¹⁴ García Máynez, Eduardo. *Op. cit.*, p. 337.

Digesto, Proemio de la Ley I, Título I, *de iustitia et iure*, Libro I, "*Ius est ars boni et aequi*" [«El derecho es el arte de lo bueno y de lo justo»⁴¹⁵], lo que fue igualmente sustentado por San Isidoro en sus *Etymologías*, Canon 3, Ley 5, "*Ius est dictura, quia iustum est*" [«El derecho se llama así, porque es justo»⁴¹⁶]. Nuestra Constitución, expresa en el artículo 14, *in fine*, lo siguiente:

"ARTÍCULO 14.- [...]

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho."

Este texto se encuentra reproducido y ampliado por los artículos 18 que contempla el denominado postulado de la plenitud hermética del Derecho (que recuerda el Aforismo IX, del Capítulo III, Libro VIII, de la obra *De dignitate et augmentis Scientiarum* de Francis Bacon que expresa que "*Duplex legum incertitudo: altera ubi lex nulla praescribitur, altera ubi ambigua et obscura*" [«Doble es la incertidumbre de la ley: una, cuando nada prescribe, y otra, cuando es ambigua o dudosa»⁴¹⁷], y la solución a ese silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley se encuentra en el artículo 19, ambos del ordenamiento civil sustantivo, los cuales establecen:

"ARTÍCULO 18.- El silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia.

ARTÍCULO 19.- Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales de derecho."

Por lo tanto, aún y cuando la Teoría de la Imprevisión no se encuentre expresamente regulada en el Código Civil, los jueces deben aceptar y resolver las controversias que versen sobre dichas cuestiones. El delito de abuso de autoridad

⁴¹⁵ Mans Puigarnau, Jaime M. *Op. cit.*, p. 135.

⁴¹⁶ *Ibidem*, p. 136.

⁴¹⁷ *Ibidem*, p. 255.

por denegación de justicia previsto por el artículo 215, fracción IV, del Código Penal para el Distrito Federal garantiza el cumplimiento de dicha obligación, ya que establece la hipótesis a la que se le aplicará la sanción correspondiente, disponiendo que el servidor público que "estando encargado de administrar justicia, bajo cualquier pretexto, aunque sea el de obscuridad o silencio de la ley, se niegue injustificadamente a despachar un negocio pendiente ante él, dentro de los términos establecidos por la ley; [...]". Pues bien, a falta de ley aplicable, el citado artículo 19 del Código Civil exige al Juez que interprete a la misma: "*Lex interpretatione adiuvanda*" [*«La ley ha de ser ayudada por la interpretación»*⁴¹⁸], hecho lo cual deberá resolver lo conducente, aplicando incluso la interpretación extensiva o analogía (auto-integración que también pensamos, puede ser llamada homo-integración y que sigue las directrices señaladas por el legislador en un ordenamiento jurídico específico), cuya fuente de inspiración puede hallarse entre otros, en el Aforismo XX, del Capítulo III, Libro VIII, de la obra *De dignitate et augmentis Scientiarum* de Francis Bacon, que establece que "*Casus omissus habetur pro expresso, si similis fuerit ratio*" [*«el caso omitido se tiene por expresado si fuere análoga la razón»*⁴¹⁹], puesto que se emplean precisamente esos axiomas que se encuentran insitos en el cuerpo normativo civil, informándolo.⁴²⁰ No pasa desapercibido que dicha interpretación, como todas las que se realicen, tiene sus límites, ya que forzar la aplicación de los principios consagrados en el derecho positivo a casos concretos, so pretexto de auto-integración, puede ocasionar paradójicamente verdaderas injusticias, teniendo validez por tanto en este punto, los principios de Cicerón y Bacon citados con antelación en el presente

⁴¹⁸ Mans Puigarnau, Jaime M. *Op. cit.*, p.255

⁴¹⁹ *Ibidem*, p.425. Más conocido resulta el principio jurídico del Digesto, Libro I, Título III, Ley 12, que expresa "*Ubi eadem ratio, idem jus*" [*«A igual razón, igual derecho»*]. De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael. *Diccionario de Derecho*. Porrúa, México, 1992, p. 510. La analogía es un método de interpretación de las leyes positivas consideradas en sí mismas como de los Principios Generales del Derecho.

⁴²⁰ Analogía proviene del latín *análogia*, *a* (del griego *αναλογία*) y significa *proporción, relación, simetría, relación de semejanza* (Diccionario Latino - Español ..., Tomo I [A - J], p. 147). El método análogo de integración de la ley, debe ser utilizado con prudencia por no producir la certeza de que la solución aplicada fuese la que hubiere previsto el legislador y por otra parte, que por la integración por analogía parte de aplicar una disposición idéntica a supuestos que sólo son semejantes (*Cfr.* García Máñez, Eduardo. *Op. cit.*, p. 369); así, con gran precisión se expresó "*Analogia, siquidem praesumptionem tantum parit, non certitudinem*" [*«La analogía ciertamente engendra tan sólo presunción, no certidumbre»*] (Mans Puigarnau, *Op. cit.*, p. 94).

estudio con respecto a la injusticia,⁴²¹ ya que efectivamente "*Cesante ratiōne legis, cessa lex ipsa*" [«Si cesa la razón de la ley, cesa la propia ley»⁴²²]; finalmente, cuando la interpretación de la ley se ha agotado sin encontrarse una solución concreta y justa, el Código Civil faculta a los juzgadores para que apliquen los Principios Generales del Derecho⁴²³ en la prestación resolutoria correspondiente

⁴²¹ *Vid. Supra*, p. 45.

⁴²² Mans Puigarnau, Jaime M. *Op. cit.*, p. 286.

⁴²³ No existe con respecto a los Principios Generales del Derecho, opiniones homogéneas en cuanto a lo que debe entenderse por tales reglas. Así, se expresa que "*Para ciertos tratadistas, principios generales son los del derecho romano; algunos afirman que se trata de los universalmente admitidos por la ciencia, y otros, por último, los identifican con los del derecho justo o natural.*" (García Máynez, Eduardo. *Op. cit.*, p. 371). Por nuestra parte nos adherimos a la concepción de Jaime M. Mans Puigarnau (*Op. cit.*, pp. XXVII y XXVIII), quien sostiene que: "*Ni pueden ni limitarse a los de derecho natural o a los de la equidad, ni a los de un determinado sistema de derecho positivo, ni a los del derecho doctrinal o científico; sino que, por el contrario, los principios generales del derecho abarcan o comprenden todos aquellos conceptos fundamentales y preceptos básicos y elementales que inspiran la conciencia y el sentido jurídicos (principios de derecho y equidad naturales), y que informan el sistema de normas que regulan las instituciones (principios sistemáticos de derecho positivo) o la construcción doctrinal o teórica de las normas (principios de la ciencia del derecho), y que rigen la realización práctica de unas y otras (reglas del arte del derecho o reglas técnicas jurídicas).*" Desde luego, esos Principios Generales del Derecho que se aplican supletoriamente, son aquéllos que no se encuentran expresos en nuestra legislación a través de las normas positivas, sino los que se escaparon al legislador a quien no se le pueden exigir facultades de prospección irracionales, pero que, por previsión prudente de éste y por su propia disposición, es deber del juzgador aplicarlo, tal y como aquél lo hubiese querido transformándolo en norma positiva, si lo hubiese tenido en mente. En esta labor de aplicación de dichas reglas, queda incluido el estudio del las máximas contenidas en el *Corpus Iuris Civilis* (Derecho Romano) observando la evolución que los mismos tuvieron en su estudio y reinterpretación, en donde se reforzaron, completaron o enmendaron, (período de los Glosadores y Post-Glosadores, v. gr.), y que han tenido gran influencia en nuestro sistema jurídico como en muchos otros más, que forman parte a su vez del sistema romanista (cfr. Margadant S., Guillermo Floris. *Derecho Romano*, Esfinge, México, 1970, p. 12), así como los que se hayan dentro del *Corpus Iuris Canonici*. Muchas de las máximas contenidas en éstas compilaciones jurídicas son el espíritu de nuestra legislación positiva, como se ha demostrado con su constante cita en el presente estudio al lado de los preceptos jurídicos correlativos; así queda manifiesta su universalidad y sus elementos inmutables (Derecho Natural). Además su consulta, traduce el análisis del *principio*, de la creación del Derecho mismo. Allí entonces se encuentran los pensamientos generales, puros, abstractos y consistentes de su sustentación, pensamientos que han resistido el paso de los siglos, por ser intrínsecamente justos. A ellos es necesario recurrir cuando se busca comprender cabalmente la razón de la existencia misma de alguna institución, pues como sustenta Federico Ferro Gay y Jorge Benavides Lee en "*De la Sabiduría de los Romanos*" (UNAM, México, 1999, p. 10): "*Toda institución e ideología humanas deben resumirse a veces en las aguas de sus fuentes originales para cobrar nueva*

(sentencia), cuyos postulados pueden tener una función heterointegrativa, incluso, si la integración se realiza de un ordenamiento jurídico a otro dentro de un mismo sistema jurídico. Debe aplicarse entonces la equidad,⁴²⁴ porque precisamente "*Ubi leges non suffecerint, ad naturalem sensum vel aequitatem recurratur*" [«Cuando las leyes sean insuficientes, deberá recurrirse a la razón natural y a la equidad»⁴²⁵ como se sostiene en el párrafo 5, Ley 2, Título 3, Libro 39, del Digesto], puesto que como ya se ha expresado en la Ley 13, Título 5, Libro 22, del Digesto, tratándose de los jueces, "*Aequitas religio iudicantis*" [«La equidad es la religión del juzgador»⁴²⁶], en virtud de que "*Ius semper quaerendum est aequabile, neque enim aliter ius esset*" [«En derecho hay que buscar siempre la equidad, pues de otro modo no sería derecho»⁴²⁷]. Así, el ordenamiento sustantivo civil establece:

"ARTÍCULO 20.- Cuando haya conflicto de derechos, a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia se decidirá a favor del que trate de evitarse perjuicios y no a favor del que pretenda obtener lucro. Si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie, se decidirá observando la mayor igualdad posible entre los interesados."

fuerza, reflexionando sobre los principios, ideas y motivos que les han dado vida, y no tener así la excusa de falsear las propias finalidades so pretexto de un ilusorio progreso." Por otra parte, ningún riesgo esencial se corre al analizarlos y aplicarlos, ya que por la razón de que los mismos son axiomas que buscan la esencia de las instituciones jurídicas, difícilmente el juez los aplicará concretando imitaciones extra-lógicas, pues la justicia y la equidad son conceptos comunes a muchas legislaciones o sistemas jurídicos afines, que varían la mayoría de las veces sólo en aspectos meramente circunstanciales.

⁴²⁴ *Equidad* proviene del latín *aequitas, ātis*, que significa equilibrio moral, espíritu de justicia, justicia, rectitud. A su vez *aequitas* proviene del latín *aequus, a, um*, seguramente relacionado con el griego *εἰκό*, cuya acepción es "semejante" (Diccionario Latino - Español ..., Tomo I [A - J], pp. 98 y 99). Así, sea que se sostenga que la equidad es un principio general de derecho, el primero de ellos o el supremo que sirve de base a los demás, puesto que en el fondo de las disposiciones de derecho positivo se encuentra el anhelo de sus autores sobre la creación de preceptos justos (García Máynez, Eduardo. *Op. cit.*, p. 377), o que se le considere como el principio absoluto del Derecho que ilumina sin excepción a todo precepto contenido en la ley (Azúa Reyes, Sergio T. *Los Principios Generales del Derecho*. Porrúa, México, 1998, p. 169), su aplicación es la justa y perseguida.

⁴²⁵ Mans Puigarnau, Jaime M. *Op. cit.*, p. 175.

⁴²⁶ *Ibidem*, p. 174.

⁴²⁷ *Loc. cit.*, principio que es aplicable en todo aspecto del Derecho, desde su creación, hasta en su aplicación en la solución de controversias cuya solución no ha sido expresada.

Se buscará la mayor equivalencia de las prestaciones cuando falte un texto legal aplicable a la solución de una controversia, y ello fue determinado así, en razón a que en las disposiciones jurídicas expresas yace el mismo espíritu justo consagrado de manera expresa; son las directrices trazadas por el legislador, que se conservan aún a falta de preceptos legales.

¿Afecta entonces, la aplicación de los Principios Generales del Derecho en relación a la Teoría de la Imprevisión, la seguridad jurídica? Pensamos que no, ya que la posibilidad de aplicar dicho principios a casos no contemplados en las leyes, proporcionan precisamente, certeza y seguridad jurídica. La seguridad jurídica ha sido definida como *"el conjunto de condiciones sociales de carácter jurídico que garantizan la situación personal de cada uno de los miembros de la comunidad [...]"*⁴²⁸ En cambio se expresa que la certeza jurídica *"tiene un carácter subjetivo, pues es un dato que en el fondo se reduce a un conocimiento: el saber a qué atenerse."*⁴²⁹ La omisión legislativa en lo relativo a la solución de determinado problema jurídico, traería como consecuencia la carencia de ambas situaciones lo cual no es aceptable. Consientes de ningún hombre puede prever absolutamente todas las soluciones a los problemas que surgen en la realidad histórica, el propio Poder Legislativo proporcionó un medio para arrancar de la incertidumbre las controversias civiles que no encontrasen apoyo expreso en las leyes de la materia, esto es, la aplicación de los Principios Generales del Derecho; de esta guisa, las omisiones legislativas son aparentes dada la hetero-integración que puede utilizarse para colmarlas. Por ello, al conocerse e indagarse en los Principios Generales del Derecho que deben aplicarse ante la omisión legislativa, se llega a la certeza, y por este camino finalmente se llega a la seguridad jurídica, ya que el conocimiento subjetivo de la situación a que un individuo se debe atener deberá ser garantizado por el Estado. De no integrar la ley en este sentido, lo que habría sería precisamente incertidumbre e inseguridad jurídicas. Por otra parte, la seguridad jurídica y en especial la contractual, en ningún sentido, excluye a una de las partes de su protección, pues como acertadamente se ha sostenido *"La seguridad jurídica constituye un derecho público subjetivo reconocido por la Constitución, y un valor jurídico que prevalece en los negocios jurídicos [...], en esta materia, es importante garantizar la seguridad contractual, pero no la de una sola parte, sino la de todos los contratantes. Sería contrario a tal principio pretender velar por la seguridad del acreedor, a costa del sacrificio de la seguridad del deudor; ambas*

⁴²⁸ Preciado Hernández, Rafael. *Lecciones de Filosofía del Derecho*. UNAM, México, 1986, p. 227.

⁴²⁹ *Loc. cit.*

*partes aspiran y requieren de seguridad contractual, en tanto que no es privativa de una de ellas.*⁴³⁰

Así se ha venido observando que la propia autonomía de la voluntad tiene límites que ya le son inherentes y por tanto, se le ha restado ese pretendido valor absoluto que se le atribuyó en épocas pasadas: *“Actualmente el principio de autonomía de la voluntad no ha desaparecido sino que sigue siendo la base del derecho moderno en materia de contratos, pero esa autonomía está ya considerablemente debilitada, pues cada vez la ley impone mayor número de limitaciones a la libertad contractual bajo una doble influencia: la dependencia material, cada día más estrecha del individuo con relación al medio en que vive, el sentimiento más claro de que ninguna sociedad puede quedar indiferente a los fines perseguidos por los contratantes y que debe velar por el mantenimiento de cierto grado de justicia, distributiva y conmutativa.”*⁴³¹ Lo anterior se corrobora también al observarse que el perfeccionamiento de los contratos no es consensual completamente como lo recitaba la filosofía libertaria y como se expresa en el citado artículo 1796 del Código Civil, sino que por el contrario, la mayoría de los contratos que regula éste, se perfeccionan cuando se satisfacen los formalismos que el mismo señala: *“Si bien de la exposición de motivos del Código y del contenido de los artículos antes transcritos (1796 y 1832), se podrá concluir que la regla en materia de formalismos es la libertad de forma o consensualismo, sin embargo, en materia de contratación el Código deroga el principio al establecer formalidades para casi todos los contratos.”*⁴³²

Por otra parte, el propio Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, establece el plazo de gracia para el cumplimiento de las obligaciones, con lo cual, desde nuestro punto de vista, se reconoce cierto grado de aplicación de uno de los postulados de la Teoría de la Imprevisión, a saber, el aplazamiento del cumplimiento (que bien puede ser de un contrato), y que si bien no se realiza para otorgar la oportunidad de que se presenten condiciones favorables para el deudor, si se realiza con la finalidad de facilitarle el otorgamiento de la prestación debida. Así el artículo 404 del citado ordenamiento adjetivo expresa:

“ARTÍCULO 404.- El allanamiento judicial expreso que afecte a toda la demanda, produce el efecto de obligar al juez a

⁴³⁰ Castro y Castro, Juventino V. *Op. cit.*, p. 84.

⁴³¹ Borja Soriano, Manuel. *Op. cit.*, Tomo I, pp. 143 y 144.

⁴³² Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. *Op. cit.*, pp. 80 y 81.

otorgar en la sentencia un plazo de gracia al deudor después de efectuado el secuestro y a reducir las costas."

Como se observa, la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad no es, ciertamente absoluta, puesto que se le han atribuido limitaciones con el devenir de los tiempos, precisando sus alcances y a fin de que dicho principio no constituya un medio apartado del Derecho que posibilite apartarse de él.

El pacto comisorio es una institución que muestra el poder de la voluntad de las personas al celebrar un contrato sinalagmático y la libertad inherente a dicha contratación, sin que ello importe la negación del orden, ni una renuncia (imposible además por ser un derecho subjetivo público), del derecho de acción en caso de controversia contractual. El pacto comisorio es una solución adelantada, espontánea, voluntaria y económica de los problemas que pueden surgir en virtud del incumplimiento del contrato bilateral; es solución prevista, pero cuyos presupuestos no son deseados desde luego por los contratantes, puesto que la celebración de un contrato lleva la finalidad de su debida cumplimentación. La estipulación de dicha figura no prejuzga sobre la primigenia intención de éstos sobre el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones contraídas en dicho acto jurídico, es decir, no constituye un anuncio presagiado de inobservancia, ya que como se ha visto, los efectos jurídicos de la rescisión no son fútiles en ningún sentido: los efectos liberatorio, extintivo de obligaciones, indemnizatorio y restitutivo, evidencian la trascendencia, importancia y efectividad del pacto comisorio; vivifica de igual manera, la protección equitativa de la que gozan las personas que celebran un contrato bilateral o sinalagmático, ya que el texto del artículo 1949, dispone que se faculta a ambos contratantes para que, en caso de incumplimiento, la parte afectada pueda ejercer los derechos que el mismo consigna a su favor.

Ahora bien, el Código Civil presupone su estipulación aún y cuando no se exprese en el cuerpo del contrato. Observando los abusos que surgieron a lo largo de la historia como consecuencia de la obcecada visión de la autonomía de la voluntad como un supremo poder cuyos límites eran exigüos y sus efectos permanentes, la intervención estatal se impuso por necesidad y justicia. Como se estudió en el capítulo anterior, dos especies de pacto comisorio se encuentran prohibidas en nuestro Código Civil por las situaciones excesivamente gravosas que pueden generarse en dichos contratos: el pacto comisorio en el contrato de prenda y

el pacto comisorio en el contrato de hipoteca.⁴³³ En lo que respecta al pacto comisorio contenido en el artículo 1949 del Código Civil, se garantizó su operatividad con o sin estipulación de las partes en un contrato bilateral y al verificarse su incumplimiento por una de ellas, precisamente para no mantener en la incertidumbre al contratante-acreedor perjudicado con las inminentes repercusiones patrimoniales que acarrea la inobservancia de un acto jurídico como el que se estudia.

Cabe aquí hacerse un cuestionamiento, ¿puede ser derogado el pacto comisorio por la voluntad de las partes? Es decir, al ser una cláusula natural de todos los contratos, ¿puede ser modificada en su contenido por una cláusula accidental cuyo acuerdo se base en la autonomía de la voluntad? Se ha expresado que en Derecho Positivo Mexicano, debe ser aceptada la renuncia de dicha cláusula⁴³⁴. Sin embargo nos manifestamos por el sentido contrario. Como se ha observado, el contrato tiene límites extrínsecos (el orden público y las buenas costumbres), intrínsecos (la justicia y la equidad), y conceptuales (la voluntad de las partes no puede desnaturalizar a dicho acto jurídico).⁴³⁵ Como se sabe, no existen reglas absolutas y perpetuas en el campo jurídico por ser el Derecho una ciencia social, y éste se transforma con el devenir de los tiempos, adecuándose a las necesidades de un espacio y tiempo determinados, de acuerdo a la evolución o incluso la involución de la sociedad; es por ello que aún y cuando cierto sector doctrina estima que una norma dispositiva (cláusula natural) puede ser dotada por la voluntad de los particulares de un contenido modificado y aún contrario a su texto (cláusula accidental), ello no acontece en relación con el pacto comisorio, en atención a las siguientes razones:

- a) Si se aceptara la renuncia anticipada de ambos contratantes del derecho a la rescisión, se colocaría en un estado de incertidumbre el cumplimiento del contrato. Renunciado al ejercicio del derecho de rescindir el contrato, en caso de incumplimiento se contemplaría exclusivamente desde luego, la posibilidad de demandar judicialmente el cumplimiento forzoso de la obligación u obligaciones corresponsivas con la inseguridad de que dicho cumplimiento sea posible. Si el cumplimiento es imposible por que la

⁴³³ *Vid. Supra*, pp. 42 y 43.

⁴³⁴ Sánchez Medal Urquiza, José Ramón. *Resolución de los Contratos por Incumplimiento*. Porrúa, México, 1998, p. 134 *et seq.*, y Ortiz Urquidí, Raúl. *Derecho Civil*. Porrúa, México, 3ª edición, 1986, p. 524.

⁴³⁵ O'Callaghan Muñoz, Xavier. *Op. cit.*, pp. 237-241.

cosa haya sido destruida total o parcialmente por caso fortuito o por destrucción malintencionada del deudor, no se podrá acudir a la rescisión en razón a la renuncia anticipada del ejercicio de dicho derecho. Ello traería como consecuencia entonces que el acreedor se viese privado de los derechos que son efecto o consecuencia de la rescisión (efectos liberatorio, extintivo de obligaciones y restitutivo), afectándose incluso el efecto indemnizatorio que es irrenunciable de acuerdo a los aforismos jurídicos que señalan que "*Conventio ne quis teneatur de dolo, non valet*" [«Es nulo el pacto de que uno no deba responder por dolo»⁴³⁶], atribuido a Acursio, que también fue acuñado con la frase "*Non potest effici per pactum, ut dolus non praestetur*" [«No puede establecer por pacto que no se responda por dolo»⁴³⁷], los cuales recoge y consagra el artículo 2106 del Código Civil para el Distrito Federal, tratándose de incumplimiento doloso, aún y cuando el artículo 2117 establezca la posibilidad de regulación convencional de la responsabilidad civil; el derecho de exigir dicha responsabilidad quedaría nugatorio. Dichos artículos establecen:

"ARTÍCULO 2106.- La responsabilidad procedente de dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de hacerla efectiva es nula."

"ARTÍCULO 2117.- La responsabilidad civil puede ser regulada por convenio de las partes, salvo aquéllos casos que la ley disponga expresamente otra cosa."

[...]"

En otras palabras, dicha renuncia colocaría en un estado acrático a la parte cumplidora del contrato, la cual al no poder ejecutar el cumplimiento forzoso y no poder rescindir el contrato, quedaría en un estado de indeterminación jurídica; en igual situación se colocaría a la indemnización por daños y perjuicios, pues también incluso el acreedor podría no obtenerlos si el deudor careciera de bienes para lograr, tanto ese cumplimiento como la indemnización. Tampoco podría considerarse dicha renuncia como una oportunidad para el incumplidor de otorgar las prestaciones debidas después de haber incurrido en mora, dado que podría

⁴³⁶ Maus Puigarnau, Jaime M. *Op. cit.*, p. 157.

⁴³⁷ *Loc. cit.*

seguir conservando el incumplimiento al socaire de la renuncia señalada hasta en tanto no se le demande el cumplimiento forzoso.

- b) Si se aceptara la posibilidad de renunciar anticipadamente al ejercicio del cumplimiento forzoso, evidentemente se prejuza sobre el cumplimiento voluntario, es decir, se anunciaría de antemano un desenlace incierto sobre la satisfacción de las necesidades que se busca cubrir con las prestaciones a recibir, lo que le restaría seriedad y compromiso con lo convenido, con independencia del derecho del acreedor para reclamar la indemnización por los daños y perjuicios que se hubieren causado. La renuncia al cumplimiento forzoso, se traduciría entonces al sometimiento de la satisfacción de las necesidades a posibles nugatoriedades, perdiendo el contrato certeza y seguridad.

En ambos casos, al verificarse el cumplimiento por parte de uno de los contratantes (uno de los presupuestos para la verificación del pacto comisorio y también del derecho a exigir el cumplimiento forzoso), se contravendría por tanto lo dispuesto por el artículo 1797 del Código Civil para el Distrito Federal vigente, el cual establece que:

"ARTÍCULO 1797.- La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes."

En ambos casos, evidentemente nos referimos a la circunstancia de aprovechamiento de la existencia de esas estipulaciones de renuncia, sin haber tenido desde luego la intención de no cumplir desde el momento mismo de la contratación, puesto que de verificarse así, el contrato estaría afectado de nulidad, por el error en que se hubiere inducido al otro contratante.

Por lo tanto no es aceptable señalar que en base a la autonomía de la voluntad las partes puedan dotar de un contenido contrario lo dispuesto por el artículo 1949 del Código Civil en estudio, puesto que, por lo que hace al pacto comisorio, éste es además una institución creada para la protección del acreedor que ha cumplido con el otorgamiento de las prestaciones debidas a su cargo; además aceptar que la voluntad de los particulares posea tal poder para modificar o dotar de contenido contrario lo establecido por el cuerpo sustantivo, llevaría a complicar sin razón alguna el tráfico contractual así como tolerar la creación de

maquinaciones por parte de los contratantes tendientes a obtener provechos y ventajas indebidos, tendientes a cumplir o no cumplir con el contrato, de acuerdo al particular interés y en perjuicio de la otra parte. Se ha manifestado que "las normas que regulan los contratos, y cada tipo de contrato, no son dadas para auxilio de descuidados o desmemoriados, supletorias o adivinatorias de sus voluntades, sino que manifiestan [sic] la regulación normal y que, por tanto, tienen un cierto carácter imperativo; son preceptos en los que el legislador ha ponderado cuidadosamente la situación normal de los intereses de las partes, tienen una función «función ordenadora», por lo que no pueden ser desplazados sin una razón suficiente."⁴³⁸

Cuestión distinta a la renuncia anticipada vista anteriormente lo es renuncia tácita o entendida que se presenta al momento de ejercitar alguno de los derechos que consigna el multirreferido artículo 1949. Como se analizó al tratar los derechos que nacen al operar el pacto comisorio según lo dispuesto por el citado numeral del Código Civil para el Distrito Federal, una de las facultades que se otorga al contratante cumplidor es el llamado derecho de opción que se encuentra en ese artículo en su segundo párrafo, y que consiste en que la parte perjudicada por el incumplimiento de las obligaciones recíprocas (contrato), por parte del otro contratante, puede optar (*facultas optandi* o derecho potestativo para el ejercicio de los derechos subjetivos), entre el exigir el cumplimiento de la prestación omitida o la resolución (rescisión) del contrato más el pago de daños y perjuicios en ambos casos; y además establece que también podrá solicitarse la resolución aún después de haber optado por el cumplimiento, siempre y cuando éste resultare imposible de realizarse.⁴³⁹ El ejercicio de uno y otro derecho, evidentemente implica la renuncia

⁴³⁸ Castro y Bravo, Federico. *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*. 2ª edición, Civitas, Madrid, 1985, p. 80.

⁴³⁹ Que el cumplimiento que señala el artículo 1949 del Código Civil para el Distrito Federal sea imposible, se refiere lógicamente no a una situación imprevisible y por tanto inevitable o previsible pero inevitable, es decir, una determinada situación que puede presentarse, ajena a la voluntad del deudor, sino a la imposibilidad de incumplimiento en que éste se haya colocado por su voluntad, después de la celebración del contrato, situación que dicho deudor haya previsto y no la haya evitado estando en posibilidad de hacerlo; si dicho deudor conociere con antelación la imposibilidad del cumplimiento de la o las prestaciones a que se ha comprometido, podría ejercitarse la acción de nulidad por configurarse el contrato con un vicio del consentimiento (error) producido por dolo (artificio o maquinación para hacer incurrir al co-contratante en el error) o mala fe (disimulación del error una vez conocido por uno de los contratantes), que podría incluso ser constitutivo del delito de fraude, si para la celebración del contrato bilateral engañó o aprovechó el error (falso conocimiento de la realidad), en que se encontraba el co-contratante,

tácita del otro y ello responde a la teleología de cada acción. La acción rescisoria implica la existencia del interés de la parte perjudicada de que la relación jurídica se extinga por la falta del cumplimiento del deudor y también por el interés en quedar liberada de sus obligaciones. El cumplimiento forzoso por el contrario implica el interés del contratante perjudicado, en que se otorguen íntegramente las prestaciones debidas por el incumplidor. De ahí que resulten contradictorias las acciones de cumplimiento forzoso y de rescisión, pues ejercida una debe entenderse renunciada la otra. De la misma manera resultará contradictorio promover la acción pro forma (que lleva imbitito el cumplimiento del contrato), de manera simultánea a la acción de rescisión; finalmente resultará absurdo promover la acción de otorgamiento del contrato si previamente se ha ejercitado y ha procedido la acción de rescisión, puesto que no puede exigirse la formalización de un contrato extinto. Pero si se ejerce el cumplimiento forzoso del contrato y éste resulta imposible, el artículo 1949 establece la posibilidad de ejercer la rescisión del mismo, puesto que por justicia, al observarse la insatisfacción del cumplimiento de la prestación debida, es ilógico tener ligadas a las partes contratantes, y más aún cuando precisamente la parte cumplidora ve frustrada la satisfacción de sus necesidades. En ese sentido podría afirmarse que la renuncia a la acción de cumplimiento está condicionada *ope legis*, es decir, por ministerio de ley, y por ello no surtirá sus efectos totalmente hasta en tanto proceda la acción y se tenga por tanto conocimiento de la posibilidad o imposibilidad del cumplimiento de las prestaciones contractuales no otorgadas por el deudor, y ello es así, porque no podría renacer lo extinto. Inversamente, no es posible en nuestro sistema jurídico demandar el cumplimiento forzoso después de demandar la rescisión, puesto que evidentemente ha desaparecido la relación contractual por virtud de la acción rescisoria, es decir, no existe ya un contrato del cual se pueda exigir su cumplimiento, aún forzoso, ya que "[...] *no se podrá pedir el cumplimiento de lo que por su sola voluntad (del contratante perjudicado) terminó y ya no existe.*"⁴⁴⁰

para alcanzar un lucro ilegítimo (la contraprestación obtenida). En un contrato bilateral de prestaciones de cumplimiento alterno puede existir la posibilidad de ejercitar el derecho de rescisión (si no es posible saber el elemento subjetivo que consiste en el conocimiento de antemano, de la imposibilidad de cumplimiento de las prestaciones de mérito), o la acción de nulidad, sin la verificación del delito de fraude por parte del deudor, quien al incumplir sin obtener la contraprestación, no logra un lucro, impidiendo con ello considerar dicha conducta como típica penal).

⁴⁴⁰ Gutiérrez y González, Ernesto. *Op. cit.*, p. 665. Lo escrito entre paréntesis es nuestro.

Sin embargo, creemos que sí puede ampliarse el contenido de dicho pacto sin que ello implique una modificación, al convenirse en un contrato que determinadas obligaciones importantes para una de las partes, sean dotadas de la misma sanción de rescisión en caso de su incumplimiento, es decir, que las partes señalen qué obligaciones puedan ser consideradas según sus intereses como obligaciones recíprocas, es decir, interdependientes. Nos referimos desde luego, a obligaciones que sean trascendentales de acuerdo al tipo contractual que se actualice o a los contratos innominados creados en base a ese principio de la autonomía de la voluntad con obligaciones recíprocas, y no a meros caprichos y ligerezas de las partes que sean consideradas obligaciones y por cuyo incumplimiento se pretenda hacer valer la rescisión. Con ello se respeta plenamente el contenido del artículo 6º del Código Civil, el cual establece:

“ARTÍCULO 6º.- La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla ni modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero.”

Visto lo anterior, puede afirmarse categóricamente que el pacto comisorio no es renunciable en ningún caso, aún y cuando lo dispuesto por el artículo citado no se considere dentro de la categoría de normas de orden público. De tal manera que la voluntad de los particulares encuentra aquí otra limitante, observándose la intervención Estatal para la protección del contratante cumplidor. Por lo anterior se concluye necesariamente que el pacto comisorio es una institución que no puede ser materia de convención distinta a la que establece el Código Civil para el Distrito Federal, debiéndose tener por inmutable y presente en cualquier contrato sinalagmático, fuera del alcance de la autonomía de la voluntad.

1.1. EL CONTRATO COMO NORMA JURÍDICA.

Expresa el maestro Rafael Rojina Villegas, basándose en Hans Kelsen, que el contrato debe ser estudiado como acto jurídico y como norma jurídica puesto uno y otro punto de vista *“son necesarios para poder lograr una teoría general del contrato, en virtud de que si sólo lo analizamos como un acto jurídico, principalmente estudiaremos su formación, es decir, sus elementos esenciales y de validez, pero dejaremos sin examen un conjunto de problemas que solamente pueden plantearse si se considera al contrato como una norma jurídica ya*

constituida.”⁴⁴¹ El poder jurígeno de la voluntad ha sido reconocido por nuestra legislación civil, no obstante que como se ha observado, dicho poder se encuentra delimitado convenientemente a fin de procurar, en la medida de lo posible, que sea usado convenientemente y evitar en consecuencia las injusticias que una práctica sin valladares, de libertad absoluta que por esencia es lesiva e inconcebible, pueda acarrear. Pero no obstante las limitaciones señaladas, la fuerza y eficacia de las voluntades concurrentes en un contrato sigue conservando un amplio campo de aplicación debido al poder que tiene reconocido y su utilidad en el tráfico jurídico. Así entonces, algunos doctrinarios han reconocido y aceptado que el contrato, debe ser considerado también como una norma jurídica, en virtud de que al manifestarse el consentimiento para actualizar un determinado tipo contractual o crear uno nuevo (contratos innominados), se crean obligaciones y derechos concretos entre las partes, los cuales no existían hasta antes de la celebración de ese acto jurídico, si bien la legislación contempla un catálogo de tipos contractuales. Es decir, los preceptos jurídicos contractuales contenidas en el Código Civil, son disposiciones abstractas, sin vida propia, que requieren el concurso de voluntades (consentimiento), para nacer concretamente en una relación jurídica, o bien, también se necesita dicho concurso para la creación de un contrato innominado. Precisamente es en este último acto, donde se puede apreciar mayormente el poder creador de la voluntad, pues en esta especie de contrato, las partes le otorgan el contenido que requieren en dicho acto para la satisfacción de sus necesidades, respetando, en todo caso, las disposiciones generales que le son aplicables por ministerio de ley para la procuración de un sano equilibrio contractual. Así entonces *“Las partes pueden seguir alguno de los caminos previstos y regulados por la ley (contratos nominados o típicos), en cuyo caso, la función de la voluntad privada es determinar la actuación concreta del mandato legal; pero también pueden concluir contratos que no tuvieran una regulación expresa en la ley (contratos innominados o atípicos), y es, en este caso, donde se ve más claramente la función «normativa» de la autonomía privada.”*⁴⁴²

Sin embargo, la obligatoriedad del contrato es el efecto inmediato del poder jurígeno de la voluntad, causa inmediata que de manera aislada no explica dicha la obligatoriedad. La fundamentación de ésta es una causa mediata pero esencial, se encuentra precisamente en el derecho objetivo, el cual reconoce y concede la facultad a las personas de crear normas jurídicas individualizadas para la

⁴⁴¹ Rojina Villegas, Rafael. *Op. cit.*, Tomo V, Obligaciones I, p. 183.

⁴⁴² Trabucchi, Alberto. *Op. cit.* (Tomo II, Obligaciones, Contratos, Sucesiones), p. 165.

satisfacción de sus necesidades, de la mejor manera que a éstas convenga, siempre que se respeten los principios y limitaciones insitos en ese sistema: "El contrato obliga porque es una norma contractual elaborada de acuerdo con el sistema vigente en un momento dado."⁴⁴³ El reconocimiento de esa facultad concedida por la ley, fue observada ya con antelación, y ello se desprende de locuciones atribuidas a Ulpiano que se encuentran en la Ley 23, Título 17, de *regulis iuris*, Libro 50, del Digesto, las cuales expresan que "Conventio legem contractiu dedit" [«La convención dio la ley al contrato»],⁴⁴⁴ y "Legem contractus dedit" [«El contrato dio la ley»],⁴⁴⁵ pensamiento que fue retomado en el Capítulo 85, final del Título 12, de *regulis iuris*, Libro 5º, del Sexto o colección de Decretales de Bonifacio VIII, en donde se expresa que "Contractus ex conventione legem accipere dignoscuntur" [«Los contratos se caracterizan por recibir su ley de la convención»].⁴⁴⁶ Por ello también se ha expresado que "El negocio jurídico es un acto creador de Derecho, es fuente formal secundaria y subsidiaria de la ley."⁴⁴⁷

Considerado que fue entonces el contrato como norma jurídica, se expresó que los contratos legalmente celebrados deben ser puntualmente cumplidos, porque en los contratos la voluntad es la ley suprema de las partes. El principio se encuentra reconocido en el artículo 1796 de nuestro Código Civil ya citado anteriormente en donde precisamente se establece que desde que un contrato se perfecciona obliga "a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley."⁴⁴⁸

Sin embargo existen diferencias graduales entre el contrato considerado como norma jurídica y el mandato legal proporcionado e impuesto por el Estado. Si bien dicho acto jurídico puede considerarse como norma, ya que los contratantes deben cumplir las prestaciones a las que se han obligado por el poder jurígeno otorgado a la voluntad por dicho ente soberano, esta norma contractual se encuentra delimitada y diferenciada en grado de las normas jurídicas generales, y así se ha expresado que "La eficacia de las normas privadas se distingue de la eficacia del

⁴⁴³ Rojina Villegas, Rafael. *Op. cit.*, Tomo V, Obligaciones 1, p. 216.

⁴⁴⁴ Mans Puigarnau, Jaime M. *Op. cit.*, p. 96.

⁴⁴⁵ *Loc. cit.*

⁴⁴⁶ *Ibidem*, p. 97.

⁴⁴⁷ Villoro Toranzo, Miguel. *Introducción al Estudio del Derecho*. 10ª Edición, Porrúa, México, 1993, p. 365.

⁴⁴⁸ *Vid. Supra*, p.

*mandato legal, porque tiene un valor subordinado, se limita a las partes contratantes y se trata de un mandato concreto (precepto, y no «norma abstracta»).*⁴⁴⁹ La norma surgida por virtud de la celebración de un contrato, cuenta efectivamente con los cuatro ámbitos de aplicación de las normas jurídicas generales, a saber, el material, el espacial, el temporal y el personal, pero tiene, en razón a su subcategoría de norma jurídica particular, diferencias en cuanto a la operatividad de las mismas.

Así se expresa que dentro del ámbito material, las partes *“son libres para crear derechos y obligaciones siempre y cuando procedan lícitamente (es decir, sin violar normas de orden público o buenas costumbres), y, además, se propongan un objeto posible.”*⁴⁵⁰ Así se encuentra fuera de la esfera contractual (limitación a la autonomía de la voluntad), cuestiones relativas al estado civil de las personas, v. gr. el matrimonio cuya validez no puede ser determinada por los particulares, o a los derechos políticos, como la ciudadanía, la cual no puede ser renunciada en un contrato con otro particular. Por lo tanto, cabe aquí hacer la reiteración de que sólo un contrato plenamente válido y existente puede ser rescindido, sin que afecte a esta regla general la posibilidad de rescindir un contrato que pueda a su vez ser declarado nulo, puesto que como lo disponen los artículos 2226 y 2227 del Código Civil para el Distrito Federal, los actos que se encuentran afectados de nulidad pueden generar efectos, sea porque los produzcan por regla general (nulidad absoluta), o que los produzcan siempre (nulidad relativa). La Suprema Corte de Justicia estableció precisamente que sólo son rescindibles aquéllos contratos (bilaterales, desde luego), que son válidos. Más adelante exponemos las diferencias entre la rescisión y la nulidad, mismas que permiten sustentar el anterior criterio, sin embargo, cabe señalar aquí que, como ha sido sustentado también por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en nuestro sistema jurídico no existen nulidades, salvo casos excepcionales, que se verifiquen de pleno derecho,⁴⁵¹ es

⁴⁴⁹ Trabucchi, Alberto. *Op. cit.* (Tomo II, Obligaciones, Contratos, Sucesiones), p. 164.

⁴⁵⁰ Rojina Villegas, Rafael. *Op. cit.*, Tomo V, Obligaciones I, p. 187.

⁴⁵¹ Así se sostiene en la jurisprudencia cuyo rubor y texto dicen: “NULIDAD. NO EXISTE DE PLENO DERECHO. Si no hay disposiciones expresas en las leyes y para los casos que ellas comprendan, nuestra legislación no autoriza que se reconozca la existencia de nulidades de pleno derecho, sino que las nulidades deben ser declaradas por la autoridad judicial, en todos los casos, y previo el procedimiento formal correspondiente. (Quinta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Apéndice de 1995, Tomo: Tomo IV, Parte SCJN, Tesis: 297, Página: 200; Amparo civil en revisión 1015/26. Arias Briones Rafael. 31 de enero de 1929. Cinco votos, Amparo penal en revisión 3652/28. Jáuregui Lázaro. 25 de septiembre de 1930. Mayoría de tres votos, Amparo civil directo 2895/30. Ceballos vda. de Méndez Concepción, suc. de. 7 de abril de 1932. Mayoría

decir, nulidades que se actualicen sin declaración judicial y que por tanto puedan actualizar el axioma jurídico que expresa que "*Quod nullum est, rescissione non eget*" [«Lo que es nulo no requiere rescisión»]⁴⁵²; así, armonizando los principios contenidos en nuestro Código Civil y las tesis y jurisprudencias emitidas al respecto, debe señalarse que un contrato nulo puede rescindirse si no se ha

de tres votos, Amparo administrativo directo 4195/29. Kemo Coast Copper Company, S. A. 27 de febrero de 1933. Mayoría de cuatro votos, Amparo civil en revisión 921/34. Chico yda. de Martin Francisca, suc. de y coags. 7 de julio de 1934. Cinco votos. Nótese que los precedentes de dicha jurisprudencia provienen de distintas salas e instancias. Al consultar esta jurisprudencia, encontramos las siguientes NOTAS GENERALES que transcribimos por considerar conveniente la aclaración que se presentó: "1. La Ley de Amparo de mil novecientos diecinueve exigía, en su artículo 148, que las ejecutorias que integraran la jurisprudencia obligatoria hubieran sido votadas por mayoría de siete o más de los miembros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que entonces funcionaba únicamente en Pleno. El veinte de diciembre de mil novecientos veintiocho entró en vigor la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en cuyos artículos 3o., 4o., 5o., 16 y 18, se estableció que la Suprema Corte de Justicia se integraría por dieciséis ministros; funcionaría en Pleno y en Salas; se integrarían tres de ellas, de cinco ministros cada una; el quorum mínimo para actuar sería de once ministros en el Pleno y de cuatro en las Salas. Sin embargo, no fue modificada la Ley de Amparo en cuanto a la exigencia de la votación de siete ministros, para que una ejecutoria pudiera constituir precedente para la formación de la jurisprudencia obligatoria. Ahora, en el material revisado se detectó una copiosa producción de tesis, sostenidas por las diferentes Salas del alto Tribunal, o por el Pleno y alguna de las Salas de reciente creación, criterios cuyos precedentes, lógicamente, no alcanzaban los siete votos exigidos por la ley entonces vigente. En este caso también se encontró que oportunamente, el más alto Tribunal del país se pronunció en el sentido de que "dada la actual organización de la Suprema Corte, en salas de cinco componentes, éstas tienen todas las facultades que fija la Ley de Amparo; por lo cual sus resoluciones obligan, aun cuando sean por mayoría de votos, y forman jurisprudencia, cuando son en número de cinco, no interrumpidas por otra en contrario". Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época, Tomo XXVIII, página 1183. JURISPRUDENCIA DE LA CORTÉ. Por otra parte, en la doctrina se encontró que el autor Agustín Farrera, (El juicio de Amparo. México. Publicaciones Farrera, 1932, página 20), plantea el problema y dice que "... la Suprema Corte ha resuelto que establecen jurisprudencia las decisiones de las Salas y de la Suprema Corte de la Nación (sic) cuando hay cinco ejecutorias sucesivas dictadas por mayoría de tres o más miembros de cada Sala." Esta situación, conjugada con el hecho de que no se ha suscitado ningún conflicto en la frecuente aplicación de las tesis así emitidas, condujo también a su inclusión en la nueva compilación. 2. Esta tesis proviene de ejecutorias dictadas por diversos órganos -Pleno o Salas- de la Suprema Corte de Justicia de la Nación." Ahora bien, no obstante lo anterior, la citada jurisprudencia fue reiterada por otra más, sin modificación textual, constituida el Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito de la Octava Época, Fuente: Apéndice de 1995, Tomo: Tomo VI, Parte: T.C.C., Tesis: 886, Página: 608.

⁴⁵² Mans Puigarnau, Jaime M. *Op. cit.*, p. 432.

declarada su nulidad, puesto que evidentemente seguirá surtiendo sus efectos hasta que no se haga dicha declaración. Evidentemente que si se ha confirmado el acto, o ha prescrito la acción de nulidad en los casos en que así proceda, ya no existirá esta posibilidad de anulación y el contrato será válido por lo que podrá ser rescindido por incumplimiento de alguna de las partes.

Dentro del ámbito temporal de los contratos, éstos se celebran para tener una vigencia en el tiempo más o menos determinada, contrario a las normas jurídicas generales, las cuales tienen "*una pretensión de validez indefinida, excepto cuando por causas extraordinarias vienen a regular situaciones anormales.*"⁴⁵¹ Ello aconteció, v. gr., con la ley de 14 de diciembre de 1916, y por la cual se estableció en su artículo 2º, "*que todos los acreedores y deudores gozarán de una moratoria general para no ser obligados a efectuar o recibir pagos de dinero contra su voluntad.*"⁴⁵⁴ Igualmente este punto de vista sirve para determinar que por justicia, un contrato anterior deroga al posterior, cuestión que en las normas jurídicas generales es a la inversa, es decir, está determinado que una ley general posterior deroga expresa o tácitamente a la ley general anterior de la misma materia de la derogadora.⁴⁵⁵ El artículo 9º del Código Civil para el Distrito Federal vigente así lo establece:

⁴⁵¹ *Ibidem*, p. 191.

⁴⁵⁴ Borja Soriano, Manuel. *Op. cit.*, Tomo II, p. 68. La moratoria se levantó por el Decreto de 21 de julio de 1926.

⁴⁵⁵ Tratándose de derogación de leyes especiales por leyes generales, el principio tiene una excepción. Así lo expresa la tesis cuyo texto es el siguiente: "LEYES ESPECIALES Y LEYES GENERALES. REGLAS PARA SU DEROGACION. De acuerdo con el artículo 9º, del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en Materia Federal, la reforma o derogación de una disposición normativa puede producirse en dos formas: expresamente, cuando una ley posterior claramente señala, declara o especifica que la ley anterior ha perdido vigencia; o tácitamente, cuando se produce una incompatibilidad o contradicción entre sus preceptos. Siendo esta la regla general, rige no obstante un principio distinto cuando la norma anterior es especial y la posterior es general, según reza un aforismo tradicional en derecho (*lex posteriori, non derogat priori special*) recogido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en repetidas ocasiones, conforme al cual una norma general posterior no deroga a una especial anterior, aunque en apariencia exista contradicción entre sus textos, a menos que el legislador manifieste expresamente su voluntad de dejar sin efectos la excepción para asimilarla a una regla general. Si la norma posterior es especial, la derogación en cambio puede ser tácita o expresa. (TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: III Segunda Parte-1, Página: 445; Amparo directo 957/85. Instituto Mexicano del Seguro Social. 20 de junio de 1989. Unanimidad de votos. Ponente:

“ARTÍCULO 9º.- La ley sólo queda abrogada o derogada por otra posterior que así lo declare expresamente, o que contenga disposiciones total o parcialmente incompatibles con la ley anterior.”

De la misma manera, el análisis del ámbito temporal de validez del contrato, nos sirve para determinar precisamente el momento en que este es obligatorio, de tal manera que el lapso habido entre la celebración y la ejecución de las prestaciones nos auxilia en la determinación de la constitución de la mora en caso de retraso o incumplimiento total de las mismas, lo cual como ya hemos visto, constituye uno de los elementos necesarios para la operatividad del pacto comisorio.

En cuanto al ámbito espacial de la norma surgida por la celebración de un contrato, se establece que la misma no tiene propiamente un ámbito territorial en donde tenga validez, ya que *“el contrato es una norma que rige la conducta de los contratantes, independiente de cierta limitación espacial [...]”*⁴⁵⁶ Por lo que respecta al pacto comisorio, la operatividad del mismo no tendrá obstáculo alguno con respecto al ámbito espacial del contrato, ya que el dicho pacto tendrá operatividad si existe un incumplimiento culpable por parte de alguna de las partes. Si existe imposibilidad de ejecución extraterritorial del contrato, únicamente debe analizarse, de acuerdo a las reglas ya establecidas para la operatividad de dicho pacto, si dicho incumplimiento es o no imputable al deudor.

Finalmente, en cuanto al ámbito personal del contrato permite determinar a los sujetos que la norma contractual obliga, es decir, quienes son los individuos que deben observar la conducta a la cual se comprometieron y sometieron; evidentemente ello permite observar el incumplimiento imputable como un dato objetivo que señala a uno de dichos sujetos contratantes, paralelamente al cumplimiento que debe observarse en la otra parte en el contrato sinalagmático respectivo con el cumplimiento otorgado de inmediato tratándose de obligaciones simultáneas, o bien, en aptitud o disposición de cumplimiento tratándose de obligaciones alternas. En el Digesto, Parágrafo 4, de la Ley 27, Título 14, Libro 2 y

Genaro David Góngora Pimentel. Secretaria: Adriana Leticia Campuzano Gallegos). De lo anterior se desprende entonces que la ley especial posterior, deroga a la general anterior única y exclusivamente en la parte en que es incompatible con ésta.

⁴⁵⁶ Rojina Villegas, Rafael. *Op. cit.*, Tomo V, Obligaciones I, p. 218.

en la Ley 63, Título I, Libro 24; y en el Código de Justiniano, Ley 2, Título 56, Libro 7, se encuentra la famosa locución latina que expresa que "*Res Inter alios acta vel iudicata, alteri nec prodest, nec nocet*" [«La cosa hecha o juzgada entre unos no aprovecha ni perjudica a tercero»],⁴⁵⁷ principio que evidentemente se refiere a que la relación jurídica que surge tras la celebración de un contrato obliga únicamente a quienes intervinieron en dicho contrato y no a un tercero que por su posición en relación al contrato, no expresó su voluntad en el mismo, ya que "*De manera general hay que entender por tercero toda persona que no ha participado en el contrato y que no ha sido válidamente representada en él.*"⁴⁵⁸ Dicho principio, desde luego, no se refiere al tercero que puede ser afectado o beneficiado, de hecho, por la celebración ilícita de un contrato⁴⁵⁹ sino que se refiere a la afectación o beneficio jurídicos que pudiese resentir el tercero por los efectos que lícitamente surgen de la celebración de ese acto jurídico.⁴⁶⁰ Así, por tanto, se ha expresado que la acción de rescisión "*se confiere a la parte que está en disposición de cumplir su obligación o que ya la ha cumplido.*"⁴⁶¹ No es obstáculo para lo anterior el fenómeno jurídico de la representación y sus teorías explicativas, en virtud de que para el ejercicio de la acción de rescisión únicamente deberá

⁴⁵⁷ Mans Puigarnau, Jaime M. *Op. cit.*, p. 348.

⁴⁵⁸ Baudry-Lacantinerie et Barde, citados por Borja Soriano, Manuel. *Op. cit.*, Tomo I, p. 332.

⁴⁵⁹ V. gr. dos personas celebran un contrato disponiendo de un bien que no es de su propiedad, sino del tercero, hecho que podría constituir un delito; piénsese por ejemplo que un sujeto A transmite la posesión y no el dominio de determinada cosa mueble a un sujeto B y que posteriormente este poseedor celebra sin el consentimiento del propietario y con respecto de dicho bien, un contrato traslativo de dominio con C: se verificaría el delito de abuso de confianza (Artículo 382 del Código Penal para el Distrito Federal), por la afectación que sufriría el propietario, sujeto A, por la celebración ilícita del contrato, respecto del cual él es tercero, por la disposición que llevó a cabo B; igualmente sucedería, en el mismo caso, si otro sujeto D, hubiese planeado el hecho sin el consentimiento de A y se beneficiara por la celebración de ese contrato llevado a cabo por B y C, al recibir el precio estipulado por la cosa, puesto que también incurriría en un Abuso de Confianza, aunque en grado de participación (Artículo 13, fracción I, del Código Penal para el Distrito Federal).

⁴⁶⁰ El principio aludido sí tiene excepciones: en cuanto a un acto jurídico distinto del contrato la que se encuentra en el artículo 24, primer párrafo *in fine*, del Código de Procedimientos Civiles, en el cual se lee que "*Las decisiones judiciales recaídas en el ejercicio de acciones del estado civil perjudican aún a los que no litigaron.*" En cuanto al contrato el maestro Ernesto Gutiérrez y González cita entre otros casos la llamada *estipulación a favor de otro*, de acuerdo al texto del artículo 1868 del Código Civil, y en el cual se lee que "*En los contratos se pueden hacer estipulaciones a favor de tercero, de acuerdo con los siguientes artículos.*" (Cfr. *op. cit.*, p. 466 et seq.).

⁴⁶¹ Borja Soriano, Manuel. *Op. cit.*, Tomo II, p. 125.

observarse si la parte que la demanda se encuentra legitimada para su ejercicio, sea porque se considere que celebró el contrato y/o se encuentra facultada para reclamar las acciones inherentes al mismo.

Es necesario dejar apuntado, que la norma contractual, no constituye, una norma o ley privativa que vulnere por lo tanto, lo preceptuado por el artículo 13 de la Carta Magna, en virtud de que el contenido de dicho acto jurídico constituye propiamente una norma individualizada o especial. El establecer que un contrato no puede ser considerado como norma jurídica, en virtud de que reuniría aspectos de una ley privativa, particular y concreta, y por ello las controversias surgidas en torno a dicho acto jurídico y resueltas bajo su tenor contravendrían lo establecido por el Artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual establece que nadie puede ser juzgado por leyes privativas, es una argumento endeble, dado que no existe oposición alguna entre el contenido normativo del contrato con el precepto constitucional. Se observa que una norma contractual no es, en principio, emitida por un órgano del poder público, sino que es elaborada por las personas dentro del ámbito de libertad reconocido y concedido por el Estado, y ello le coloca en una categoría distinta de la de ley y por lo tanto no es aplicable la prohibición señalada dado el supuesto distinto. Por otra parte, y dada la precisión conceptual, son aplicables al contrato los comentarios realizados por el jurista Mariano Coronado, quien al analizar el Artículo 13 de la Carta Magna, expresa que existen situaciones y actos jurídicos que reconocen *"una condición que se relaciona con el orden social pero entrañan un precepto común, obligatorio para todos [...] por razones de clara justicia no quitan a la solemne declaración legislativa su sello de generalidad."*⁴⁶² Y ello es así, porque el contrato se encuentra subordinado a los preceptos generales y abstractos que contiene el Código Civil, dado que su creación es la concretización o individualización de esos preceptos generales. El contrato es un obligatorio para todas las personas, que en búsqueda de satisfacer sus necesidades, celebren un acto jurídico de ésta naturaleza. El contenido del contrato, entonces, tampoco es contrario a lo dispuesto por el artículo 13 de la Constitución, y menos aún el pacto comisorio, ya que el mismo respeta la garantía de igualdad entre las personas, y concretamente la de los contratantes, ya que de acuerdo al contenido del artículo 1949 del Código Civil, la facultad rescisoria puede ser utilizada por todas las personas que celebren un contrato, por igual, al verificarse los presupuestos para su ejercicio. Se observa que la justicia

⁴⁶² Coronado, Mariano. *Elementos de Derecho Constitucional Mexicano (1899)*. Ed. Oxford, University Press, Colección Grandes Clásicos del Derecho, Vol. 1, 1999, p. 27.

contractual que de manera incierta puede ser proporcionada por las personas a éste acto jurídico, la proporciona la ley en el incumplimiento contractual a través del pacto comisorio, porque es una facultad que se otorga por igual a todos los contratantes.

2. EL PACTO COMISORIO Y EL ORDEN PÚBLICO.

Es momento de analizar la relación que guarda el pacto comisorio con el orden público. El orden público, es en principio una especie del orden social, el cual se define como *"la vida sistematizada de la sociedad, en el arreglo o composición de los múltiples y diversos fenómenos que se registran dentro de la convivencia humana con miras a obtener el equilibrio de las diferentes fuerzas, actividades o poderes que en su seno se desarrollan, a fin de establecer una compatibilidad entre ellos, que garantice su coexistencia y respeto recíprocos."*⁴⁶³ Por su parte el orden público es definido como *"el arreglo, la sistematización o composición de la vida social, con vista a la determinada finalidad de satisfacer una necesidad colectiva, a procurar un bienestar público o a impedir un mal al conglomerado humano."*⁴⁶⁴ Cuando se procura la obtención del orden social por medio del Derecho, nos encontramos frente al orden jurídico.⁴⁶⁵ Si se procura por medio de una ley, ésta adquiere dicho rango.

Con relación a lo anterior, es necesario dedicar unas líneas a la fundamentación del pacto comisorio. Así, explica el maestro Ramón Sánchez Medal Urquiza que se han elaborado varias teorías para explicar la fundamentación⁴⁶⁶ de la facultad resolutoria, y así sucintamente se tienen las siguientes teorías justificativas:

- a) *De la condición resolutoria tácita*, que establece que una parte se compromete al cumplimiento de la obligación nacida de contrato con la condición de que la contraparte no ha de faltar al cumplimiento de la propia. Se objeta dicha teoría, en razón a que se expresa que, de ser admitida, se llegaría a la conclusión de que todos los contratos son condicionales, lo que

⁴⁶³ Burgoa Orihuela, Ignacio. *Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo*. Porrúa, 3ª. Edición, México, 1992, p. 325.

⁴⁶⁴ *Ibidem*, p. 326.

⁴⁶⁵ *Cfr. Ibidem*, p. 326.

⁴⁶⁶ *Cfr. Sánchez Medal Urquiza, José Ramón. Op. cit.*, pp. 94 a 101.

es impreciso dado que la condición figura en los contratos como cláusula accidental que puede o no ser pactada voluntariamente por las partes, mientras que el pacto comisorio siempre se encuentra en los contratos sinalagmáticos en virtud de ser una cláusula natural de los mismos, pues tiene su fuente en una disposición de la ley y no se requiere por tanto una estipulación expresa. Se ha expresado también como inverosímil, que las partes al celebrar un contrato, hayan pensado en la inexecución, puesto que admitirse esto, lo lógico es que se hubieren estipulado expresamente el pacto comisorio expreso, de tal suerte que constituye un abuso, la presunción de voluntad de las partes que supone ésta teoría.

- b) *De la causa recíproca*, la cual establece que en un contrato sinalagmático, siendo una obligación la causa de la otra, si una parte no cumple con su obligación, cesa la causa correspondiente, por lo que no existe razón para cumplir la obligación que se sustentaba en ésta. En los sistemas jurídicos que señalan a la causa como un requisito de formación del contrato, se expresa que ésta teoría es inexacta, en virtud de que si se considerara que, al incumplirse con un contrato desapareciese la causa, no habría lugar para la rescisión, sino para la nulidad. Para la operatividad de la rescisión del contrato por incumplimiento, se requiere forzosamente la existencia de un contrato válido, observándose así una contradicción sustancial, entre lo sostenido por ésta teoría y los elementos que por antonomasia han sido definidos para la procedencia de la facultad resolutoria. Por otra parte también se objetó dicha teoría señalándose que de admitirse, se aceptaría la posibilidad de que por voluntad de las partes, se deshaciera la causa de la obligación, lo que contravendría el principio que señala que el cumplimiento del contrato no puede dejarse al arbitrio de una de las partes.
- c) *De la sanción*, que establece la facultad resolutoria tiene dicho carácter sancionador, y que se traduce en la acción concedida al acreedor contra su deudor por el incumplimiento de éste en un contrato bilateral. Se ha pretendido desestimar ésta teoría, señalándose que el carácter sancionador del pacto comisorio, no es la rescisión, sino la indemnización de los daños y perjuicios; por tanto, se expresa que el pacto comisorio es una institución protectora del contratante cumplidor y liberadora de las obligaciones a su cargo.
- d) *De la reparación*, en la cual se sostiene que la resolución por incumplimiento es una forma de reparación que goza el acreedor, a quien se le dispensa de cumplir con su propia obligación teniendo por tanto derecho de recobrar lo que hubiese otorgado. Se ha indicado que ésta teoría se aparta de la

explicación de la fundamentación del pacto comisorio, exponiendo únicamente la utilidad práctica de la institución.

- e) *De la ley*, en la cual se sustenta que la facultad resolutoria deriva precisamente de la ley. Evidentemente se observa que la misma no explica el fundamento filosófico del pacto comisorio, aún y cuando la ley goce de una presunción de haber sido elaborada en base a ideales de justicia, dado que lo importante es conocer directamente y no por presunción, las bases por las cuales se ha considerado al pacto comisorio como una institución justa.
- f) *De la equidad*, en la que se sustenta que es contrario a dicho principio general de derecho que un contrato bilateral sea cumplido cuando la reciprocidad de las obligaciones ha sido rota, puesto que la inexecución crea una injusticia al quebrantar precisamente la justicia contractual. Se objeta dicha teoría por considerarse que las bases de la misma son morales y no estrictamente jurídicas.
- g) *Del sinalagma genético y sinalagma funcional*, en la cual se sustenta que la obligación de un contratante permanece ligada, no solo al acto que le da origen (sinalagma genético), si no también a la persistencia de la contraprestación, y por ende, al cumplimiento o posibilidad de cumplimiento de ésta; si se rompe la equivalencia en el momento de formación (etapa genética) del contrato, se configura la lesión contractual, y si se rompe en el momento de ejecución o cumplimiento (etapa funcional), se configura la hipótesis por la cual puede ejercerse la facultad de rescisión. Evidentemente, esta teoría es una explicación considerablemente técnica del principio de la equidad contractual, el cual es, según se expone, un elemento que debe estar constantemente presente durante toda la vida del contrato.

Al margen de las críticas que se han elaborado contra las teorías señaladas y en virtud de la precisión alcanzada actualmente en el estudio de la facultad rescisoria y su naturaleza jurídica, acorde con nuestro derecho positivo, es posible señalar que se pueden desestimar aplicables la teoría de la condición resolutoria tácita y la teoría de la causa recíproca, la primera en virtud de que como se ha sostenido y se analiza con posterioridad en este trabajo, la condición resolutoria es un fenómeno jurídico distinto de la facultad rescisoria, y por lo que respecta a la segunda, porque nuestro sistema jurídico no ha contemplado a la *causa* como un requisito para la formación de un contrato. Sin embargo, se observa que el fin último de todas las teorías es la concretización de los ideales de justicia dentro del contrato. Todas las teorías explican evidentemente diversos aspectos esenciales de la facultad rescisoria, la cual se evidencia como una institución jurídica compleja,

cuyo todo no puede pretenderse explicar por medio de fórmulas parciales, y si por el contrario, los rasgos esenciales que de la institución en estudio han resultado de las mismas, bien pueden reunirse finalmente en un sincretismo jurídico, o como expresa con sobresaliente precisión José Mélich-Orsini, el fundamento de dicha facultad es "*el desequilibrio entre las prestaciones recíprocas que produciría el incumplimiento de alguna de las partes y el peligro de que las solas acciones de cumplimiento específico y de resarcimiento, especialmente en caso de insolvencia del incumpliente o de alteración por circunstancias sobrevenidas de la inicial equivalencia tenida en cuenta por las partes, no alcanzaren a restablecer tal equilibrio.*"⁴⁶⁷. Toma especial importancia para nosotros en sus aspectos explicativos la teoría de la sanción, pues la misma es la que consideramos es acorde a las ideas ya expuestas, como lo son las del contrato como norma jurídica, el incumplimiento como hecho ilícito y la sanción a éste como consecuencia del incumplimiento del cual es responsable una de las partes.

La inclusión del pacto comisorio como una facultad concedida al acreedor afectado por el incumplimiento en un contrato bilateral, de las obligaciones correspondientes del deudor y del cual éste es responsable, no explica fundamental y esencialmente y por sí misma, que dicho pacto armoniza con el orden público, es decir, no es suficiente un criterio meramente normativista o positivista, si bien ya se ha demostrado que dicha figura es una creación jurídica justa que sanciona el incumplimiento del deudor y protege los intereses del acreedor,⁴⁶⁸ base o fundamentación que se desprende del análisis de fondo del texto legal y no solo de su tenor.

Por ello, es necesario observar el contenido de los artículos 6º y 7º del Código Civil y aún del 8º, y relacionarlo con la figura en estudio y de acuerdo a las teorías expuestas, para poder determinar si la facultad de rescisión, en principio, no contraviene preceptos jurídicos del mismo cuerpo normativo en donde se encuentra, para después determinar si se encuentra acorde a los lineamientos que establece nuestro sistema constitucional en lo que respecta a las garantías de los gobernados, desentrañando en ambos casos, desde luego, que no contraviene ambos sistemas por ser una institución justa.

2.1. LOS ARTÍCULOS 6º Y 7º DEL CÓDIGO CIVIL.

⁴⁶⁷ Mélich-Orsini, José, citado por Márquez González, José Antonio. *Teoría General de las Nullidades*. Porrúa, México, 1992, p. 301.

⁴⁶⁸ *Supra*, pp. 47 et seq.

Establecen los artículos 6º, 7º y 8º del Código Civil para el Distrito Federal:

“ARTÍCULO 6º.- La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla ni modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero.

ARTÍCULO 7º.- La renuncia autorizada en el artículo anterior no produce efecto alguno si no se hace en términos claros y precisos, de tal suerte que no quede duda del derecho que se renuncia.

ARTÍCULO 8º.- Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario.”

Como se observa del contenido del artículo 6º del Código Civil antes transcrito, los particulares deben someter el despliegue de sus acciones u omisiones (conductas), a la ley, sea ejercitando directamente sus derechos y obligaciones (derechos sustantivos), así como indirectamente a través de los procedimientos (derecho adjetivo) que la misma establece para el logro de su aplicación cuando se presentan valedores para su ejercicio. El principio insito de justicia contractual que nutre al pacto comisorio y que ha sido consagrado en el artículo 1949 del Código Civil, permite afirmar que el ejercicio de la facultad que dicho precepto otorga armoniza con el orden público sin vulnerarlo. Demostrados los caracteres indemnizatorio, sancionador, equitativo y protector de la facultad rescisoria no es posible afirmar que su ejercicio cause un mal al conglomerado humano, puesto que evidentemente el ámbito de aplicación del pacto comisorio se reduce al orden privado (la segunda especie del orden social), el cual puede ser definido como “*el arreglo, la sistematización o composición de la vida particular, con vista a la determinada finalidad de satisfacer una necesidad individual, a procurar su bienestar o a impedirle un mal.*”⁴⁶⁹ Así se observa que la justicia contractual, el equilibrio que debe guardar el contrato, se impone de esta guisa por la ley, dada la incertidumbre de lograrla al confiarse enteramente la misma a los contratantes,

⁴⁶⁹ Cfr. Burgoa Orihuela, Ignacio. *Diccionario* ..., p. 326.

según lo demuestra la existencia de personas económicamente más fuertes, que generalmente imponen, no convienen, el contenido del contrato, cuando celebran un acto jurídico de ésta naturaleza. La búsqueda del orden social de manera integral impone el reconocimiento de derechos y obligaciones de los individuos frente a los derechos y obligaciones de la sociedad; el reconocimiento de esos derechos y obligaciones individuales se traduce en el reconocimiento de la libertad individual cuyo ejercicio debe ser tutelado y determinado a fin de que no colisione con los intereses colectivos tutelados por las leyes. Así se observa que el reconocimiento del pacto comisorio es una facultad reconocida por la ley y que es tutelada por la misma a tal grado que incluso se ha determinado como una cláusula natural incluida en todos los contratos bilaterales, atendiendo a su conspicua finalidad de justicia, la cual es, como elemento común, satisfactoria de todo tipo de necesidades, sean individuales y colectivas; al irse delimitado el ejercicio de la autonomía de la voluntad, se ha ido logrando la coexistencia de ambos ámbitos, individual y colectivo, aún y cuando los intereses individuales sean considerados de menor rango axiomático que el interés colectivo, puesto que no puede negarse que una debida regulación y reconocimiento de esos intereses particulares se reflejará finalmente en el estado general de la sociedad. Así entonces, el Estado reconoce y limita la libertad jurídica que ha puesto a disposición de los particulares precisamente para la consecución de su teleología (la felicidad), por medio de la escogitación de los medios para lograrla.

Así entonces, observándose que el ejercicio de la facultad conferida por el artículo 1949 del Código Civil, no exime de la observancia de la ley (puesto que para su ejercicio deben satisfacerse todos sus presupuestos), que no implica la renuncia de derechos que afecten al interés público por no causarse un daño al conglomerado humano al ser ejercitada la facultad rescisoria, y que no es un acto ejecutado en contra de alguna ley prohibitiva, debe concluirse que el pacto comisorio no afecta en ningún sentido al orden público, de acuerdo a los preceptos jurídicos contenidos en el Código Civil para el Distrito Federal.

3. LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PACTO COMISORIO.

Punto muy relacionado con el anterior y de suma importancia, es la determinación de la constitucionalidad del pacto comisorio, es decir, de la armonía que guarda éste con nuestro sistema constitucional en lo que se respecta a los derechos subjetivos públicos, garantías individuales, que se consagran en la

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, punto de análisis de suma importancia para determinar la juridicidad integral de la facultad analizada, lo que evidentemente se traduce en el estudio de la posibilidad o imposibilidad de su ejercicio por la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la misma.

3.1. LOS ARTÍCULOS 14 Y 17 CONSTITUCIONALES.

Establecen en lo conducente, los Artículos 14 y 17 Constitucionales, lo siguiente:

“ARTÍCULO 14.- [...]

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

[...].”

“ARTÍCULO 17.- Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

[...].”

Del contenido de éstos artículos constitucionales e insubstancialmente leídos, se observaría *prima facie*, un carácter absoluto de su contenido. Por otra parte, se ha reconocido que las garantías individuales son irrenunciables, aún y cuando no

son permanentes los medios jurídicos para combatir una violación a las mismas.⁴⁷⁰ No obstante lo anterior, y como se ha analizado desde el inicio del presente capítulo, los derechos subjetivos públicos conviven armónicamente con otro tipo de facultades, los derechos subjetivos privados, los cuales no pugnan con las garantías individuales, sino que son la consecuencia de la libertad que éstas amparan; de ahí que se reconozca como parte integrante de éstas libertades, los derechos subjetivos de extinción jurídica, de los cuales forma parte el pacto comisorio expreso y el cual no necesita ser declarado por los tribunales judiciales para que tenga operatividad.

Con respecto a lo establecido por el Artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos antes transcrito, ¿al operar el pacto comisorio se priva *a priori* a la parte incumplidora de un derecho (propiedad, posesión, etc.), derivado de un contrato, lo cual únicamente puede realizarse través de un juicio establecido ante los tribunales previamente establecidos y donde se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento? Contundentemente podemos afirmar que no. Apriorísticamente analizado, el pacto comisorio no atenta contra dicha garantía individual dada la libertad reconocida a los particulares para su estipulación, de acuerdo a lo señalado en el párrafo anterior. De igual manera, *a posteriori*, tampoco se verifican privaciones de derechos, puesto que al operar el pacto comisorio por ejercicio de la facultad rescisoria, se verifica *ope legis* el efecto restitutorio de los derechos transmitidos, efecto que jurídicamente siempre se verifica, aún y cuando existan determinados contratos en los se reconozca la imposibilidad de restituciones materiales como acontece, v. gr., en los contratos bilaterales en que se transmite el uso y goce de una cosa, en donde al verificarse la rescisión, éstos no pueden restituirse. No obstante ello, al verificarse la rescisión, por ministerio de ley surgirá la obligación de restituir la cosa cuyo uso y goce fue transmitido (jurídicamente la rescisión operara así para el momento anterior de la celebración del contrato o "*ex tunc*" [«desde entonces»], aunque materialmente en algunos casos opere para lo futuro o "*ex nunc*" [«desde ahora»]). Se observa por

⁴⁷⁰ "GARANTÍAS INDIVIDUALES. Aun cuando las garantías individuales tengan el carácter de irrenunciables, esto no quiere decir que contra el acto que las viola, pueda reclamarse en cualquier tiempo, porque la misma Ley de Amparo establece un término, muy breve por cierto, dentro del cual deben ser reclamados los actos violatorios, so pena de tenerlos por consentidos. Es cierto que no puede renunciarse anticipadamente el derecho de reclamar contra la violación de garantías individuales; pero si la violación ya se cometió, se pierde el derecho de reclamar contra ella, si tal cosa no se hace dentro del término marcado por la ley." (Amparo administrativo en revisión 3020/21. Rodríguez Ramón. 29 de septiembre de 1926. Unanimidad de ocho votos. La publicación no menciona el nombre del ponente. Quinta Epoca. Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XIX, Página: 576).

tanto que no existe privación de derecho real o personal alguno del contratante que es responsable del incumplimiento cuando se notifica a éste, por la otra parte contratante, la determinación de dar por rescindido el contrato y por lo tanto no se infringe lo dispuesto por dicho artículo constitucional. Se debe considerar aquí, que también ha sido voluntad del incumplidor el no otorgar la o las prestaciones a que se comprometió en el contrato, voluntad que transgrede la norma contractual, y que no constituye el ejercicio de un derecho.⁴⁷¹

En lo referente al Artículo 17 constitucional, y habida cuenta de que se ha observado que el Estado ha otorgado libertad a las personas para que dentro de los cauces legales celebren los contratos requeridos para la satisfacción de sus necesidades, y dotarlas de contenido por la facultad jurígena que también se les concede y reconoce, así como también otorga la libertad para que los contratantes opten por su rescisión o su cumplimiento en los términos apuntados (derechos subjetivos de creación y extinción jurídicas), se observa entonces que no se contraviene el citado artículo constitucional. Efectivamente, se ha señalado que la primera parte del artículo en comento no consigna propiamente una garantía individual o derecho subjetivo público, en razón a que el sujeto pasivo mencionado no es el Estado, ente soberano titular del imperio, sino que se trata de un derecho subjetivo de personas físicas o morales frente a otras de dicha especie, carentes precisamente de facultades de imperio, y que gozan, aquí sí, del derecho subjetivo público de impartición de justicia por los tribunales, con las características que dicho precepto señala; ergo, no podrá acudir al Juicio de Amparo, puesto que *"es de sobra sabido que éste nunca se da contra particulares, sino sólo contra autoridades, y cuyo juicio de amparo, como también de sobra se sabe, es la vía idónea para obtener el respeto y reparación, en su caso, de las garantías violadas."*⁴⁷² Así, observándose que el mismo orden jurídico otorga la facultad rescisoria aún sin que sea pactada de manera expresa por los celebrantes de un contrato sinalagmático o un convenio *stricto sensu*, se observa que su ejercicio no entraña el procurarse justicia por propia mano, y vista la utilidad y juridicidad que reporta el pacto comisorio, tampoco su práctica tampoco constituye un abuso en el ejercicio del derecho, porque es precisamente, un ejercicio legítimo y acorde a nuestro sistema constitucional. El Código Civil en su artículo 1949 otorga esa facultad y la concede, reunidos los elementos y requisitos descritos, y por ello se encuentra íntegramente acorde al principio constitucional. Finalmente, cabe señalar

⁴⁷¹ *Vid. Supra*, p. 50.

⁴⁷² Ortiz Urquidi, Raúl. *Derecho Civil*. Porrúa, 3ª. Edición, México, 1986, p. 520.

que el ejercicio de la facultad rescisoria en ningún momento deja en estado de indefensión al incumplidor, ya que éste siempre tendrá la facultad de acudir ante las autoridades competentes a defender sus derechos si la rescisión ha sido indebidamente ejercida por la contratante que ha cumplido con sus obligaciones contractuales.⁴⁷³

4. LAS DIFERENCIAS DEL PACTO COMISORIO CON OTRAS FIGURAS JURÍDICAS.

La complejidad del pacto comisorio ha ocasionado, en no pocas ocasiones, que dicha figura sea confundida con otras instituciones jurídicas, confusiones que paulatinamente la doctrina se ha encargado de eliminar, precisando los caracteres específicos de la rescisión, y que le confieren a dicha figura, su propio campo. Así entonces, es procedente observar las diferencias existentes entre la institución en estudio con las que a continuación se precisan.

4.1. CON LA CONDICIÓN RESOLUTORIA.

Una de las figuras con las que más ha sido confundido el pacto comisorio lo ha sido la condición resolutoria. La confusión no ha sido el resultado de una falta de cuidado, sino más bien a alta semejanza entre éstas instituciones, semejanza que es tal, que incluso las normas de la condición resolutoria son aplicables por analogía al pacto comisorio:

Quinta Epoca
Instancia: Tercera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: LXXX
Página: 3933

RESCISION DE LAS OBLIGACIONES, POR FALTA DE CUMPLIMIENTO DE LA CONTRAPARTE (CONDICION RESOLUTORIA TACITA). El artículo 1949 del Código Civil del Distrito Federal, establece: "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

⁴⁷³ Cfr. Treviño Martínez, Jorge. Cit. por Gutiérrez y González, Ernesto. *Op. cit.*, p. 664.

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.". Ahora bien, aunque el precepto transcrito se encuentra colocado en el capítulo que trata de las obligaciones condicionales, no por esto puede concluirse que únicamente se refiere a obligaciones de esa naturaleza, pues basta la lectura de tal disposición legal, para llegar a la conclusión contraria, o sea, a la de que se refiere a toda clase de obligaciones bilaterales; lo que se corrobora con el hecho de que el artículo de que se trata, contiene las mismas disposiciones de los artículos 1349 y 1350 del Código Civil de mil ochocientos ochenta y cuatro, que en ese código estaban colocadas en el capítulo que trataba de las obligaciones puras y de las obligaciones condicionales.

Amparo civil en revisión 8689/42. Ríos Adalberto, sucesión de. 22 de junio de 1944. Unanimidad de cinco votos La publicación no menciona el nombre del ponente.

Bien puede decirse que el pacto comisorio fue aculeando sus diferencias con la condición resolutoria al paso del tiempo y después de un análisis meticoloso y preciso, producto de reflexiones profundas de diversos doctrinarios, dado que en un principio se sostenía que ambas figuras eran una misma, no existiendo diferenciación alguna: el incumplimiento era considerado precisamente, una acontecimiento futuro de realización contingente, dada la voluntad objetivada y conocida de cumplimiento de ambos contratantes con lo estipulado en un contrato sinalagmático. Pero veamos las diferencias.

La obligación sujeta a condición, es definida por el artículo 1938 del Código Civil, el cual establece:

"ARTÍCULO 1938.— La obligación es condicional cuando su existencia o su resolución dependen de un acontecimiento futuro e incierto."

De acuerdo a éste artículo, se han desarrollado los conceptos doctrinales, dentro de los que a nuestro juicio destaca el elaborado por el maestro Gutiérrez y González, el cual define a la condición como "el acontecimiento futuro de realización contingente, del cual depende la eficacia o la resolución de derechos y obligaciones."⁴⁷⁴ Critica el concepto legal, en virtud de que expresa que de dicho acontecimiento depende la exigibilidad de la obligación y no su existencia, y además, con apoyo en Jaime M. Mans Puirganau, expresa que es más preciso hablar de un acontecimiento contingente que de un acontecimiento incierto, dada la multívoco de éste último concepto.⁴⁷⁵

El artículo 1940 es el precepto jurídico que define a la condición resolutoria, estableciendo:

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

La anterior definición por su claridad, no requiere mayor comentario.

El pacto comisorio o facultad rescisoria, se encuentra como ya se ha repetido, en el artículo 1949 del Código Civil, precisamente en el Libro Cuarto, *De las obligaciones*; Primera Parte, *De las obligaciones en general*; Título Segundo, *Modalidades de las obligaciones*; Capítulo I, *De las obligaciones condicionales*. El incumplimiento ha sido observado entonces desde el punto de vista legal, como un acontecimiento futuro de realización contingente, sin atisbarse que el acontecimiento a que se refieren los artículos 1938 y 1940 del Código Civil, ya transcritos, es aquél cuya realización no depende de la voluntad de los contratantes, sino que es un hecho ajeno. Por el otro lado, el incumplimiento contractual para la operatividad del pacto comisorio sí depende de la voluntad de los contratantes, de una de las diferencias sustanciales de ésta figura con la condición resolutoria. El incumplimiento culpable y atribuible al incumplidor, quien despliega una conducta intencional, es un elemento *sine qua non* para la operatividad del pacto comisorio, y dada la culpabilidad se observa entonces que el incumplimiento, es producido por voluntad del deudor, de manera dolosa o intencional, o de manera culposa o negligente, que como ya se afirmó, aún y cuando ésta última no es propiamente

⁴⁷⁴ Gutiérrez y González, Ernesto. *Op. cit.*, p. 879.

⁴⁷⁵ *Loc. cit.*

voluntaria, la falta de cuidado o imprudencia sí le es reprochable al incumplidor, ya que no realiza el cumplimiento esperado por omitir voluntariamente un comportamiento diligente encaminado a dicho cumplimiento.⁴⁷⁶

La ajeneidad del acontecimiento a que se refiere la condición, se refiere incluso a la denominada como *simplemente potestativa*, "en la que depende en manera exclusiva de la voluntad de una parte, pero precisa de un hecho exterior; ésta no impide la formación de una relación de derecho [...] pues si bien es cierto que la misma depende en cierta medida de la voluntad de la persona, también es cierto que está subordinada a contingencias fuera de su control."⁴⁷⁷ Por lo que hace a la denominada *condición puramente potestativa*, los artículos 1944 y 1945 del Código Civil, mismos que establecen:

"ARTÍCULO 1944.- Cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula."

"ARTÍCULO 1945.- Se tendrá por cumplida la condición cuando el obligado impidiese voluntariamente su cumplimiento."

De lo anterior se desprende que las obligaciones sujetas a condiciones puramente potestativas son nulas, porque al depender exclusivamente de la voluntad del deudor, no crean un vínculo jurídico o relación obligacional entre éste y el acreedor, dado que el cumplimiento de las mismas se realizaría al antojo y capricho del obligado, y por ende, igual suerte correría el cumplimiento de la obligación condicionada. La necesaria ajeneidad del hecho en la condición es tan trascendente, que el artículo 1952 del Código Civil protege ampliamente al acreedor, puesto que señala que si la condición resolutoria dependiere de un tercero y éste fuese inducido dolosamente a realizarla, se tendrá como no rescindido dicho acto jurídico:

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

⁴⁷⁶ Vid. *Supra*, p. 49.

⁴⁷⁷ Gutiérrez y González, Ernesto. *Op. cit.*, p. 895.

Es por ello que se observa que la condición es un acontecimiento cuya verificación no depende de la voluntad de las partes, y de ahí su carácter de contingente. En cambio el incumplimiento contractual, elemento *sine qua non* para la operatividad del pacto comisorio, sí le es atribuible a una de las partes, en razón a la voluntad de incumplimiento, o en su caso, a la omisión voluntaria para observar una conducta diligente encaminada precisamente al cumplimiento del mismo, o en otras palabras, esa conducta culposa por la cual el deudor no otorgue las prestaciones debidas a que se obligó en un contrato, no se presenta como una condición resolutoria tácita, dado que dicho incumplimiento no está fuera del control del deudor.

Otra diferencia sustancial entre la condición resolutoria y el pacto comisorio, radica en que éste opera al realizarse un hecho ilícito, es decir, el incumplimiento contractual, y aquélla opera al verificarse el acontecimiento futuro de realización contingente, el cual no es un hecho ilícito. Con un ejemplo, quedará más claro lo anterior.

Dispone el artículo 37 de la Ley de Transporte del Distrito Federal:

“ARTÍCULO 37.— Los derechos y obligaciones derivados de una concesión para la prestación del servicio público de transporte, no podrán enajenarse sin la previa autorización expresa y por escrito de la Secretaría. Cualquier tipo de enajenación que se realice sin cumplir con dicho requisito, será nula y no surtirá efecto legal alguno.”

Así, en un contrato de promesa de compraventa, puede estipularse con relación al artículo antes transcrito, una condición resolutoria en los siguientes términos:

“Toda vez que el artículo 37 de la Ley de Transporte del Distrito Federal establece que no podrá realizarse la enajenación de la concesión para la prestación del servicio público de transporte sin la previa autorización de la Secretaría, el promitente vendedor se obliga a realizar todos los trámites correspondientes a fin de obtener la autorización de enajenación señalada por parte de la autoridad competente

para que la cosa materia de éste acto se encuentre dentro del comercio, y en caso de no lograr la citada permisión, el presente contrato de promesa de venta se resolverá de pleno derecho.”

En cambio, tratándose del pacto comisorio, la cláusula de mérito puede ser redactada como sigue:

“Convienen las partes a que en caso de verificarse incumplimiento de alguna de ellas con respecto a las obligaciones correlativas y las demás relacionadas que contiene el presente contrato, éste podrá resolverse de pleno derecho a instancia de la parte afectada.”

Así se observa que las diferencias entre una y otra institución son esenciales, ya que la condición resolutoria es una cláusula accidental del contrato que puede o no ser estipulada por las partes en su celebración, mientras que el pacto comisorio es una cláusula natural del mismo, la cual no necesita ser estipulada para que se entienda operable en todos los contratos sinalagmáticos.

También cabe señalar que la condición resolutoria tiene dos especies, la tácita y la expresa: *“Por otro lado, hay que señalar también la distinción entre la condición resolutoria tácita y la condición resolutoria expresa o verdadera, pues la segunda opera de pleno derecho, a diferencia de la primera que se obtiene judicialmente. En efecto, esta diferencia entre ambas figuras está en su modo de producir efectos, toda vez que la condición resolutoria expresa actúa de un modo automático, ...”*⁴⁷⁸ Volviendo al ejemplo de la condición resolutoria expresa citada con respecto al artículo 37 de la Ley de Transporte del Distrito Federal, la condición resolutoria tácita podría estar redactada en un contrato bilateral de promesa, como sigue:

“Toda vez que el artículo 37 de la Ley de Transporte del Distrito Federal establece que no podrá realizarse la enajenación de la concesión para la prestación del servicio público de transporte sin la previa autorización de la Secretaría, el promitente vendedor se obliga a realizar todos

⁴⁷⁸ Sánchez Meda Urquiza, José Ramón. *Op. cit.*, p. 95.

los trámites correspondientes a fin de obtener la autorización de enajenación señalada por parte de la autoridad competente para que la cosa materia de éste acto se encuentre dentro del comercio, y a fin de que dicho vendedor se encuentre en posibilidad legal de enajenar dicha concesión en el contrato definitivo."

Es observa que no se señala expresamente que como consecuencia de no conseguir la autorización del organismo público señalado, el contrato se resolverá de pleno derecho, sin embargo esa es una consecuencia lógica que se desprende de dicha cláusula, y por ello puede afirmarse que la misma contiene una condición resolutoria tácita.

Habiendo confusión entre la condición resolutoria con el pacto comisorio, se atribuyeron los mismos efectos de aquélla a éste tratándose de los efectos jurídicos que se atribuyen por su inclusión expresa en el contrato o cuando se entiende tácitamente en el mismo. Y ello respondió evidentemente a que el pacto comisorio era identificado como una condición resolutoria, es decir, un acontecimiento futuro de realización contingente, que como ya se habrá evidenciado, es un error dadas las características apuntadas en este apartado.

4.2. CON LA NULIDAD.

Es frecuente también que la rescisión sea confundida con la nulidad, y entre ambas también se verifican diferencias sustanciales, si bien presentan también semejanzas significativas. Ya desde tiempos remotos la diferencia se había observado, y acuñado en el principio jurídico que establece que "*Quod nullum est, rescissione non eget*" [«Lo que es nulo no requiere rescisión»].⁴⁷⁹ La rescisión, presupone la existencia de un contrato válido, o en otras palabras, de un acto jurídico de esa naturaleza que contenga íntegros y observables, tanto sus elementos (de existencia), como sus requisitos (de validez). En cambio, en la nulidad se presupone un vicio genético, es decir, la inobservancia de uno o más de dichos elementos o requisitos, ya que el contrato nace de manera imperfecta. No constituye un valladar para establecer una diferenciación entre una y otra institución, el que pueda verificarse la rescisión de un contrato que pueda ser nulo por las causas que se enumeran en el Código Civil, ya que la posibilidad de llevar a

⁴⁷⁹ Mans Puigarnau, Jaime M. *Op. cit.*, p. 432.

cabo la rescisión obedece a que el acto jurídico afectado de nulidad surte sus efectos hasta en tanto la autoridad judicial lo declare nulo. Efectivamente, la nulidad "es una sanción legal que priva a un acto de los efectos propios del mismo, en virtud de un vicio existente al momento de su celebración."⁴⁸⁰ Y en cambio en la rescisión se presupone la existencia de un contrato "válido en su origen, cuyos efectos se extinguen en virtud de un hecho posterior a su celebración, hecho consistente en el incumplimiento de uno de los obligados."⁴⁸¹

Así entonces, se ha sostenido que la acción rescisoria es contradictoria con la acción de nulidad:

Quinta Época

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: LXXX

Página: 3455

RESCISION Y NULIDAD DE CONTRATOS. No son rescindibles las operaciones que no son válidas, y la nulidad es distinta de la rescisión.

Amparo civil directo 6103/42. Guzmán José. 16 de junio de 1944. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Lo anterior trae como consecuencia, que ambas acciones no pueden ser ejercitadas en un mismo proceso, porque las mismas no provienen de una misma causa; ello implica que, si se afirma el incumplimiento de un contrato se asevera que el mismo es válido, y por tanto se niega implícitamente que contenga un vicio genético, y a la inversa, si se asevera que un contrato tiene un vicio genético, entonces se niega su validez y por tanto la rescisión devendría improcedente y debe por tanto ejercitarse la acción de nulidad.

Quinta Epoca

Instancia: Tercera Sala

⁴⁸⁰ Sánchez Medal Urquiza, José Ramón. *Op. cit.*, p. 84.

⁴⁸¹ *Ibidem*, p. 84 y 85.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: LXXXII
Página: 1361

RESCISION Y NULIDAD, DIFERENCIA ENTRE LAS. La circunstancia de que el Código Civil vigente en el Distrito Federal, no contenga la disposición del código de 1884, relativa a que sólo pueden rescindirse las obligaciones que en sí mismas son válidas, no es bastante para considerar que debe rechazarse ese principio. Entre la rescisión y la nulidad existen diferencias esenciales, pues mientras aquella concluye con los efectos de un contrato válido, ésta declara la cesación de esos efectos, porque no haya habido contrato o porque esté viciado por alguno de los motivos señalados en la ley. Tradicionalmente, la rescisión es distinta de la nulidad, hasta el punto de que el tratadista Bonnacasse declara que esas acciones son opuestas y aún contradictorias, lo que es evidente, ya que no pueden ejercitarse simultáneamente la rescisión de un contrato, que supone su validez, y la nulidad del mismo, que supone su invalidez.

Amparo civil directo 1121/43. López y Tolsa Alejandro. 17 de octubre de 1944. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Emilio Pardo Aspe. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Tal ha sido la diferencia entre la rescisión y la nulidad, que se ha establecido que en un juicio en donde se verse sobre la rescisión y la nulidad de un contrato, como demanda y reconvención respectivamente, es correcto estudiar en primer término la nulidad, con la finalidad de tener por cierta la existencia y validez de un contrato que pueda ser rescindido, y de ahí se desprenderá la procedibilidad del estudio de la acción rescisoria. Así se estableció en la tesis jurisprudencial cuyo tenor es el siguiente:

Novena Época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo: X, Agosto de 1999

CONTRATOS. CUANDO SE DEMANDA SU RESCISIÓN Y SE RECONVIENE LA INEXISTENCIA O NULIDAD DEL CONVENIO RELATIVO, DEBE ANALIZARSE PRIMERAMENTE ESTA ÚLTIMA. Cuando se promueva la rescisión de un contrato y los demandados respecto de la misma relación reconviene su inexistencia o nulidad, es correcto que la autoridad responsable estudie en primer término esta última acción; ello porque de ser procedente la contrademanda se hará innecesario estudiar las prestaciones del actor consistentes en la rescisión del contrato y sus consecuencias, cuando éste es nulo, pues para que prospere o no su rescisión antes debe verse si éste es existente y válido.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL. DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 1293/98. Luz María Maydon Mier. 15 de junio de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretario: Agustín Archundia Ortiz.

Otra diferencia habida entre una y otra institución, se desprende a que mientras el hecho que da a lugar a la nulidad puede afectar intereses de orden público o privado, el incumplimiento que da lugar a la rescisión únicamente afecta intereses de orden privado o particulares, precisamente del contratante acreedor.⁴⁸²

Se ha afirmado que tanto la nulidad como la rescisión "*tienen en común que ambas figuras privan de los efectos a un negocio jurídico [...]*"⁴⁸³ ello en virtud de que tanto la rescisión como la nulidad, producen el efecto retroactivo, y al operar en ambas instituciones, se genera la obligación de restitución⁴⁸⁴ de las prestaciones

⁴⁸² Cfr. *Ibidem*, p. 85.

⁴⁸³ *Ibidem*, p. 84.

⁴⁸⁴ Dispone el artículo 2241 del Código Civil, que "*Mientras uno de los contratantes no cumpla con la devolución de aquello que en virtud de la declaración de nulidad del contrato está obligado, no puede ser compelido el otro a que cumpla por su parte.*" Ello recuerda a la "*exceptio non adimpleti contractus*" [«excepción de contrato no cumplido»] y a la "*exceptio non rite*

que en su caso se hubieren verificado, pero de igual manera las figuras son distintas puesto que en cuanto a la rescisión "*En este punto, sus efectos son semejantes a los de la nulidad; pero se diferencia claramente de ésta, en que el hecho que provoca la resolución es siempre posterior al contrato, en tanto que el que da lugar a la nulidad debe ser anterior o concomitante con la celebración.*"⁴⁸⁵ El fundamento del efecto retroactivo y la restitución consecuente de la nulidad, se encuentra en los artículos 2226, 2227 y 2239, los cuales establecen:

"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 reúna todos los caracteres enumerados en el artículo anterior. Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos.

[...]

ARTÍCULO 2239.- La anulación del acto obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado."

El criterio de semejanza entre ambas instituciones ha sido sustentado por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al establecer lo siguiente:

Quinta Época
Instancia: Tercera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: CXXVII

adimpleti contractus" [«excepción de contrato no cumplido como es debido»], las cuales pueden oponerse a la rescisión o al cumplimiento forzoso que se reclamen por un contratante, si éste no ha cumplido con sus correspondientes obligaciones.

⁴⁸⁵ Borda, cit. por Miquel, Juan Luis. *Op. cit.*, p. 230.

NULIDAD O RESCISIÓN, EFECTOS DE LA DECLARACIÓN SOBRE. Aun cuando resulta incongruente de parte de la autoridad responsable declarar la nulidad de un contrato respecto del cual se ejercitó la acción de rescisión por falta de cumplimiento, no por ello se integra ninguna violación de garantías, si no existe entre las partes problema alguno sobre daños y perjuicios, que serían motivo para distinguir la nulidad de la rescisión, pues jurídicamente ambas producen las mismas consecuencias, puesto que las dos destruyen el acto y sus efectos con igual eficacia.

Amparo directo 2830/54. Luis Alvarez del Castillo. 2 de febrero de 1956. Cinco votos. Ponente: Hilario Medina.

Tesis relacionada con jurisprudencia 192, Apéndice 1917-1985, Cuarta Parte, Tercera Sala.

Lo que es común también a la rescisión y a la nulidad, es que ambas pueden generar daños y perjuicios, aunque su causa sea distinta:

Quinta Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XXXIII

Página: 782

DAÑOS Y PERJUICIOS. Los daños y perjuicios sólo pueden derivarse de la rescisión o la nulidad del contrato respectivo, y si no se ha hecho valer ni una ni otra acción, es improcedente condenar al pago de los daños y perjuicios.

TOMO XXXIII. Pág. 782. Domínguez Diego, Suc. de.- 29 de septiembre de 1931.

En relación a los daños y perjuicios señalados en la tesis anterior, se establece una diferencia como se señala, ya que su causa es distinta: en la rescisión

la causa de los posibles daños y perjuicios lo es el incumplimiento de las obligaciones recíprocas o las obligaciones que las partes han considerado de suma importancia cumplir, y en cambio en la nulidad, los daños y perjuicios pueden generarse por la inobservancia de los requisitos o elementos del contrato que engendren dichos eventos, aún y cuando ambos sean hechos ilícitos. Asimismo la nulidad opera con efecto retroactivo absoluto, en cualquier acto así declarado, y en cambio la rescisión puede dejar firmes las obligaciones cumplidas y cuya restitución material no pueda llevarse a cabo, cuando se trate de prestaciones divisibles,⁴⁸⁶ como sucede en el contrato de arrendamiento con respecto a la división del precio para ser pagado en parcialidades. Esto no significa que exista una rescisión parcial⁴⁸⁷ en este caso: quedan firmes las obligaciones cumplidas por justicia y equidad, extinguiéndose la totalidad del acto al rescindirse.

⁴⁸⁶ Sánchez Medial Urquiza, José Ramón. *Op. cit.*, p. 85. En la compraventa en abonos que se rescinda, si puede caber la restitución de los pagos parciales, v.gr. si la cosa no se entregó para el uso convenido. En realidad, al operar la rescisión se dejan firmes únicamente aquellas obligaciones divisibles otorgadas y que hubieren correspondido a una contraprestación cumplida.

⁴⁸⁷ Puede verificarse la rescisión parcial de un contrato en donde exista la mancomunidad simple. Piénsese por ejemplo en una compraventa en donde A enajene a B, C, D y E, cuatro toneladas de alguna semilla, quedando estipulado que cada uno recibirá una tonelada, debiendo pagar su precio cada uno a A. Si D no paga al recibir la tonelada de semilla, entonces incurrirá en un incumplimiento que puede originar la rescisión parcial del contrato por cuanto se refiere a su relación con A, porque existe una mancomunidad simple, extinguiéndose totalmente el vínculo habido entre éstas partes. Así se desprende del texto del artículo 1985, el cual señala que "*La simple mancomunidad de deudores o de acreedores no hace que cada uno de los primeros deba cumplir íntegramente la obligación, ni da derecho a cada uno de los segundos para exigir el total cumplimiento de la misma. En este caso el crédito o la deuda se consideran divididos en tantas partes como deudores o acreedores haya y cada parte constituye una deuda o un crédito distintos unos de otros.*" En este sentido, el contrato entonces podría ser rescindido parcialmente por cuanto al incumplimiento de D, subsistiendo en cuanto a B, C y E, consagrándose los aforismos jurídicos que expresan que "*Non debet aliquis alterius odio praegravari*" [*«La culpa de uno no debe dañar a otro que no tuvo parte»*] (Cejudo y Ormaechea, Ignacio. *Op. cit.*, p. 56), y el que expresa que "*Unusquisque doli sui poenam sufferat*" [*«Cada Uno debe soportar la pena por su propio dolo»*] (Mans Puigarnau, Jaime M. *Op. cit.*, p. 156). Lo anterior también se desprende por analogía, de la tesis de jurisprudencia cuyo texto establece: "OBLIGACION MANCOMUNADA. PLURALIDAD DE DEUDORES. EFECTOS JURIDICOS CUANDO UNO DE ELLOS INCUMPLE O INCURRE EN MORA. De conformidad con los artículos 1984 y 1985 del Código Civil para el Distrito Federal, la mancomunidad se da cuando en una sola obligación hay pluralidad de sujetos acreedores, deudores, o de ambos, y el objeto a pagar se considera dividido en tantas partes como acreedores o deudores haya, lo que origina que la deuda se pueda dividir conforme a lo que se pacta en el momento de hacer o constituirse la obligación, y que por ello, los deudores y acreedores determinan cuánto debe pagar cada uno de los primeros,

Ambas figuras pueden en un momento determinado estar presentes en algún contrato, ya que la nulidad también puede ser parcial, lo que significa que ésta puede dejar subsistente el acto jurídico bilateral en lo que sea válido, dejando abierta la posibilidad de rescindirlo. Ello se desprende del artículo 2238 del Código Civil, el cual establece:

“ARTÍCULO 2238.— El acto jurídico viciado de nulidad en parte, no es totalmente nulo, si las partes que lo forman pueden legalmente subsistir separadas, a menos que se demuestre que al celebrarse el acto se quiso que sólo integramente subsistiera.”⁴⁸⁸

Ejemplo de lo anterior lo constituiría una cláusula penal, pacto privado de regulación de la responsabilidad civil aplicable si se verifica un daño o perjuicio como consecuencia del incumplimiento, que excediera el valor o la cuantía de la obligación principal, lo cual estaría en contravención con lo establecido por el artículo 1843 del código sustantivo de la materia:

sin que éstos deban cumplir íntegramente la obligación, ya que cada crédito o deuda es distinto uno de otro; consecuentemente, cuando existe mancomunada pasiva, esto es, cuando hay pluralidad de deudores y un solo acreedor, si uno de los deudores resulta insolvente, su parte en la deuda no tiene que ser cubierta por los demás, y si se pactó una cláusula penal, sólo la paga el codeudor que incurrió en mora, en la parte proporcional que le corresponda.” (Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: IX, Febrero de 1992, Página: 227. Amparo directo 2741/91. Herlinda López García y otro. 7 de noviembre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: José Luis Caballero Cárdenas. Secretario: Alejandro Javier Pizaña Nila.

⁴⁸⁸ Igualmente se ha expresado que con base en lo dispuesto en éste artículo, también puede verificarse la inexistencia parcial de un acto jurídico: “INEXISTENCIA PARCIAL DE LOS ACTOS JURIDICOS. Aplicado por analogía el artículo 2238 del Código Civil, en virtud del principio “ubicadem ratio idem jus”, el acto jurídico complejo inexistente en parte, no es totalmente inexistente si las partes que lo forman pueden legalmente subsistir separadas.” (Quinta Época, Instancia: Sala Auxiliar, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: CXVI, Página: 534. Amparo civil directo 7097/50. Crédito General de México, S. A. 17 de junio de 1953. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Angel González de la Vega. 1.a publicación no menciona el nombre del ponente). Pensamos que ello acontecería en actos jurídicos con varios objetos en donde uno de ellos fuese imposible, o que el consentimiento no hubiere sido expresado con respecto de alguna estipulación.

"ARTÍCULO 1843.- La cláusula penal no puede exceder ni en valor ni en cuantía a la obligación principal."

Si excediere el valor o cuantía de la obligación principal, dicha cláusula sería nula, dejando intocada la validez del contrato, de acuerdo al artículo 2238 ya citado y 1841 en su primera parte, la cual establece:

"ARTÍCULO 1841.- La nulidad del contrato importa la de la cláusula penal; pero la nulidad de ésta no acarrea la de aquél."

La nulidad y la rescisión pueden ser parciales o pueden afectar a todo el acto jurídico, sin embargo pensamos que la circunstancia de que se verifiquen casos en que determinadas obligaciones no se cumplan, y que las partes contratantes no reclamen, configura un mutuo disenso (otra especie de extinción de obligaciones) y no una rescisión parcial.

Analizaremos con posterioridad que otra forma de convivencia puede observarse entre la nulidad y la rescisión, y que es cuando ésta se encuentra afectada de aquélla, tratándose de la rescisión de pleno derecho que se realiza ilícitamente.⁴⁸⁹

En cuanto a la operatividad de pleno derecho, tanto la rescisión como la nulidad presentan también una semejanza y lo es que ambas pueden operar de pleno derecho: la primera, como veremos, si se encuentra expresamente establecida por las partes en el contrato; la segunda si se encuentra expresamente señalada en una ley como sanción o consecuencia,⁴⁹⁰ como acontece los casos previstos *v. gr.*, por los artículos 64 de la Ley Agraria, 69 de la Ley General de Bienes Nacionales y 155 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que se citan respectivamente a continuación:

"ARTÍCULO 64.- Las tierras ejidales destinadas por la asamblea al asentamiento humano conforman el área

⁴⁸⁹ *Vid. Infra*, p. 273 *et seq.*

⁴⁹⁰ *Cfr.* con la jurisprudencia citada en la nota de pie de página número 273. Es muy probable que este criterio de operatividad de pleno derecho de la nulidad, haya inspirado al Poder Judicial de la Federación a determinar análogamente que cuando el pacto comisorio se encuentre expreso en el contrato operará de pleno derecho, y de lo contrario, deberá demandarse judicialmente.

irreductible del ejido y son inalienables, imprescriptibles e inembargables, salvo lo previsto en el último párrafo de este artículo. Cualquier acto que tenga por objeto enajenar, prescribir o embargar dichas tierras será nulo de pleno derecho."

"ARTICULO 69.- Los actos, negocios jurídicos, convenios y contratos que realicen las dependencias y entidades paraestatales con violación de lo dispuesto en esta ley, serán nulos de pleno derecho."

"ARTÍCULO 155.- La nulidad a que se refiere el artículo anterior es de pleno derecho y por tanto, no requiere declaración judicial.

Los tribunales declarados competentes harán que las cosas se restituyan al estado que tenían antes de practicarse las actuaciones nulas; salvo que la ley disponga lo contrario."⁴⁹¹

4.3. CON LA REVOCACIÓN.

La revocación es definida como *"un acto jurídico unilateral o bilateral, por medio del cual se pone fin a otro acto jurídico anterior, unilateral o bilateral, plenamente válido, por razones de conveniencia y oportunidad catalogadas subjetivamente por una sola parte, o bien, apreciadas en forma objetiva por ambas, según sea el caso."⁴⁹²*

⁴⁹¹ Dispone el Artículo 154 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que *"Es nulo todo lo actuado por el juez que fuere declarado incompetente, salvo: I.- La demanda, la contestación a la demanda, la reconvección y su contestación, si las hubo, las que se tendrán como presentadas ante el juez en que reconocida una incompetencia, sea declarado competente; II.- Las actuaciones relativas al conflicto competencial, o aquellas por las que se decreta de oficio; III.- Cuando la incompetencia sea por razón del territorio o convengan las partes en su validez; IV.- Que se trate de incompetencia sobrevenida; y V.- Los demás casos en que la ley lo exceptúe."* No obstante estas nulidades de pleno derecho señaladas expresamente en la ley, es de reconocerse que para dar seguridad jurídica al afectado se requerirá, cuando menos, la constatación de la misma que realice al respecto el juez competente, sin que ello signifique que la nulidad surta sus efectos a partir de aquélla; en los casos de manifiesta violación no se requerirá lógicamente dicha constatación.

⁴⁹² Gutiérrez y González, Ernesto. *Op. cit.*, p. 639.

La revocación y la rescisión, como ya se había anunciado a estudiarse el concepto de éste última,⁴⁹³ son dos subespecies de la resolución, que a su vez es la especie del género resolución. Por tanto, de la propia definición de la revocación, se observan las diferencias habidas entre ésta figura y la rescisión.

Tenemos así que la revocación es un acto jurídico que puede ser unilateral o bilateral, y en cambio la rescisión es un acto siempre unilateral cuya operatividad depende de la voluntad del acreedor.

La revocación pone fin a otro acto jurídico anterior, unilateral o bilateral, plenamente válido. La rescisión pone fin a otro acto jurídico anterior, pero dicho acto es siempre bilateral o sinalagmático, es decir, un contrato o un convenio *stricto sensu* de prestaciones recíprocas.

La revocación también, pone fin a ese acto unilateral o bilateral plenamente válido, por razones de conveniencia catalogadas subjetivamente por una sola parte, o bien, apreciadas en forma objetiva por ambas, según sea el caso. La rescisión en cambio, pone fin a un acto bilateral plenamente válido, por verificación de un incumplimiento del cual es responsable una de las partes. Efectivamente puede afirmarse que en la rescisión se pone fin a un acto jurídico bilateral, por razones de conveniencia por la estimación y valoración que puede abrigarse en el acreedor sobre la posibilidad de satisfacción de sus necesidades por el cumplimiento de la obligación, observando el incumplimiento verificado; y dado el carácter optativo del contratante cumplidor, éste puede catalogar subjetivamente dicho incumplimiento como lo suficientemente grave o no para reclamar la rescisión o el cumplimiento forzoso. Sin embargo, las razones de conveniencia y catalogación subjetiva en el caso de la revocación se desprenden espontáneamente, y en el caso de la rescisión nacen por virtud del incumplimiento.

4.4. CON LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO POR MUTUO CONSENTIMIENTO.

La terminación del contrato por mutuo consentimiento (también identificada con el nombre de mutuo disenso o con el galicismo resiliación en otros sistemas jurídicos civiles como el argentino), es también esencialmente distinta de la rescisión, puesto que aquélla forma de terminación presupone la verificación de un

⁴⁹³ Vid. *Supra*, p. 45.

posterior acto jurídico (convenio *stricto sensu*), por el cual ambas partes convienen en extinguir las obligaciones nacidas en virtud de la celebración del contrato, lo cual realizan por considerarlo conveniente a los intereses de ambos; en la rescisión en cambio, las partes acuerdan en otorgar al contratante-acreedor perjudicado la facultad de poner fin unilateralmente al contrato bilateral celebrado por las mismas en caso de verificarse el incumplimiento, por cualquiera de ellas, de las obligaciones cuya inobservancia es merecedora de tal acto; en otras palabras, la extinción por mutuo consentimiento es un acto en el cual debe verificarse la concurrencia de las voluntades de los contratantes, es decir el consentimiento, siendo por tanto un convenio plurilateral y en la rescisión debe verificarse únicamente la voluntad del contratante perjudicado por el incumplimiento, de allí que sea un acto jurídico unilateral.

No constituye un valladar a lo anterior el carácter de norma dispositiva del pacto comisorio (cláusula natural), con la cual la ley suple la voluntad de las partes cuando no existe estipulación expresa al respecto, ya que dicha cláusula es una medida preventiva, protectora de los intereses del contratante perjudicado, y como se ha observado, la terminación del contrato por mutuo consentimiento se lleva a cabo por conveniencia de los contratantes, que puede ser también de manera preventiva para evitar un conflicto, desde luego aún no presente, pero ello no es con base en el incumplimiento, elemento *sine qua non* para la operatividad del pacto comisorio.

Ésta facultad constituye la categoría de derecho subjetivo *como poder de extinción jurídica*, contraria al derecho subjetivo *como poder de formación jurídica*; ya Gayo (Ley Núm. 100, Título 17, *de regulis iuris*, Libro 50 del Digesto), había expresado la lógica de la existencia de una institución como la que se estudia, al establecer que: "*Omnia quae iure contrahuntur, contrario iure percutunt*" [«Todo lo que se contrata en derecho se extingue por un derecho contrario»],⁴⁹⁴ y que como hemos visto, el derecho de extinción puede ser ejercitados por ambas partes (de manera conjunta), en el caso del llamado mutuo disenso (pelo opuesto del mutuo consentimiento), cuya finalidad es la extinción y no la creación de una situación jurídica concreta), o por sólo una de ellas, de manera unilateral, como en el caso de la rescisión, la cual tiene su sustento en un hecho ilícito por parte de uno de los contratantes, a saber, el incumplimiento culpable de las prestaciones a que se ha obligado; en la especie, el pacto comisorio es un derecho subjetivo de extinción

⁴⁹⁴ Mans Puigarnau, Jaime M. *Op. cit.*, p. 64.

jurídica, pues otorga al contratante cumplidor afectado, la facultad de rescindir el contrato bilateral donde sea parte (resolver las obligaciones recíprocas), por verificación del incumplimiento culpable por parte del otro contratante (u obligado correlativo).⁴⁹⁵

El mutuo disenso tiene entonces su fundamento en los artículos 1792 y 1793 del Código Civil, cuyo contenido es conveniente volver a transcribir:

“ARTÍCULO 1792.- Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

ARTÍCULO 1793.- Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos, toman el nombre de contratos.”

Así, por exclusión, el convenio *stricto sensu* que extingue obligaciones (mutuo disenso), es un medio jurídico para ponerle fin a un contrato.

Ahora bien, la operatividad del mutuo disenso puede verificarse en contratos unilaterales y bilaterales, de manera tácita, si el obligado no ha dado cumplimiento a su obligación en la primera de las categorías mencionadas, o en la segunda si se trata de obligaciones de cumplimiento alterno, o ambas si el contrato es de cumplimiento simultáneo (no obstante que en ambos casos las partes hayan incurrido en mora), y aún puede llevarse a cabo dicho convenio extintivo si ambas partes han ejecutado casi de manera total sus obligaciones, dado que si han cumplido con las mismas en su integridad, el acto jurídico que se realice para devolver las cosas al estado anterior no será un convenio *stricto sensu*, sino un verdadero contrato, ya que evidentemente, tal y cual no puede prorrogarse un término fenecido, tampoco puede modificarse o extinguirse convencionalmente obligaciones cuyo cumplimiento se ha verificado por ejecución de las partes de acuerdo al contrato celebrado por éstas. Así entonces, al celebrarse un nuevo contrato, se volverán a verificar las prestaciones en vía de regreso.

Ahora bien, efectivamente en ninguno de los casos mencionados en donde procede el convenio *stricto sensu* de mérito, operará la retroactividad en el mismo sentido que en la rescisión. La extinción de las obligaciones por el mutuo disenso

⁴⁹⁵ *Vid. Supra*, p. 48.

no desconoce la existencia de un contrato anterior; lo mismo acontece con la rescisión, pero al operar ésta, el contrato válido quedará destruido como si no hubiese sido celebrado, al igual que en la nulidad; de ahí que se afirme que ambas figuras destruyen el acto y sus efectos con igual eficacia.

4.5. CON LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO.

La excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*), es la oposición dilatoria que se presenta contra la acción de cumplimiento forzoso o contra la rescisión de un contrato con prestaciones recíprocas. Como se observa, la base de la cual parte tanto el pacto comisorio y la excepción mencionada es un contrato sinalagmático, y de ahí el rasgo común de una y otra institución, es decir, el fundamento de ambas es "la interdependencia funcional de las prestaciones en un contrato sinalagmático, lo que quiere decir que hay un nexo de reciprocidad que deben guardar las prestaciones correlativas en la fase de la ejecución del contrato y no sólo al momento de formarse o de perfeccionarse el contrato bilateral."⁴⁹⁶ Dicha excepción surge del propio texto del artículo 1949 del Código Civil.

No obstante lo anterior, ambas figuras presentan sendas diferencias. En principio, la finalidad que se busca con una y otra es completamente distinta, ya que mientras la rescisión está encaminada a ponerle fin al contrato bilateral por verificación de un incumplimiento del cual es responsable una de las partes, la excepción en estudio únicamente tiende a dilatar el cumplimiento, permitiendo que dicho acto permanezca subsistente para que su conclusión se realice precisamente con el cumplimiento de las obligaciones bilaterales contenidas en él, por ello, la *exceptio non adimpleti contractus* es de las que se catalogan como excepción formal o de rito (mejor conocida como dilatoria), es decir, como aquella que no se opone en el fondo a la pretensión del actor en el juicio respectivo en donde se ejercita la acción de cumplimiento forzoso del contrato; de ahí que el excepcionante asuma una actitud pasiva. Efectivamente, ya se ha analizado que para el ejercicio de las acciones de rescisión o cumplimiento forzoso, el contratante acreedor perjudicado, debe demostrar haber cumplido con sus respectivas obligaciones;⁴⁹⁷ y cuando no se verifica dicha circunstancia, no puede acudirse a exigir el cumplimiento de las obligaciones de la contraparte, ya que ésta puede oponer la

⁴⁹⁶ Sánchez Meda Urquiza, José Ramón. *Op. cit.*, p. 86.

⁴⁹⁷ *Ibid. Supra*, pp. 97 y 98.

excepción dilatoria mencionada, la cual sólo retrasa el cumplimiento de la obligación hasta que la otra parte también cumpla, y ello como se observa, no imposibilita el futuro cumplimiento del contrato, una vez cumplida la obligación a cargo de la parte actora (pues si se encuentra también en mora, no puede exigir el cumplimiento), debiendo observarse igualmente que las obligaciones de las partes sean de ejecución simultánea, puesto que en caso contrario, es decir, cuando se verifican obligaciones de cumplimiento alterno o sucesivo, ninguna de las partes estaría facultada para plantearla.⁴⁹⁸

En la rescisión en cambio, la actitud del contratante acreedor perjudicado es activa y encaminada al fin del contrato por la patología verificada, es decir, por el incumplimiento.

5. NECESIDAD DE REUBICAR AL ARTÍCULO 1949 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Ya señalados los matices particulares y esenciales del pacto comisorio, lo cual le da un carácter distintivo a las figuras limítrofes estudiadas en el apartado inmediato anterior, es inobjetable que el artículo 1949 del Código Civil para el Distrito Federal debe reubicarse. Efectivamente al haberse establecido que el pacto comisorio no es una condición resolutoria, la ubicación del mismo dentro del Libro Cuarto, *De las obligaciones*; Primera Parte, *De las obligaciones en general*; Título Segundo, *Modalidades de las obligaciones*; Capítulo 1, *De las obligaciones condicionales*, es completamente errónea. Desde luego que ésta conclusión ha sido producto de la marcada evolución conceptual del pacto comisorio y por ello se entiende entonces que por cuestiones de época dicho pacto haya sido incluido en el lugar que actualmente ocupa dentro del Código Civil.

Así las cosas, es necesario que a fin de que el cuerpo normativo tenga congruencia doctrinal y científica, la facultad rescisoria sea reubicada, con su texto íntegro, al Libro Cuarto, *De las obligaciones*; Primera Parte, *De las obligaciones en general*; Título Cuarto, *Efectos de las obligaciones*; Incumplimiento de las obligaciones; Capítulo 1, *Consecuencias del incumplimiento de las obligaciones*, del Código Civil para el Distrito Federal. Precisamente dentro de las consecuencias que pueden nacer del incumplimiento de las obligaciones de un contrato

⁴⁹⁸ Vid. *Supra*, p. 82.

sinalagnático se encuentra la posibilidad de ejercer el cumplimiento forzoso o la rescisión del mismo, es decir, la consecuencia inmediata es el nacimiento de ambas facultades, mismas que de manera mediata se actualizarán de acuerdo al *ius optandi* ínsito e inseparable a los mencionados, derecho de opción que en su ejercicio, el contratante acreedor perjudicado determine cuál es conveniente actualizar de acuerdo a sus intereses.

Lo anterior no responde evidentemente fútiles razones dado el contenido científico que se le atribuye al Derecho. Las precisiones doctrinales deben acuñarse en los textos trascendentales en la vida jurídica de un pueblo, es decir, sus leyes. En cuanto a la reubicación del artículo 1949, la misma no responde entonces a un baladí, sino que ello, como se ha observado, tiene trascendencias prácticas muy importantes, ya que como se analizó, el pacto comisorio es esencialmente distinto de la condición resolutoria, y por tanto el reconocimiento de medulares diferencias traerá precisión al Derecho, precisión que ninguna ciencia que pretenda tener dicha categoría tildará de anodino. La trascendencia es también práctica, porque como ya se ha visto, son múltiples los elementos que deben probarse para la procedencia del pacto comisorio, elementos que no son exigidos para la operatividad de la condición resolutoria. Así entonces la presentación de demandas de rescisión en los casos que se requiere, será más clara y precisa, con la consecuente emisión de sentencias y en su caso jurisprudencias perfeccionadas con respecto al tema, en donde se exponga la verdadera naturaleza de la institución, con el consecuente colorario en beneficio de nuestra ciencia social.

6. EL PACTO COMISORIO Y SU OPERATIVIDAD.

Expuestos los puntos anteriores, es momento para analizar los dos sistemas de operatividad del pacto comisorio, reconocidos en nuestro sistema jurídico, exponiendo sus fundamentos y críticas, de acuerdo a los estudios doctrinales que se han realizado al respecto, y las consecuencias que dichos sistemas han suscitado en el foro nacional. Los sistemas a los que nos estamos refiriendo son, desde luego, la operatividad jurisdiccional y la operatividad de pleno derecho o "*ipso iure*", lo cual entonces se analiza en los puntos inmediatos siguientes.

6.1. OPERATIVIDAD JURISDICCIONAL.

La operatividad jurisdiccional del pacto comisorio es aquella que se verifica por sentencia dictada por las autoridades competentes, es decir, por los jueces en materia civil.

La rescisión judicial opera a través del ejercicio de la acción de mérito y no por excepción. En términos generales la acción entraña una actividad, mientras que la excepción entraña una oposición a esa actividad. Así, como la rescisión es un acto voluntario entonces lógicamente se debe desplegar una actividad encaminada al logro de la extinción de las obligaciones. Cuando se expresa que "*Reus in exceptionibus, actor reputabitur*" [«El demandado se reputa actor en las excepciones»⁴⁹⁹], ello se refiere no a que la excepción se considere como una actividad, sino a que al oponerse el demandado debe probar, al igual que el actor, los elementos constitutivos de su excepción: Decio afirmó (*In tit. ff. De regulis iuris*, r. 43, 5), que "*Reus exceptiones quas obicit probare tenetur* [«El demandado está obligado a probar las excepciones que oponente»⁵⁰⁰], salvo que se verifique una mera negación (defensa), con la que se revertirá la carga de la prueba,⁵⁰¹ cuya excepción en materia de incumplimiento se observa de lo preceptuado en el artículo

⁴⁹⁹ Mans Puigamau, Jaime M. *Op. cit.*, p. 12.

⁵⁰⁰ *Loc. cit.*

⁵⁰¹ Ejemplo de lo señalado lo constituye lo señalado en la siguiente jurisprudencia. "SINE ACTIONE AGIS. La defensa de carencia de acción o sine actione agis, no constituye propiamente hablando una excepción, pues la excepción es una defensa que hace valer el demandado, para retardar el curso de la acción o para destruirla, y la alegación de que el actor carece de acción, no entra dentro de esa división. Sine actione agis no es otra cosa que la simple negación del derecho ejercitado, cuyo efecto jurídico, solamente puede consistir en el que generalmente produce la negación de la demanda, o sea, el de arrojar la carga de la prueba al actor, y el de obligar al juez a examinar todos los elementos constitutivos de la acción." (Octava Época, Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tomo: 54, Junio de 1992, Tesis: VI. 2o. J/203, Página: 62. Amparo directo 144/88. María Trinidad Puga Rojas. 6 de septiembre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: José Mario Machorro Castillo; Amparo directo 68/89. Celia Alonso Bravo. 7 de marzo de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: José Mario Machorro Castillo; Amparo directo 442/89. Rodrigo Bernabé García y Sánchez y otro. 21 de noviembre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: José Mario Machorro Castillo; Amparo directo 104/92. Flotilde Bareala Rubio. 25 de marzo de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Jorge Alberto González Álvarez; Amparo directo 167/92. Fernando Ortiz Pedroza. 29 de abril de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Jorge Alberto González Álvarez).

282, fracción I, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el cual establece:

"ARTÍCULO 282.- El que niega sólo será obligado a probar:

I. Cuando la negación envuelva la afirmación expresa un hecho;

[...]."

La negación de un incumplimiento envuelve la afirmación expresa de otro hecho que es el cumplimiento, por lo que corresponde al demandado probarlo.⁵⁰²

Pues bien, la operatividad jurisdiccional de la rescisión presupone la instauración de un procedimiento por parte del contratante acreedor perjudicado, en contra del contratante que ha incumplido con las obligaciones que debía otorgar y que se desprenden de un contrato sinalagmático. En dicho procedimiento precisamente se ejercita la denominada acción rescisoria, sea por la vía ordinaria o la especial, según se desprende del propio Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Observándose las diversas disposiciones del código adjetivo, se concluye que en el mismo se contempla la posibilidad de ejercitar la acción rescisoria en vía especial, la cual se contempla el Título Séptimo, Capítulo II, Sección Segunda, del código en cita, específicamente en los artículos 464 a 467. Dichos artículos establecen lo siguiente:

"ARTÍCULO 464.- Si el título ejecutivo⁵⁰³ contiene obligaciones recíprocas, la parte que solicite la ejecución al

⁵⁰² *Vid. Supra*, p. 182.

⁵⁰³ Los títulos que tiene aparejada ejecución se describen en el artículo 443 del Código Adjetivo de la materia, y en el cual se señalan: *"I.- La primera copia de una escritura pública expedida por el juez o notario ante quien se otorgó; II.- Las ulteriores copias dadas por mandato judicial, con citación de la persona a quien interesa; III.- Los demás instrumentos públicos que conforme al artículo 333 hacen prueba plena; IV.- Cualquier documento privado después de reconocido por quien lo hizo o lo mandó extender; basta con que se reconozca la firma aun cuando se niegue la deuda; V.- La confesión de la deuda hecha ante juez competente por el deudor o por su representante con facultades para ello; VI.- Los convenios celebrados en el curso de un juicio ante el juez, ya sea de las partes entre sí o de terceros que se hubieren obligado como fiadores, depositarios o en cualquier otra forma; VII.- Las pólizas originales de contratos celebrados con intervención de corredor público; VIII.- El juicio uniforme de contadores si las partes ante el*

presentar la demanda hará la consignación de las prestaciones debidas al demandado o comprobará fehacientemente haber cumplido con su obligación.

ARTÍCULO 465.- El contrato de compraventa concertado bajo la condición resolutoria de la falta de pago del precio total o parcial, da lugar a la acción ejecutiva para recuperar la cosa vendida si el acreedor consigna las prestaciones recibidas del demandado con la reducción correspondiente al demérito de la cosa calculado en el contrato o prudentemente por el juez.

ARTÍCULO 466.- Procede también la acción ejecutiva para recuperar, bajo las mismas condiciones indicadas en el artículo anterior, el bien que se enajenó con reserva del dominio hasta la total solución del precio.

ARTÍCULO 467.- Para que procedan en vía ejecutiva las acciones a que se refieren los artículos que preceden se necesita que los contratos se hayan registrado como lo previene el Código Civil."

El artículo 464 reitera la interrelación de las obligaciones recíprocas del contrato bilateral y el cumplimiento que debe verificarse por parte del contratante perjudicado de sus respectivas obligaciones, tratándose desde luego, de contratos bilaterales que generan obligaciones de cumplimiento simultáneo, para encontrarse entonces legitimado para demandar la rescisión contractual, aunque es erróneo señalar que la presentación se consignarán las prestaciones debidas al deudor al presentar la demanda, pues ello sólo procederá cuando no se haya incurrido en mora, ya que de lo contrario, faltará uno de los elementos de procedencia de la rescisión; tampoco es afortunada lo señalado en este artículo, por cuanto a aquéllos contratos de obligaciones de cumplimiento alternado, en donde el contratante que debe otorgar primero la prestación no lo haga, y el acreedor perjudicado demande

juez o por escritura pública o por escrito privado reconocido judicialmente se hubieren sujetado a él expresamente o lo hubieren aprobado." Evidentemente dentro de las fracciones IV y V citadas, se encuentran los contratos privados escritos o verbales, para los cuales deben llevarse a cabo los medios preparatorios del juicio ejecutivo, contemplados en los artículos 201 a 204 del mismo Código de Procedimientos Civiles.

la rescisión por ésta vía, puesto que parecería que para que procediese su acción debe otorgar las prestaciones correspondientes sin haber recibido las propias, lo que desde luego es contrario a la excepción de contrato no cumplido.

Ahora bien, la ejecución a que se refieren los artículos transcritos, no se refieren efectivamente a la ejecución forzosa o cumplimiento forzoso, sino a la vía ejecutiva propiamente, pues dicha ejecución se refiere a aquella que se realiza antes del pronunciamiento de la sentencia según la naturaleza de la acción ejecutiva y en donde se verifica la inversión del proceso para la recuperación de la cosa, llevándose después la etapa del conocimiento o instrucción, o en sentido contrario, no se refiere a la ejecución forzosa para lograr el cumplimiento de la prestación o prestaciones debidas, sino al procedimiento judicial para la recuperación de la cosa aún en contra de la voluntad del deudor. Los artículos 465 y 466 otorgan la posibilidad de ejercitar la acción ejecutiva para recuperar la cosa enajenada en un contrato de compraventa (y por analogía pensamos que es procedente la acción ejecutiva para recuperar también el precio en los mismos casos), una vez que se ha verificado el incumplimiento del comprador al no pagar el precio; finalmente el artículo 467 establece un requisito más para el ejercicio de la acción ejecutiva en los casos contemplados en los artículos precedentes, y que es a saber, la inscripción de dichos contratos en el Registro Público de la Propiedad, de acuerdo al procedimiento que se establece en el Código Civil, Libro Cuarto, Tercera Parte, Título Segundo, intitulado *Del Registro Público*.

Igualmente se deduce lo anterior, del texto de la tesis jurisprudencial que establece:

Sexta Época

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: Cuarta Parte, XXXII

Página: 22

ACCIÓN RESCISORIA EN VÍA EJECUTIVA, REQUISITOS DE LA. Los artículos del 464 al 467 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales, sólo establecen reglas específicas relativas al ejercicio de la acción rescisoria en la vía ejecutiva, por lo que los requisitos que señalan estos últimos artículos también

tienen que cumplirse para la procedencia de la vía ejecutiva, en relación con este tipo especial de juicios ejecutivos derivados del ejercicio de la acción rescisoria.

Amparo directo 2850/56. Jacobo Pérez Barrozo. 29 de febrero de 1960. 5 votos. Ponente: Manuel Rivera Silva.

En el análisis de ésta acción, se ha expresado que *“Aunque la ley la denomina acción rescisoria en realidad no tiene ese carácter porque los juicios ejecutivos no son declarativos, y la rescisión presupone una declaración formulada en sentencia definitiva. Lejos de que en el proceso respectivo se declare rescindida la venta, la acción presupone resuelto ya el contrato.”*⁵⁰⁴ Lo anterior es acertado en cuanto a la naturaleza de los juicios ejecutivos, sin embargo pensamos que si es posible rescindir el contrato en el mismo procedimiento, pues éste se revela en estos casos como sintético. La sentencia de rescisión no será declarativa en todos los casos, puesto que si se ha transmitido alguna cosa, la que es materia de la ejecución, la declaración llevará imbibita precisamente a ésta y así, la sentencia *“Es de condena cuando busca también la posterior actuación de la voluntad de la ley, o sea, si prepara la ejecución.”*⁵⁰⁵

Octava Época

Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL NOVENO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XII, Diciembre de 1993

Página: 962

SENTENCIAS EN MATERIA CIVIL, DECLARATIVAS Y DE CONDENA, DIFERENCIAS. En materia civil, todas las sentencias contienen una declaración de derechos en su parte resolutive. Pero las meramente declarativas no contienen otra cosa más, en lo que respecta la cuestión principal deducida en el pleito; esto es, que su contenido se agota en la declaración que hace. Las sentencias de condena contienen, por una parte, una declaración respecto del derecho del actor y de la

⁵⁰⁴ Bañuelos Sánchez, Froylán. *Nueva Práctica Civil Forense*. Tomo II, 11ª Edición, México, Sista, 2000, p. 466.

⁵⁰⁵ Chioyenda, José. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I, Cárdenas, México, p. 222.

obligación correlativa del demandado; además, ordena la ejecución forzosa para el caso de que el demandado, dentro de un plazo determinado, no cumpla la obligación declarada, este fallo hace cierto e indubitable el derecho del actor y manda al órgano de ejecución que lo haga efectivo, en el supuesto citado. Por esta circunstancia, toda sentencia de condena es al mismo tiempo declarativa y además ejecutiva. Citando a Chiovenda, se puede decir que "La diferencia está, pues, en que la sentencia de condena tiene dos funciones distintas, y la de declaración hay una sola".

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL NOVENO CIRCUITO.

Amparo en revisión 127/93. María Teresa Almaraz Torres. 2 de septiembre de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Baltazar Alvear. Secretario: Esteban Oviedo Rangel.

Pensamos de tal guisa que la sentencia de rescisión será declarativa, únicamente en los casos en que no haya habido transmisión de cosa alguna y que no se hayan causado daños y perjuicios que deban resarcirse, ya que de lo contrario será de condena, pues la devolución de la cosa o la indemnización que es consecuencia natural de la rescisión que se traducen y suponen una prestación a cargo del demandado (artículos 2107 y 2011, fracción III del Código Civil). *"Correlativo al concepto de condena es el de prestación."*⁵⁰⁶

*"Contiene también la última de las disposiciones otro error que consiste en exigir, en todo caso, para la procedencia de la vía ejecutiva, que el contrato en que esta se base esté inscrito en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio. Tal exigencia es inmotivada porque el registro se ha establecido como garantía de los terceros, pero no de los contratantes. El Código Civil, con mayor acierto previene, que la falta del registro no puede perjudicar a terceros."*⁵⁰⁷

Ahora bien, de acuerdo a lo señalado por el Código de Procedimientos Civiles, se observa también que la acción rescisoria en vía ejecutiva, en principio,

⁵⁰⁶ *Ibidem*, p. 203.

⁵⁰⁷ Bañuelos Sánchez, Froylán. *Op. cit.*, p. 467.

se limita a los contratos de compraventa que hayan sido convenidas bajo condición resolutoria (ó pacto comisorio, ya que seguramente en dicho artículo, también se dejó plasmado el error de identificar a una figura con la otra, y por ello creemos, es aplicable a ambos casos), o bien, cuando se haya estipulado la reserva de dominio, que cuenten con su debida inscripción en el Registro Público de la Propiedad en ambos casos. Sin embargo, pensamos que el artículo 464 del Código Adjetivo antes transcrito, al hacer el señalamiento genérico de títulos que contengan obligaciones recíprocas, otorga la posibilidad de ejercitar la acción rescisoria en los demás contratos bilaterales, siempre y cuando sean de los que son susceptibles de ser inscritos en el Registro Público de la Propiedad, de acuerdo a lo que establece el Código Civil en sus artículos 3005, 3042 (por lo que respecta a bienes inmuebles), 3069 (por lo que respecta a bienes muebles y cuyo contenido es casi idéntico a los artículos 465 y 466 del Código de Procedimientos Civiles ya transcritos). Estos artículos establecen lo siguiente:

"ARTÍCULO 3005.- Sólo se registrarán:

- I. Los testimonios de escrituras o actas notariales u otros documentos auténticos;*
- II. Las resoluciones y providencias judiciales que consten de manera auténtica;*
- III. Los documentos privados que en esta forma fueren válidos con arreglo a la ley, siempre que al calce de los mismos haya la constancia de que el notario, el registrador, el corredor público o el Juez competente se cercioraron de la autenticidad de las firmas y de la voluntad de las partes. Dicha constancia deberá estar firmada por los mencionados fedatarios y llevar impreso el sello respectivo.*

[...]

ARTÍCULO 3042.- En el Registro Público de la Propiedad inmueble se inscribirán:

- I. Los títulos por los cuales se cree, declare, reconozca, adquiera, transmita, modifique, limite, grave o extinga el*

dominio, posesión originaria y los demás derechos reales sobre inmuebles;

- II. *La constitución del patrimonio familiar;*
- III. *Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, por un período mayor de seis años y aquellos en que haya anticipos de rentas por más de tres años; y*
- IV. *Los demás títulos que la ley ordene expresamente que sean registrados."*

"ARTÍCULO 3069.- Se inscribirán en los folios de operaciones sobre bienes muebles:

- I. *Los contratos de compraventa de bienes muebles sujetos a condición resolutoria a que se refiere la fracción II del artículo 2310;*
- II. *Los contratos de compraventa de bienes muebles por los cuales el vendedor se reserva la propiedad de los mismos, a que se refiere el artículo 2312; y*
- III. *Los contratos de prenda que menciona el artículo 2859."*

No todas las convenciones que se realizan sobre bienes muebles son inscribibles en el Registro Público. La razón la estableció el propio cuerpo legislativo, que en la exposición de motivos del Código Civil, estableció que *"La frecuencia y rapidez con que se hacen las transacciones sobre muebles, impiden que éstas se sujeten a una publicidad formalista y complicada, por lo que no puede establecerse para ellas, como regla general, el sistema de inscripción en el Registro Público. Por eso tratándose de muebles, la publicidad que resulta del hecho de la posesión substituye a la acción protectora que en materia de inmuebles realiza la inscripción en el registro, y la comisión aceptó el principio de que el poseedor de una cosa mueble se presume propietario de ella."*⁵⁰⁸

⁵⁰⁸ Esto se cristalizó en el artículo 798, el cual establece que *"La posesión da al que la tiene, la presunción de propietario para todos los efectos legales. El que posee en virtud de un derecho personal, o de un derecho real distinto de la propiedad, no se presume propietario; pero si es poseedor de buena fe tiene a su favor la presunción de haber obtenido la posesión del dueño de la cosa o derecho poseído."* Cabe señalar que la *Exposición de Motivos* del Código Civil para el Distrito Federal, en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, sigue siendo la misma en lo conducente por cuanto al Código Civil para el Distrito Federal, no obstante que

De lo anterior se desprende entonces, la posibilidad de inscribir en el Registro Público de la Propiedad, contratos bilaterales que contengan el pacto comisorio expresamente. Sin embargo, pensamos que tal requerimiento legal de inscripción es innecesario dada la característica del pacto comisorio, que es una cláusula natural de todos los contratos sinalagmáticos, siendo por tanto únicamente necesario inscribir el contrato bilateral respectivo. Y cierto resulta que la inscripción del contrato correspondiente, surtirá efectos contra terceros,⁵⁰⁹ si

aquél dio nacimiento a éste (Gaceta Oficial del Distrito Federal del 25 de mayo de 2000), y al Código Civil Federal (Diario Oficial de la Federación del 29 de mayo de 2000).

⁵⁰⁹ Un contrato privado también puede surtir efectos contra terceros, si el mismo es de fecha cierta, aunque no esté inscrito en el Registro Público de la Propiedad; la falta de inscripción y por tanto la ausencia de publicidad únicamente originará evidentemente que no pueda ser posible señalar a un adquirente como de mala fe, a menos que se demuestre que dicho tercero sí tenía conocimiento de la celebración de un contrato anterior. Para que dicho documento privado surta efectos contra tercero sin hacerse la inscripción, deberá presentarse para su ratificación ante algún fedatario público, o bien también se desprenderá la fecha cierta a partir del deceso de uno de los contratantes, como lo señala la jurisprudencia cuyo tenor expresa: "DOCUMENTOS PRIVADOS, FECHA CIERTA DE LOS. Solamente puede considerarse que los documentos privados tienen fecha cierta cuando han sido presentados a un registro público, o ante un funcionario en razón de su oficio, o a partir de la fecha de la muerte de cualquiera de sus firmantes." (Sexta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Apéndice de 1995, Tomo: Tomo IV, Parte SCJN, Tesis: 237, Página: 162. Amparo directo 7426/57. Clemente Quiroz. 21 de octubre de 1959. Unanimidad de cuatro votos; Amparo directo 4837/59. Compañía Hulera "Euzkadi", S. A. 20 de octubre de 1960. Cinco votos; Amparo directo 6056/61. Francisco Coello Cantoral. 26 de abril de 1962. Unanimidad de cuatro votos; Amparo directo 7300/59. Virginia Cajica de Almiendaro. 11 de junio de 1962. Unanimidad de cuatro votos; Amparo directo 1649/58. Consuelo Treviño vda. de Treviño. 3 de septiembre de 1962. Cinco votos). NOTA GENERAL: 3. De acuerdo con la sistemática constitucional imperante hasta 1968, la jurisprudencia obligatoria, sólo se podía integrar respecto a la interpretación de las normas de la Constitución General de la República, de leyes federales o de tratados internacionales. La literalidad de dicha sistemática excluiría la posibilidad de integrar tesis de jurisprudencia obligatoria respecto a la interpretación de leyes locales. Así lo consideró inicialmente la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, según se advierte de la siguiente ejecutoria, publicada en la página 681 del Tomo CXVIII, de la Quinta Época del Semanario Judicial de la Federación: "JURISPRUDENCIA DE LA CORTE. APLICACION DE LA. El artículo 193 de la Ley de Amparo impone la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Suprema Corte sólo cuando verse sobre la interpretación de la Constitución, Leyes Federales o tratados celebrados con las potencias extranjeras pero de ninguna manera tiene aplicación cuando se trate de una autoridad común que aplica leyes locales, como son los códigos civil y de procedimientos civiles de un Estado". 4 votos. Sin embargo, con posterioridad, la propia Sala cambió de criterio, según se advierte de las tesis que aparecen publicadas en la Quinta Época del Semanario Judicial de la Federación, Tomo CXIX, página

posteriormente se rescinde dicho acto jurídico bilateral, excepto cuando se ha verificado una nueva enajenación a un tercero que actúa de buena fe y se realiza la inscripción correspondiente en el Registro Público de la Propiedad, ya que en este caso, y de acuerdo al artículo 3009 del Código Civil para el Distrito Federal, la inscripción protegerá los derechos del tercero, tratándose de contratos bilaterales.⁵¹⁰ Así, dicho artículo establece:

1785, y en la Sexta Epoca, en el volumen XXV, página 182, cuyos textos son: "JURISPRUDENCIA DE LA CORTE. APLICACION DE LA. Si bien es cierto que el artículo 192 de la Ley de Amparo, ordena que las ejecutorias de la Corte para ser obligatorias sólo podrán referirse a la Constitución y a sus leyes federales, también lo es que al sostenerse un criterio que llegue a formar jurisprudencia, es consecuencia de diversos amparos en los que hubo necesidad de plantearse y decidirse cuestiones relacionadas con la violación de un aspecto constitucional, por lo que al aplicarse una tesis sobre legislaciones locales, no se desconoce el mencionado artículo 192." 5 votos, y "JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, OBLIGATORIEDAD DE LA. Si una jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, fija la interpretación que debe darse a tal o cual precepto del Código Civil, después de someterlo a examen a la luz de la ley fundamental del país, análisis de la competencia constitucional de la Suprema Corte, en tales condiciones, y en esta forma indirecta, nace la obligación de las autoridades no consideradas en el artículo 193 de la Ley de Amparo, aun en los casos en que no se trate de aplicación de leyes federales, de interpretación de la Constitución o tratados internacionales, de acatar la jurisprudencia de este alto cuerpo." 5 votos.

⁵¹⁰ Piénsese en un contrato bilateral, oneroso, traslativo de dominio, de tracto sucesivo, con respecto de un bien inmueble, celebrado entre el vendedor A y el comprador B, plenamente existente y válido por contener sus elementos y requisitos debidamente observados, en el cual no se estipula la reserva de dominio, pero sí que la falta del pago de alguna de las parcialidades en que se ha dividido el precio total, del cual sea responsable B, tendrá como consecuencia la rescisión del contrato. Dicho contrato es inscrito en el Registro Público de la Propiedad, conteniendo como se ha manifestado, el pacto comisorio expreso. Por virtud de dicho contrato plenamente existente y válido, B deviene propietario de la cosa aún y cuando se encuentre estipulada la cláusula rescisoria, dado que no se estipuló la reserva de dominio hasta el pago total del precio. Pues bien, sin haber aún cubierto el precio de la cosa a A, B celebra nuevamente un contrato bilateral oneroso, traslativo de dominio con C, que igualmente contiene, dada la posibilidad legal, íntegros sus elementos y requisitos, es decir, es también, un contrato plenamente existente y válido. Este segundo contrato es susceptible de ser inscrito en el Registro Público de la Propiedad, y así es realizado. Con posterioridad, se verifica la falta de cumplimiento de B con respecto al primer contrato señalado, es decir, no paga el precio convenido con A, y éste decide rescindir el contrato celebrado. Al verificarse la rescisión, el pacto comisorio no surte efectos frente al tercero C quien no es privado de cosa, en virtud de que éste también inscribió su contrato en el Registro Público, y éste es un título suficiente que le permite inscribir con derecho, y por ello se encuentra protegido dados los efectos de sustantividad que operan por la inscripción. Así, se ha expresado el criterio jurisprudencial que por la analogía de finalidad en la protección a los terceros de buena fe, es aplicable a los casos de nulidad o de

“ARTÍCULO 3009.— El registro protege los derechos adquiridos por tercero de buena fe, una vez inscritos, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante, excepto cuando la causa de la nulidad resulte claramente del mismo registro. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a los contratos gratuitos, ni a actos o contratos que se ejecuten u otorguen violando la ley.”

En conclusión, si en el Registro Público de la Propiedad no existe inscripción alguna de los actos susceptibles de registrarse de acuerdo a los artículos señalados, no podrá ejercitarse la acción rescisoria en la vía ejecutiva, sino que deberá llevarse a cabo en la vía ordinaria, de acuerdo al Título Sexto del Código de Procedimientos Civiles. Ambos procedimientos se desembocarán, de ser procedente la acción rescisoria intentada, en una sentencia mixta (declarativa y de condena) en contra del demandado, es decir, en contra del contratante incumplidor.

rescisión, y que señala: “REGISTRO PUBLICO, TERCEROS DE BUENA FE ADQUIRENTES CON GARANTIA DEL. Es cierto que los derechos del tercero que adquiere con la garantía del Registro Público, prevalecen sobre los derechos de la persona que obtiene la nulidad del título del enajenante, pues la legitimidad de su adquisición ya no emana del título anulado, sino de la fe pública registral y de la estricta observancia al tracto continuo o sucesivo de las adquisiciones y enajenaciones no interrumpidas, que se traducen por una absoluta concordancia de los asientos que figuran en el Registro Público de la Propiedad. También es verdad que las consecuencias de la nulidad del acto o contrato cesan donde aparece inscrito un tercero adquirente de buena fe del inmueble objeto del acto anulado, porque el legislador a sustituido el principio de causación primordial u originaria de los efectos de derecho por el de sustantividad y autonomía de los asientos de inscripción de inmuebles adquiridos a título oneroso por terceros de buena fe e inscritos en el registro, ya que no podía sino proteger a estos terceros que sólo conocieron las inscripciones y asientos registrados y no los actos que ocurrieron privadamente o sin intervención de ellos.” (Sexta Epoca, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: Cuarta Parte, XXVIII, Página: 274. Amparo directo 2595/59. Rodolfo Moguel Ferrera y Coags. 9 de octubre de 1959. 5 votos. Ponente: Manuel Rivera Silva). Lo mismo acontecería si el contrato celebrado entre A y B no es inscrito, y si en cambio el celebrado entre B y C. Situación diversa se observa si el contrato entre A y B es inscrito, y no así el de B y C, en cuyo caso, al operar la rescisión C sí podrá ser privado de la cosa por efectos de la inscripción del contrato bilateral con el pacto comisorio expreso, caso en el cual C podrá demandar a B el saneamiento para el caso de evicción, para que éste le restituya la o las prestaciones que le fueron otorgadas y sus accesorios, puesto que la privación de la cosa que C adquirió se verificará por sentencia ejecutoria, es decir, la que se dicte en la acción que promueva A para recuperar la cosa.

¿Cuál es entonces la razón por la cual se debe acudir ante el Poder Judicial para instaurar un procedimiento en el cual se demande la rescisión de un contrato sinalagmático como prestación principal? Debe acudirse ante los tribunales a demandar la rescisión de un contrato bilateral, cuando se pretende que opere el llamado pacto comisorio tácito, es decir, la cláusula natural, norma dispositiva y supletoria, implícita en todos los contratos bilaterales.

Séptima Época

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 109-114 Cuarta Parte

Página: 39

CONTRATOS. PACTO COMISORIO TÁCITO. El pacto comisorio es la condición resolutive que siempre va implícita en los contratos bilaterales, para el caso de que uno de los contratantes no cumpla con su obligación, como lo establece o se desprende del artículo 1949 del Código Civil para el Distrito Federal, y por esta razón la doctrina le denomina "tácito", en virtud de que la condición resolutive va implícita y se sobreentiende en los contratos sinalagmáticos o bilaterales, puesto que si una de las partes no cumple con su obligación, la otra no debe quedar obligada y puede pedir la resolución del contrato.

Amparo directo 2792/77. José Tame Shear. 12 de abril de 1978. Cinco votos. Ponente: Raúl Lozano Ramírez. Secretario: Carlos Alfredo Soto Villaseñor.

Nota: En el Informe de 1978, la tesis aparece bajo el rubro "CONTRATOS. PACTO COMISORIO TÁCITO. LEGISLACION DEL DISTRITO FEDERAL."

Dicho pacto comisorio tácito, opera por ejercicio de la acción rescisoria ante los tribunales correspondientes, como se desprende del criterio jurisprudencial siguiente:

Sexta Época

Instancia: Tercera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: Cuarta Parte, I
Página: 119

PACTO COMISORIO. El pacto comisorio expreso es legítimo y en virtud de él y diversamente a lo que acontece con el tácito en que en el incumplimiento se requiere la declaración judicial para lograr la rescisión, el contrato se resuelve automáticamente por el solo efecto del incumplimiento y sin intervención de los tribunales; por tanto, si el pacto comisorio no es expreso sino tácito, es evidente que una de las partes no pudo 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.

Amparo directo 6803/55. México Tractor And Machinery Co. , S. A. 15 de julio de 1957. Mayoría de 4 votos. Ponente: Gabriel García Rojas. Disidente: José Castro Estrada.

Tesis relacionada con jurisprudencia 108/85

Una de las razones por la cual se señaló la necesidad de acudir ante las autoridades judiciales correspondientes para la operatividad de la rescisión lo fue precisamente que dicho pacto, en principio fue confundido con la condición resolutoria, la cual sí requiere su expresión en el contrato para que opere de pleno derecho. Es decir, la exigencia definida por dicha jurisprudencia siguió la tradición errónea de considerar al pacto comisorio como una condición resolutoria, y por ello han aplicado las reglas relativas a su operatividad de pleno derecho de ésta a aquélla por extrapolación, ya que legal y jurisprudencialmente en algunas ejecutorias, dicho pacto sigue siendo considerado como una condición resolutoria. Ahora bien, de acuerdo a lo que se desprende de la tesis jurisprudencial, la necesidad de acudir ante los tribunales judiciales para solicitar la declaración de la rescisión es el resultado de la tradición legal que llegó hasta nuestros días desde el Código Napoleón. Es importante destacar que la criterio que a continuación se cita, es una excepción a las que se analizarán con posterioridad, dado que anuncia la diferencia entre las instituciones comentadas. Así, el texto es el siguiente:

Quinta Época

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: LXII

Página: 233

RESCISIÓN, NORMAS DE LA. Es cierto que nuestra legislación civil está tomada, en lo general, de las disposiciones del Código Español, el que a su vez tomó su estructura del Código de Napoleón, y aun algunos de los textos, en toda su integridad; pero también lo es que los preceptos de nuestro código fueron redactados en lo general, en forma distinta, introduciendo modalidades que transforman fundamentalmente en ciertos aspectos el contenido de sus disposiciones, por lo que, en puridad de razón, no es correcto aplicar totalmente la doctrina y la interpretación que los tribunales y autores franceses y españoles han producido cuando se trata de decir cuestiones de hermenéutica, en nuestra propia legislación. Ahora bien tratándose de rescisión de contratos, mientras que el precepto relativo del Código Francés deja ver, por los términos de su redacción, la necesidad de la intervención de los tribunales, cuando hay condición resolutoria, en el artículo relativo del Código Español, de una manera expresa se requiere la intervención del tribunal, para que decrete la resolución del contrato, y mientras en el primero se habla de condición resolutoria, en el segundo no se usa de este concepto jurídico y se indica que la facultad de resolver las obligaciones, se encuentra de manera implícita en las recíprocas. Pudiera decirse que el examen gramatical de los preceptos legales relativos de nuestra legislación y de sus antecedentes en la legislación extranjera, determina la forma en que han de resolverse los contratos, haciendo indispensable para ellos la intervención de los tribunales, pero una de las primeras dificultades con que se tropieza es definir si el artículo 1349 del Código Civil de 1884, establece una condición resolutoria, o lo que en el tecnicismo jurídico se conoce con el nombre de pacto comisorio, y aparentemente esta dificultad resulta obvia, atendiendo únicamente a la redacción del precepto, pero lo

cierto es que la doctrina y la jurisprudencia se han puesto de acuerdo para convenir en que no es una condición resolutoria la que establece la ley, sino que es el pacto comisorio, y sólo por defectos conceptuales, pudo llamársele condición resolutoria, y no lo es, porque del estudio de los orígenes y evolución del mismo se llega a la conclusión de que no la constituye, porque ni sus orígenes ni la forma de realizarse, opera como una condición resolutoria; efectivamente, es axiomático en derecho civil, que la condición resolutoria, una vez cumplida, produce la resolución de la obligación y repone las cosas en el estado que tenían antes de pactarse, concepto elevado a la categoría de ley, conforme al artículo 1332 del Código Civil; así pues, la condición resolutoria no es más que una manifestación de voluntad incluida en los contratos, los cuales, mientras no se realice el acontecimiento incierto en que consiste, surten todos sus efectos, y sólo al cumplirse la condición, deja de existir el contrato, por haberlo convenido así los contratantes. Desde luego puede observarse que no es lo mismo la extinción de un contrato, previa la estipulación respectiva de las partes, que su resolución por falta de cumplimiento del mismo, dado que el resolver las obligaciones significa cosa distinta de extinguirlo; pero como quiera que sea, lo cierto es que la realización de la condición resolutoria extingue la obligación como consecuencia inmediata de la manifestación de voluntad de los contratantes, lo que no sucede cuando uno de ellos falta al cumplimiento de las prestaciones que son a su cargo en los contratos bilaterales, porque entonces es cuando la ley, en su calidad de supletoria de la voluntad de los contratantes, dispone que el afectado por el incumplimiento puede exigir de su contraparte, ya sea el cumplimiento de la obligación contraída, o la rescisión del contrato, con el pago de daños y perjuicios, en uno y otro casos.

Amparo civil en revisión 7187/37. Copropiedad Alamo y Encinas. 5 de octubre de 1939. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Así entonces, se desprende que cuando se trata del pacto comisorio tácito, es decir, aquél que no ha sido expresamente pactado por las partes en un contrato bilateral y que sin embargo por disposición de la ley (artículo 1949), se entiende implícito en dicho acto jurídico (cláusula natural), éste operara por virtud de una sentencia dictada por un juez competente, ante quien se ejercite la acción rescisoria por que alguna de las partes hubiere incurrido en el incumplimiento de mérito.

Debe señalarse que aunque en el Código Civil no existe precepto alguno que se refiera a la caducidad o prescripción de la acción rescisoria, como sí acontece v. gr. en los Códigos Civiles de los Estados de Tlaxcala y Puebla, que en sus artículos 1341 y 1954, respectivamente, establecen la prescripción de la acción, por regla general, en 2 años. Excepcionalmente, nuestro código sustantivo establece en el artículo 2139, 1 año para que opere la prescripción en la hipótesis contenida en el artículo anterior, el 2138.

“ARTÍCULO 2138.— Si la finca que se enajenó se halla gravada, sin haberse hecho mención de ello en la escritura, con alguna carga o servidumbre voluntaria no aparente, el que adquirió puede pedir la indemnización correspondiente al gravamen, o la rescisión del contrato.

ARTÍCULO 2139.— Las acciones rescisorias y de indemnización a que se refiere el artículo que precede, prescriben en un año, que se contará para la primera, desde el día en que se perfeccionó el contrato y para la segunda, desde el día en que el adquirente tenga noticia de la carga o servidumbre.”

Fuera de lo anterior, no se contiene ninguna regla expresa en relación con la caducidad o la prescripción de la facultad rescisoria (sea que se ejerza jurisdiccionalmente o de pleno derecho). Sin embargo, de acuerdo a lo que establece el propio artículo 1949 del citado ordenamiento civil y las disposiciones sobre la materia, si es posible inferir un plazo para que la acción rescisoria prescriba; debe entenderse por tanto que dicha acción prescribe en el mismo tiempo en que lo hace la acción de cumplimiento forzoso del contrato: *“mientras el contrato no se haya ejecutado y esté vigente procede la resolución; esto es, hasta que se haya prescrito la acción. El hecho que haya transcurrido un lapso prolongado desde el vencimiento no obsta para ello, desde que no puede*

presumirse que la parte inocente haya renunciado a esta facultad y los actos que induzcan a probarla deben ser restrictivos [...]⁵¹¹ Se ha expresado con marcada precisión que "La acción de resolución se prescribe en el mismo tiempo que la acción de cumplimiento, es decir, de acuerdo al fijado por la ley dada la naturaleza del contrato, y en ausencia de norma especial, [...] pues si para ejercer la acción de resolución es necesario la existencia de un contrato válido y éste se ha extinguido por prescripción de las acciones de cumplimiento que de él emergen, nada puede resolverse porque por sí está disuelto."⁵¹² Por lo tanto, dado que las acciones de cumplimiento y de rescisión encuentran su origen en una causa común (el incumplimiento del deudor), el ejercicio de una de las acciones interrumpirá la prescripción de la otra. Si ha prescrito el derecho y aún se intenta ejercitarlo, la excepción de prescripción deberá interponerse por parte legítima para que se extinga el derecho al declararse así en la resolución correspondiente, dado que su estudio no es de oficio, como sí sucede con la caducidad.⁵¹³

La acción procederá así por regla general, si se ejerce dentro de los 10 años siguientes contados a partir de que la obligación bilateral es exigible,⁵¹⁴ de acuerdo al artículo 1159 del Código Civil, el cual establece:

⁵¹¹ Cámara, Héctor, *cit.* por Miquel, Juan Luis. *Op. cit.*, pp. 198 y 199.

⁵¹² Piantoni, Mario A. *cit.* por Miquel, Juan Luis, *ibidem*, p. 199.

⁵¹³ *Cfr.* Gutiérrez y González, Ernesto. *Op. cit.*, pp. 1078 *et seq.*

⁵¹⁴ Debe tomarse en consideración, desde luego, las tesis jurisprudenciales que establecen para el cómputo de la prescripción en obligaciones de dar y hacer, lo siguiente: a) "PRESCRIPCIÓN. EN LAS OBLIGACIONES DE DAR, NO PROCEDE CUANDO NO SE HA FIJADO FECHA PARA SU CUMPLIMIENTO NI EXISTE INTERPELACION JUDICIAL. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 2080 del Código Civil para el Distrito Federal, las obligaciones de dar en las que no se ha fijado el tiempo en que deba hacerse el pago, son exigibles hasta treinta días hábiles transcurridos desde que se hiciera la interpelación correspondiente. Esta norma tiene la finalidad de fijar un plazo perentorio para que la deuda sea cubierta y no cause mora para el deudor, así como de dar a éste una seguridad jurídica, pues está claro que el cumplimiento de las obligaciones sólo es exigible legalmente cuando son de plazo vencido, por lo que aquellas para las que no se estableció fecha para ser satisfechas, no son exigibles en cualquier tiempo. Concatenando lo anterior con lo dispuesto por el artículo 1159 del ordenamiento legal invocado, el cual señala que, salvo los casos de excepción, se requiere del lapso de diez años contados a partir de que una obligación pudo exigirse, para que se extinga el derecho de pedir su cumplimiento, entonces, debe concluirse que en el caso de las obligaciones de dar que no tienen fecha cierta, no puede correr el término para la prescripción, mientras que no se haga la interpelación correspondiente al deudor y transcurridos treinta días desde ese momento, pues es hasta entonces que el acreedor tiene la posibilidad de exigir su cumplimiento, que es la condición que exige el último precepto legal citado para que pueda comenzar el cómputo de la figura antes

"ARTÍCULO 1159.- Fuera de los casos de excepción, se necesita el lapso de diez años, contado desde que una obligación pudo exigirse, para que se extinga el derecho de pedir su cumplimiento."

mencionada." (PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 834/96. Federico Meza Ledezma. 23 de enero de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: María del Carmen Arroyo Moreno. Secretario: Agustín Arroyo Torres. Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: V, Febrero de 1997, Tesis: L1o.C.16 C, Página: 778). En obligaciones de hacer, existe el siguiente criterio orientador: b) "OBLIGACIONES DE HACER, OPERANCIA DE LA PRESCRIPCIÓN NEGATIVA TRATÁNDOSE DE: Si en la segunda parte del artículo 2080 del Código Civil se establece que, 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, de ello no se infiere que ésta se haga exigible hasta que se interpele al deudor su cumplimiento, sino que la única condición para su exigibilidad es "... que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación ...", siendo, por tanto, innecesario interpelar previamente al deudor; de suerte que si en un caso se contrae una obligación de hacer, consistente en pagar a un tercero una suma de dinero, y obtener por parte de éste los recibos correspondientes, sin que se fije plazo para su cumplimiento e ignorándose si la obligación de hacer a cargo del deudor debía cumplirse en la ciudad de México o en otra ciudad o país, no hay duda de que el cumplimiento de la obligación no puede exigirse desde la fecha en que se contrajo la obligación, toda vez que para su cumplimiento el deudor requiere de un término razonable, que, en el mejor de los casos para el deudor, tomando en cuenta que en principio el plazo se presume establecido a su favor, conforme a lo dispuesto por el artículo 1958 del Código Civil, este Tribunal Colegiado lo estima en un año, plazo también benéfico para el acreedor, pues gozaba, a su vencimiento, de diez años para exigir el cumplimiento de la obligación, antes de que prescribiera, en los términos del artículo 1159 del citado ordenamiento legal, por lo que si venció el plazo de un año para cumplir la obligación contraída, y a partir de ese momento transcurrió el término de diez años sin que se exigiera el cumplimiento de aquélla, es inconcuso que operó a favor del deudor la prescripción negativa que éste opuso como excepción." (TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 3163/94. Moritz Neuman F. 30 de junio de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: José Rojas Aja. Secretario: Enrique Ramírez Gámez. Octava Época, Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XIV, Septiembre de 1994, Tesis: I. 3o. C. 720 C, Página: 375).

Otras excepciones para el plazo de ejercicio de la acción rescisoria, de acuerdo con lo antes señalado, lo establecen los artículos 1161, 1162, 1163 y 1164 del mismo código, desde luego cuando sea procedente:⁵¹⁵

“ARTÍCULO 1162.— Las pensiones, las rentas, los alquileres y cualesquiera otras prestaciones periódicas no cobradas a su vencimiento, quedarán prescritas en cinco años, contados desde el vencimiento de cada una de ellas, ya se haga el cobro en virtud de acción real o de acción personal.”

ARTÍCULO 1161.— Prescriben en dos años:

- I. Los honorarios, sueldos, salarios, jornales u otras retribuciones por la prestación de cualquier servicio. La prescripción comienza a correr desde la fecha en que dejaron de prestarse los servicios;*
- II. La acción de cualquier comerciante para cobrar el precio de objetos vendidos a personas que no fueren revendedoras.*

La prescripción corre desde el día en que fueron entregados los objetos, si la venta no se hizo a plazo;

- III. La acción de los dueños de hoteles y casas de huéspedes para cobrar el importe del hospedaje; y la de éstos y la*

⁵¹⁵ Manifestamos lo anterior, porque existen casos en que el ejercicio de la acción de rescisión y de cumplimiento forzoso se acercan a tal grado, que casi se pierde la conveniencia del ejercicio de una y otra, v. gr., en los contratos de prestaciones de cumplimiento alternado, como el mutuo, en el cual uno de los contratantes, el mutuante que ha cumplido con la transmisión de un bien fungible. Lo lógico es que cuando el mutuatario incumple con la devolución de otra cosa de la misma especie y calidad, el mutuante exija el cumplimiento del contrato, pues dado su cumplimiento contractual (necesario presupuesto para el ejercicio de cualquiera de ambas acciones), estará interesado en el cumplimiento de la prestación correspondiente del deudor incumpliente. Queda extramuros el ejercicio del derecho de rescisión para lograr la reintegración de la cosa, si ésta no ha sido consumida o aprovechada por el deudor, si el actor tiene el temor fundado de que aquél no tiene la posibilidad de cumplir con sus obligaciones en el momento oportuno, puesto que ésta hipótesis no se encuentra contemplada en la ley.

de los fondistas para cobrar el precio de los alimentos que ministran.

La prescripción corre desde el día en que debió ser pagado el hospedaje, o desde aquel en que se ministraron los alimentos;

IV. La responsabilidad civil por injurias, ya sean hechas de palabra o por escrito, y la que nace del daño causado por personas o animales, y que la ley impone al representante de aquéllas o al dueño de éstos.

La prescripción comienza a correr desde el día en que se recibió o fue conocida la injuria o desde aquel en que se causó el daño;

V. La responsabilidad civil proveniente de actos ilícitos que no constituyan delitos.

La prescripción corre desde el día en que se verificaron los actos.

ARTÍCULO 1163.- Respecto de las obligaciones con pensión o renta, el tiempo de la prescripción del capital comienza a correr desde el día del último pago, si no se ha fijado plazo para la devolución; en caso contrario, desde el vencimiento del plazo.

ARTÍCULO 1164.- Prescribe en cinco años la obligación de dar cuentas. En igual término se prescriben las obligaciones líquidas que resulten de la rendición de cuentas. En el primer caso la prescripción comienza a correr desde el día en que el obligado termina su administración; en el segundo caso, desde el día en que la liquidación es aprobada por los interesados o por sentencia que cause ejecutoria."

Se ha expresado que si un contrato requiere de formal legal, no correrá la prescripción y por tanto tampoco la de la acción rescisoria, hasta que no se le dé la

forma legal omitida a dicho acto jurídico,⁵¹⁶ criterio que no compartimos, dado que ello dejaría nugatoria la finalidad de la prescripción⁵¹⁷ en aquellos casos en que la acción pro forma es también imprescriptible.⁵¹⁸

⁵¹⁶ "CONTRATOS, PRESCRIPCIÓN EN CASO DE. Si un contrato necesita de que se le dé forma legal, la acción de rescisión del mismo no puede ejercerse sino hasta el momento en que el contrato se formalice, y hasta desde esa fecha empieza a correr la prescripción de la mencionada acción rescisoria." (Amparo civil directo 1750/53. Hernández Gómez María y coagraviados. 15 de marzo de 1954. Unanimidad de cinco votos. Relator: José Castro Estrada. Quinta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: CXIX, Página: 1787). Correlacionando armónicamente los criterios sustentados por los Tribunales Federales, lo anterior no implica que no pueda ejercitarse la acción rescisoria, pues como se ha señalado, un contrato afectado de nulidad puede rescindirse dado que surte sus efectos hasta en tanto no se declare su nulidad por el juez competente: simplemente la acción no prescribirá, pues la falta de formalidad en los contratos en los cuales se exija la misma, únicamente impedirá que comience a correr el término de la misma.

⁵¹⁷ "PRESCRIPCIÓN. Las razones en que se funda la prescripción liberatoria, son, fundamentalmente: la necesidad de que los intereses, derechos y acciones, que correspondan a las personas, se encuentren perfectamente definidos y que no pese sobre nadie, por tiempo indefinido y en forma incierta, una obligación; la prescripción persigue, asimismo, como fin, castigar con la pérdida de su derecho al acreedor moroso, de ahí que el transcurso de aquélla, se interrumpe por cualquier acto o manifestación tácita o expresa del acreedor, para hacer efectivo su derecho, o cuando el deudor, por reconocimiento de la obligación, renuncia a los beneficios de la prescripción." (Amparo civil directo 1153/31. Blancas Ignacio. 21 de julio de 1931. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Juan José Sánchez. La publicación no menciona el nombre del ponente. Quinta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XXXII, Página: 1371).

⁵¹⁸ "ACCIÓN PROFORMA U OTORGAMIENTO Y FIRMA DE ESCRITURA. IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA. El ejercicio de la acción proforma u otorgamiento y firma de escritura, es imprescriptible, toda vez que se basa en el derecho de propiedad que se tiene respecto de un bien inmueble y la finalidad de esta acción, no es la de que se considere propietario a alguien que ya lo es, sino que se condene al demandado, al cumplimiento del otorgamiento y firma de que se trata, es decir, a darle formalidad al acto jurídico traslativo de dominio, cuya omisión en nada afecta la validez de la compraventa, dado que de conformidad con lo establecido por los artículos 2014, 2248 y 2249 del Código Civil para el Distrito Federal, el contrato en comento, es perfecto con la sola obligación del vendedor de transmitir la propiedad de una cosa y del comprador, la de pagar un precio cierto y en dinero, aun cuando la primera no haya sido entregada, ni el segundo satisfecho." (Amparo directo 3306/96. Luis Morales Sánchez. 20 de junio de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Ana María Y. Ulloa de Rebollo. Secretario: Cuauhtémoc González Álvarez. Novena Época, Instancia: SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: IV, Julio de 1996, Tesis: I.6o.C.63 C, Página: 366).

Una vez obtenida una sentencia contra la cual ya no exista medio de impugnación alguno (recurso) o algún otro procedimiento que afecte su obligatoriedad (Juicio de Amparo), se tendrán un plazo de 10 años para deducirse la acción de ejecución de sentencia, según lo establece el artículo 529 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, cuyo texto es el siguiente:

"ARTICULO 529.— La acción para pedir la ejecución de una sentencia, transacción o convenio judiciales, durará diez años contados desde el día en que se venció el término judicial para el cumplimiento voluntario de lo juzgado y sentenciado."

Como consecuencia de la operatividad de la rescisión, y en términos de lo que determinan los artículos 2107, 1940 y 1941 del Código Civil para el Distrito Federal, se verificará el efecto retroactivo, y por el cual, las cosas deberán volver al estado en que se encontraban, es decir, al momento inmediato anterior a la celebración del contrato. Si se ha celebrado un contrato bilateral que hayan importado la entrega de cosas, éstas deberán devolverse a sus respectivos titulares. Las consecuencias señaladas, también se determinan en el artículo 525 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal:

"ARTICULO 525.— Cuando en virtud de la sentencia o de la determinación del juez debe entregarse alguna cosa inmueble se procederá inmediatamente a poner en posesión de la misma al actor o a la persona en quien fincó el remate aprobado, practicando a este fin todas las diligencias conducentes que solicite el interesado.

Si la cosa fuere mueble y pudiere ser habida, se le mandará entregar al actor o al interesado que indicará la resolución. Si el obligado se resistiere, lo hará el actuario, quien podrá emplear el uso de la fuerza pública y aun mandar romper las cerraduras.

En caso de no poderse entregar los bienes señalados en la sentencia, se despachará ejecución por la cantidad que señale el actor que puede ser moderada prudentemente por el juez, sin perjuicio de que se oponga al monto el deudor."

Desde luego que en la cantidad que se señale, según el tercer párrafo del artículo antes transcrito, deberá señalarse el monto de la indemnización correspondiente (retribución), si se causaron daños y perjuicios.

6.2. OPERATIVIDAD DE PLENO DERECHO O "IPSO IURE".

Visto lo anterior, se observa inmediatamente que a *contrario sensu*, el pacto comisorio operará de pleno derecho o "*ipso iure*", es decir, sin necesidad de una declaración judicial, cuando expresamente haya sido estipulado en el cuerpo de un contrato bilateral. Este fue, como se anunció, el resultado de confundir a la condición resolutoria con el pacto comisorio.

Así, en la condición resolutoria expresa, por evidentes razones, la extinción de las obligaciones por un acontecimiento futuro de realización contingente únicamente requiere de la verificación de este evento para que el contrato se resuelva; si el contrato bilateral contiene una condición resolutoria tácita, es necesario acudir ante el juez competente para solicitar la declaración de la rescisión de un contrato sinalagmático. Es improbable que dicha determinación haya seguido el Principio General de Derecho enunciado por Modestino en el Digesto, Ley 195, del Título 17, de *regulis iuris*, Libro 50, y en la Ley 52, del Título 1, Libro 35, que establece que "*Expressa nocent, non expressa non nocent*" [«Las cosas expresas perjudican; las tácitas no»⁵¹⁹], y lo pensamos así, porque el propio Código Civil, en su artículo 1803 ya citado, establece que "*El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente.*"

Es decir, el Código Civil consagra el Principio General de Derecho expresado por Decio en *In tit. ff. De regulis iuris*, r. 155, 10, que establece que "*Taciti et expressi in contractibus est eadem virtus*" [«En los contratos lo tácito y lo expreso tienen la misma fuerza»⁵²⁰], más aún si el propio ordenamiento civil establece en el artículo 1803 lo asentado, puesto que de su texto se observa que "*Eadem vis est taciti atque expressi consensus*" [«Igual fuerza tiene el consentimiento tácito que el expreso»⁵²¹]. Si el propio artículo 1949 establece que

⁵¹⁹ Mans Puigarnau, Jaime M. *Op. cit.*, p. 192.

⁵²⁰ *Ibidem*, p. 193.

⁵²¹ *Loc. cit.*

el pacto comisorio es una cláusula natural, norma dispositiva de todos los contratos sinalagmáticos, o en sus términos, que la resolución de las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, se observa que el criterio de distinción de operatividad entre el pacto comisorio expreso y tácito establecido por los tribunales federales, no es claro. Efectivamente en la condición resolutoria puede justificarse la distinción de operatividad entre la tácita y la expresa, puesto que pensamos que la razón por la cual se estableció la distinción entre una y otra obedeció a una precaución para dilucidar la verdadera intención de los contratantes, tratándose de la primera. En efecto, al omitir manifestarse claramente y con precisión la pretensión resolutoria de un contrato por un acontecimiento futuro de realización contingente (condición resolutoria tácita), las partes pueden incurrir en multitud de falencias sobre el evento (es decir, en erráticas consideraciones de si el mismo puede ser o no estimado como una condición), o en sus consideraciones sobre los alcances y efectos de ese tipo de resolución; la intervención judicial se justifica por tanto para evitar que el cumplimiento del contrato se deje al arbitrio de alguno de dichos contratantes. Si a lo anterior agregamos la confusión habida entre el pacto comisorio y la condición resolutoria, fácilmente caemos en la cuenta del porqué se ha extrapolado el mismo criterio de operatividad de ésta a aquél, precisamente cuando se habla entonces del pacto comisorio tácito, que requiere declaración judicial para su verificación y el pacto comisorio expreso que únicamente requiere que el contratante acreedor perjudicado ejercite el *ius optandi* conferido por el artículo 1949 del Código Civil y escoja precisamente la rescisión del contrato. Ya se infiere aquí que la extrapolación mencionada es un error: la norma dispositiva, cláusula natural por disposición de la ley, de todos los contratos sinalagmáticos (artículo 1949 del Código Civil), fue concebida en sus términos a fin de consagrar la igualdad de criterio para de operatividad del pacto comisorio se exprese o no dentro del contrato, ya que en éste último caso, su omisión no excluye su inclusión; o en otros términos, a través del texto del artículo en estudio, la ley ha interpretado la presunta voluntad de las partes, plasmando una convención tácita, suponiendo así la estipulación del pacto comisorio, como una institución protectora de los contratantes. Y así, el legislador plasmó el contenido del multirreferido artículo 1949, en términos claros y precisos, los cuales, aún y cuando no formen expresamente parte del contrato, serán los mismos siempre y por ello no existirá en ningún momento controversia alguna en su interpretación; cuestión distinta es la interpretación de los incumplimientos de las obligaciones que las partes han consideren dignas de ser sancionadas con la rescisión, y que plasmen en ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Puede expresarse en contra, que dados los términos de redacción del segundo párrafo del artículo 1949 del Código Civil, en todo tiempo la rescisión debe ser declarada por una autoridad judicial, puesto que en el mismo se establece que "*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.*" Lo anterior conllevaría a concluir que el pacto comisorio no puede operar de pleno derecho, dado que el término "exigir" y "pedir" utilizados en el artículo, imponen la intervención de un tercero para que se declare y opere en consecuencia la rescisión, dado que son palabras sinónimas de "demandar",⁵²² es decir, la acción de presentar una "demanda", la cual jurídicamente es definida como "*el primer acto de ejercicio de la acción, mediante el cual, el pretensor acude ante los tribunales persiguiendo que se satisfaga su pretensión.*"⁵²³ Además, puede afirmarse que las dos facultades que concede dicho párrafo, gozan de la misma naturaleza, por ello se encuentran en el mismo lugar. La conclusión entonces aparentaría ser irrefutable y fatal: ambas son acciones que por tal, deben ser ejercitadas ante un juez. La operatividad por declaración judicial fue en un principio, el criterio adoptado por nuestros Tribunales Federales, tal y como se observa de las tesis jurisprudenciales que se transcriben a continuación:

Quinta Epoca

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: II

Página: 1125

CONTRATOS BILATERALES. No son rescindibles, de propia autoridad, por una sola de las partes.

Amparo administrativo en revisión. Verduzco Maximino y coagraviado. 10 de abril de 1918. Unanimidad de diez votos. Ausente: José María Truchuelo. La publicación no menciona el nombre del ponente.

⁵²² Corripio Pérez, Fernando. *Gran Diccionario de Sinónimos. Voces Afines e Incorrecciones.* Bruguera, México, 1977, p. 500.

⁵²³ Gómez Lara, Cipriano. *Derecho Procesal Civil.* Harla, México, 1991, p. 39.

Quinta Época

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: CIV

Página: 515

CONTRATOS, RESCISION DE LOS. Si bien es cierto que conforme al artículo 1949 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, la facultad de resolver las obligaciones se encuentra implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera con su obligación, y el perjudicado podrá escoger entre el cumplimiento o la resolución, también lo es que éste no puede hacer dicha opción, sino siguiendo el procedimiento especial del caso y después de obtener resolución favorable a sus intereses, pues la validez y cumplimiento de un contrato no puede dejarse al arbitrio de una de las partes, de acuerdo con el artículo 1797 del Código Civil. Ahora bien, pactar la rescisión o cancelación de un contrato por simple declaración de una de las partes, implicaría dejar a su arbitrio el cumplimiento del propio contrato, ya que es en el procedimiento donde deberá comprobar el incumplimiento de la parte contraria, para que prospere su acción.

Amparo civil directo 1378/44. Fraccionamientos Modernos, S. A. 19 de abril de 1950. Unanimidad de cuatro votos. El Ministro Roque Estrada no intervino en la resolución de este asunto por las razones que constan en el acta del día. Ponente: Carlos I. Meléndez.

En un estudio comparativo, el maestro Ernesto Gutiérrez y González, nos refiere que el artículo 1949 del Código Civil, no contiene en efecto, la exigencia de que la rescisión de un contrato bilateral deba demandarse ante los tribunales civiles, tal y como si lo contemplaban los artículos 1537 y 1421 de los Códigos Civiles de 1870 y 1884, respectivamente, pues los mismos establecían que: *"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 casos el pago de daños y perjuicios.”⁵²⁴ La primera de las tesis antes transcrita se observa acorde con el texto del artículo 1421 del Código Civil de 1884. La segunda fue emitida ya bajo la vigencia del Código Civil de 1928.

Ante tal omisión de texto expreso en el Código Civil de 1928, sobre la necesidad de declaración judicial para la operatividad del pacto comisorio, correspondió a nuestros Tribunales Federales, fijar el contenido, determinación y alcance de ésta norma preexistente (el actual artículo 1949), a través de la interpretación del citado texto, para esclarecer su sentido. La interpretación de la ley que realiza el Poder Judicial de la Federación (Suprema Corte de Justicia de la Nación, en Pleno o en Salas y Tribunales Colegiados de Circuito), puede constituir jurisprudencia de aplicación obligatoria, o bien, tesis sobresalientes (precedentes de jurisprudencia) que sirven de guía para los tribunales de inferior jerarquía⁵²⁵. La

⁵²⁴ Gutiérrez y González, Ernesto. *Op. cit.*, p. 652.

⁵²⁵ Precisamente por jurisprudencia definida se ha establecido el siguiente criterio: “TESIS QUE NO CONSTITUYE JURISPRUDENCIA. INVOCACION EN CASOS ANALOGOS, ES LEGAL. La invocación de una tesis de la Suprema Corte de Justicia por parte del tribunal de alzada en la sentencia de segundo grado, aun cuando no constituya jurisprudencia, por tratarse de un criterio de interpretación de un precepto legal sostenido en forma aislada, no irroga perjuicio a los intereses jurídicos del recurrente, pues independientemente de no ser obligatoria en cuanto a su aplicabilidad, su invocación no está prohibida por la ley y resulta apegado a derecho transcribirla o citarla para robustecer el criterio del juzgador cuando es adecuada, y los puntos controvertidos o casos planteados, deben dirimirse en forma análoga.” QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. (Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tomo: 60, Diciembre de 1992, Tesis: 1.5o.C. J/31, Página: 48. Amparo directo 2410/88. Fermín Alvarado Pérez. 25 de agosto de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Manuel Islas Domínguez. Secretario: Roberto A. Navarro Suárez; Amparo en revisión 1370/88. Tubos y Barras Especiales, S.A. 10 de noviembre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Manuel Islas Domínguez. Secretario: Mario Pedroza Carvajal; Amparo directo 2115/89. Juan Manuel Fuentes Canseco. 15 de junio de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Manuel Islas Domínguez. Secretario: Raúl Alberto Pérez Castillo; Amparo directo 1015/90. José Jesús Alfaro Contreras. 17 de mayo de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa Ochoa. Secretario: Walter Arellano Hobelsberger; Amparo en revisión 1318/92. Sucesión a Bienes de Enrique Delgado Quintero. 24 de septiembre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Ignacio Patlán Romero. Secretario: Sergio Darío Maldonado Soto. Nota: Esta tesis también aparece en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995, Tomo VI, Materia Común, Segunda Parte, tesis 1064, página 736). Evidentemente que por analogía, el criterio es aplicable también a los casos de utilización de las tesis de los Tribunales Colegiados de Circuito, que no constituyen jurisprudencia.

trascendental teleología de integración de la ley, imbibita en dichas interpretaciones, ha sido observada y plasmada en la siguiente tesis:

Octava Época

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL
DECIMO SEXTO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: VII, Enero de 1991

Página: 296

JURISPRUDENCIA, CONCEPTO DE. La jurisprudencia tiene facultades integradoras y va más allá de la norma, es decir, la verdadera jurisprudencia es aquella complementaria o integradora de las situaciones que no previó el legislador, adecuando la norma al caso concreto, toda vez que en muchas ocasiones las circunstancias de hecho están dando opciones distintas a lo establecido en un precepto legal. La Suprema Corte y los tribunales, al fijar un criterio en una tesis jurisprudencial, estudia aquellos aspectos que el legislador no precisó, e integra a la norma los alcances que, no contemplados en ésta, se producen en una determinada situación.

**SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO
SEXTO CIRCUITO.**

Amparo directo 399/90. María Lourdes Monroy y otro. 7 de noviembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Ignacio Patlán Romero. Secretaria: Ma. del Carmen Prado Carrera.

Así, el Poder Judicial de la Federación determinó entonces, dentro del ámbito de su competencia, que de la interpretación del artículo 1949 del Código Civil, el pacto comisorio expreso opera de pleno derecho o "*ipso iure*" y el pacto comisorio tácito opera por declaración judicial, y así por tanto se determinó su operatividad por la falta de mención expresa en el multicitado artículo, de recurrir ante los tribunales a demandar la rescisión en ambos casos.

La diferenciación entre la operatividad de ambos tipos de pacto comisorio, de acuerdo a los criterios que se analizan, es por tanto, errónea e ininteligible, si

además consideramos que es en alguna manera contradictoria, con otros criterios relativos al mismo tema, sustentados por integrantes del mismo Poder Judicial de la Federación, quienes han establecido que ambas figuras son la misma y por tanto la aplicación del artículo 1949 del Código Civil, es idéntica para ambos casos:

Novena Época

Instancia: SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: III, Mayo de 1996

Tesis: I.6o.C.54 C

Página: 669

PACTO COMISORIO, TÁCITO Y EXPRESO. DEBE ENTENDERSE APLICABLE PARA AMBOS, EL ARTICULO 1949 DEL CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL, DADO QUE EL CONCEPTO Y EFECTOS DE UNO Y OTRO, SON LOS MISMOS. Aunque el artículo 1949 del Código Civil del Distrito Federal, se refiere sólo al pacto comisorio tácito, el supuesto que contempla dicho numeral, debe también entenderse aplicable al pacto comisorio expreso, si se toma en consideración que el concepto de uno y otro, son los mismos, con la salvedad de que mientras el invocado precepto que habla de las partes, sobreentiende la existencia del primero, en los contratos sinalagmáticos, el segundo, se encuentra previsto y regulado expresamente en el acuerdo de voluntades; sostener lo contrario, sería admitir que el cumplimiento de la obligación, queda al arbitrio de cada uno de los contratantes, lo que pugna con lo dispuesto por el artículo 1797 del ordenamiento legal invocado.

SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 1906/96. Sucesión de José de Jesús Núñez y Núñez. 25 de abril de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Ana María Y. Ulloa de Rebollo. Secretario: Cuauhtémoc González Alvarez.

Como se observa, no existen criterios tajantes o contundentes para sustentar con precisión la diferencia de operatividad de ambas especies de pacto comisorio, y sí en cambio se pone de relieve que los existentes son erróneos, dada la categoría de cláusula natural que goza el artículo 1949 y sus distinciones esenciales con la condición resolutoria. La ausencia de texto expreso que exija la declaración judicial de rescisión sí permite por el contrario, presuponer que los legisladores otorgaron cierto margen de libertad para la solución privada de la controversia contractual originada por el incumplimiento, sin que ello afecte de ninguna manera la posibilidad de acudir ante los tribunales competentes en caso de ser necesario, por los excesos o injusticias en que incurran los contratantes.

Visto lo anterior, es absolutamente necesario estudiar ahora las repercusiones que pueden verificarse por la operatividad de pleno derecho del pacto comisorio. Efectivamente, la operatividad "*ipso iure*" del mismo tiene diversas consecuencias, las cuales no pueden ser menospreciadas en lo mínimo. De ahí que sea imperativo analizar la recuperación de la cosa y la posible comisión de hecho reputado como el delito de abuso de confianza al verificarse la operatividad analizada, es decir, la de pleno derecho.

Al rescindir un contrato de pleno derecho, y como hemos repetido constantemente, se verifican los efectos retroactivo, extintivo e indemnizatorio, en su caso, y liberatorio de las obligaciones del acreedor perjudicado. En cuanto al efecto retroactivo, los derechos transmitidos y las situaciones generadas por virtud del contrato sinalagmático desaparecerán, volviendo las cosas al estado en que se encontraban hasta antes de la celebración de dicho acto jurídico bilateral. Los efectos de la rescisión deben verificarse plenamente a fin de proteger los intereses del contratante perjudicado, más aún si éste cumplió sus correspondientes prestaciones o se mantuvo en aptitud de hacerlo para la fase de ejecución de las prestaciones. Efectivamente, de acuerdo al tipo de obligaciones surgidas en la celebración de un contrato sinalagmático, se determinará la situación de la cosa que se hubiese entregado, si ese es el caso, y según lo que a continuación se expone.

Efectivamente, en la operatividad jurisdiccional del pacto comisorio, la recuperación de la cosa, en caso de negativa del sentenciado para reintegrarla voluntariamente, se lleva a cabo de manera distinta que en la operatividad de pleno derecho del pacto referido, ya que en el primer caso, una vez obtenida una sentencia que quede firme, la reintegración de la cosa es uno de los efectos de la

rescisión, y ello podrá llevarse a cabo aún de manera coactiva a través del incidente de ejecución de sentencia que para tal efecto se lleve a cabo, como consecuencia del derecho de crédito indemnizatorio surgido por operar el pacto comisorio.

Situación diversa se presenta en el segundo caso, ya que al operar el pacto comisorio sin la intervención judicial, no existe ninguna prestación resolutoria judicial (sentencia) que genere obligaciones para el deudor incumpliente que *per se*, abran la posibilidad inmediata de cumplimiento por coacción. Evidentemente la recuperación de la cosa no podrá llevarse de manera privada y coactiva, pues es necesario siempre la intervención de un órgano estatal dotado de imperio para realizarlo, y más aún en contra de la voluntad del deudor incumpliente. De llevarse a cabo una recuperación privada y coactiva, el acreedor contratante perjudicado podría incurrir en principio, en el delito denominado como *ejercicio indebido del propio derecho*, previsto en el artículo 226 del Código Penal para el Distrito Federal y que se relaciona con el Artículo 17 constitucional, y sin perjuicio desde luego, de otros delitos en los que pueda incurrirse, como podría ser el daño en propiedad ajena o lesiones; el artículo 226 mencionado establece:

“ARTÍCULO 226.— Al que para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho que deba ejercitar, empleare violencia, se le aplicará prisión de tres meses a un año o de 30 a 90 días multa. En estos casos sólo se procederá por querrela de la parte ofendida.”

Así entonces, para la recuperación de la cosa en la operatividad *“ipso iure”* del pacto comisorio, en principio debe observarse si el contrato bilateral generó entre las partes, obligaciones de dar, hacer o no hacer. En los dos últimos casos, es decir, en las obligaciones de hacer y no hacer, no se transmite cosa alguna, como ya se analizó en el Capítulo I del presente trabajo: ambos tipos de obligaciones pueden transformarse en obligaciones de dar si deben resarcirse los daños y perjuicios, pero que no implican relación con una cosa determinada que se haya transmitido.

Cuestión distinta se observa con las obligaciones de dar que implican una transmisión del dominio o la enajenación temporal de la cosa, ya que en términos del artículo 2011 del Código Civil para el Distrito Federal, las obligaciones de este tipo sí importan en general la transmisión de la posesión de la cosa (originaria y derivada en cuando se transmite la propiedad de un bien y derivada cuando sólo se transmite el uso y/o goce temporal de la cosa). Y es allí en donde surge la obligación de

devolverla una vez que ha operado la rescisión, por lo que debe analizarse los efectos del contrato para determinar el procedimiento a seguir para la recuperación de la cosa, en caso de negativa u omisión del contratante incumpliente para reintegrarla voluntariamente. Así tenemos v. gr. lo que a continuación se expone.

- A. En todo caso de operatividad "*ipso iure*", la cosa puede recuperarse por medio del ejercicio del derecho de crédito indemnizatorio surgido por virtud del efecto retroactivo de la rescisión, pues de acuerdo a lo que establece el artículo 2107 del Código Civil para el Distrito Federal en concordancia con los artículos 1940 y 1941 del mismo ordenamiento, la responsabilidad en que incurre el incumpliente importa la devolución de la cosa o su precio en aras del restablecimiento de la situación anterior inmediata a la celebración del contrato. El acreedor contratante perjudicado gozará de tal guisa, de esa acción personal de indemnización por responsabilidad civil del deudor incumpliente, en términos de lo dispuesto por el artículo 25 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el cual establece:

"ARTÍCULO 25.- Las acciones personales se deducirán para exigir el cumplimiento de una obligación personal, ya sea de dar, de hacer o no hacer determinado acto."

Dicha acción debe ejercitarse dentro de los 2 años siguientes a la fecha en que la obligación es exigible, de acuerdo a lo dispuesto por la fracción V, del artículo 1161 del Código Civil, mismo que establece:

"ARTÍCULO 1161.- Prescriben en dos años:

[...]

- V. *La responsabilidad civil proveniente de actos ilícitos que no constituyan delitos.*⁵²⁶

⁵²⁶ La disposición transcrita es aplicable, en razón de que el incumplimiento de un contrato es, como se sostiene en el presente trabajo, un hecho ilícito. Si bien acto y hecho son, de acuerdo a la doctrina francesa de clasificación de los hechos jurídicos y a la cual se encuentra apegada nuestro Código Civil, dos fenómenos distintos, el acto ilícito al cual se refiere el artículo 1830 de nuestro código sustantivo, es por definición un hecho jurídico voluntario ilícito, es decir, aquél "acontecimiento que produce consecuencias de derecho, y en cuya realización la voluntad interviene en mayor o menor grado, sin intervenir en la producción de las consecuencias que

La prescripción corre desde el día en que se verificaron los actos."

- B. Si el contrato bilateral fue inscrito en el Registro Público de la Propiedad, por así proceder su registro, podrá ejercitarse la acción ejecutiva para su recuperación, y según ya se ha analizado líneas atrás.⁵²⁷

Para recuperar el precio, se requerirá también ejercitar la acción ejecutiva, cubriéndose las exigencias legales, como lo son que se ejercite dicha acción con el documento que traiga aparejada ejecución, de acuerdo al artículo 443 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, aún tratándose de contratos privados, habiéndose ejercitado en su caso, los medios preparatorios para el juicio ejecutivo, tratándose *v. gr.*, de contratos que se hayan celebrado verbalmente (artículos 201 a 204 del Código Procesal de la materia).

- C. Si el contrato bilateral no fue inscrito en el Registro Público de la Propiedad (porque siendo registrable no fue inscrito, no sea susceptible de ser inscrito, o bien, porque haya prescrito la acción indemnizatoria), entonces deberá promoverse la acción real de dominio, la acción reivindicatoria, para su recuperación, si el contratante acreedor perjudicado es el titular del derecho de propiedad, una vez que se ha verificado el efecto retroactivo de la rescisión. Lo anterior se infiere de los efectos que genera la rescisión, y también de la siguiente tesis, que si bien es errónea precisamente por cuanto desatiende los efectos de la rescisión, sí abre la posibilidad de obtener la recuperación de la cosa por el ejercicio de acciones reales, con lo cual se

producen." (Dominguez Martínez, Jorge Alfredo. *Derecho Civil*. ..., p. 502); y es ilícito porque la voluntad que produce el hecho (incumplimiento), transgrede las normas legales (incluyendo entre ellas las contractuales producto de la autonomía de la voluntad reconocida y permitida a los particulares por el Estado). Como expresa en el mismo sentido el maestro Gutiérrez y González. "*La conducta humana ilícita, no es un «acto jurídico», pues quien viola una ley o una norma previa, no desea y espera las consecuencias.*" (*Op. cit.*, p. 548). De la misma manera, la voz *delito* que se encuentra en el citado artículo, se refiere a los de naturaleza penal, pues si bien delito deriva de la voz latina *delinquere*, dicho término es empleado como "*abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.*" (Castellanos Tena, Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. Porrúa, México, 1993, p. 125), excluyendo sin lugar a dudas la noción jurídico formal de delito y que se encuentra en el artículo 7º del Código Penal para el Distrito Federal, como "*el acto u omisión que sancionan las leyes penales.*"

⁵²⁷ *Vid. supra*, p. 155 *et seq.*

garantiza y protege aún más los derechos del contratante acreedor perjudicado, máxime que si el contrato puede generar derechos reales,⁵²⁸ la rescisión que lo extingue los retrotrae a su titular transmisor:

Quinta Epoca

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: III

Página: 320

ACCIÓN RESCISORIA. Es personal, puesto que no es sino una forma de extinguir las obligaciones, ya que se refiere a ellas única y exclusivamente; y sólo después de obtenida sentencia favorable, nacerá el derecho en la cosa, para cuya efectividad, tendrá que ejercitarse la acción real de dominio que proceda.

Competencia positiva, suscitada entre los Jueces: de Primera Instancia del Departamento de Pichucalco, Estado de Chiapas, y del Partido Judicial de la Sierra, Estado de Tabasco, para conocer del juicio ordinario civil, promovido por Sangeado Rosario, contra el Doctor Alejandro Luque, sobre rescisión de contrato. Sangeado Rosario versus Luque Alejandro. 25 de julio de 1918. Unanimidad de once votos. La publicación no menciona el ponente.

Según lo señalado en la tesis transcrita, y aplicándola a la operatividad "*ipso iure*" del pacto comisorio, si no es posible ejercitar acciones personales para recuperar la cosa, debe ejercitarse la acción real de dominio que corresponde, y ésta es la acción reivindicatoria (la cual puede ejercitarse para bienes inmuebles y por analogía para bienes muebles), en virtud de que al verificarse la rescisión y sus efectos, entre ellos el retroactivo, los derechos transmitidos por virtud del contrato, regresarán a su titular, contratante acreedor perjudicado, y siendo así el propietario, tiene el derecho entonces de perseguir la cosa. No debe por tanto, intentarse algún interdicto para recuperar la posesión, ni la acción plenaria de posesión o acción publiciana, ya que en principio éstas últimas dos acciones reales señaladas no son

⁵²⁸ Vid. *Supra*, pp. 47 et seq.

acciones de dominio. En ambas acciones no se entra al estudio de la propiedad, cuestión que sí es observada en la acción reivindicatoria (propiedad que como ya dijimos, regresará al contratante acreedor perjudicado al verificarse la rescisión, en los contratos bilaterales que importan la traslación de la misma).

Efectivamente, en la acción interdictal para recuperar la posesión es aplicable para los casos en que el poseedor es despojado de la cosa,⁵²⁹ lo cual no acontece en la celebración de un contrato bilateral que engendre obligaciones de dar que hayan sido cumplidas, y además no se observará discusión alguna sobre el dominio, ya que el estudio realizado dentro de la misma no versa sobre la propiedad ni prejuzga sobre ella,⁵³⁰ y en cambio en la acción reivindicatoria sí, dado que dentro de la misma se reconocerá que la propiedad (y la posesión jurídica o virtual originaria), habrá regresado al su titular originario, acreedor contratante perjudicado por el

⁵²⁹ Se desprende lo anterior, de lo sustentado en la jurisprudencia cuyo tenor establece: "INTERDICTO DE RECUPERAR. ELEMENTOS DE LA ACCION. Para que proceda el interdicto de recuperar la posesión, se requiere la prueba de tres elementos: 1. Que quien lo intente haya tenido precisamente la posesión jurídica o derivada del inmueble de cuya recuperación se trata. 2. Que el demandado, por sí mismo, sin orden de alguna autoridad, haya despojado al actor de esa posesión; y 3. Que la acción se deduzca dentro del año siguiente a los actos violentos o a las vías de hecho causantes del despojo." (Sexta Epoca, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Apéndice de 1995, Tomo: Tomo IV, Parte SCJN, Tesis: 263, Página: 178. Amparo directo 3481/52. Alfonso Parra Marquina. 18 de febrero de 1953. Cuatro votos; Amparo directo 1109/55. Juan Hernández Cedillo. 20 de abril de 1955. Cinco votos; Amparo directo 6600/57. Bertha Loubet Valdez y coags. 16 de julio de 1958. Cinco votos; Amparo directo 1491/57. Miguel Robles García. 4 de septiembre de 1958. Unanimidad de cuatro votos; Amparo directo 3226/57. Rodrigo Albarrán y coag. 9 de febrero de 1959. Cinco votos).

⁵³⁰ Se ha sostenido así el criterio siguiente: "INTERDICTOS, NATURALEZA DE LOS. Los interdictos no se ocupan de cuestiones de propiedad y de posesión definitiva, sino sólo de posesión interina; pero esta preocupación no es el medio, sino el fin de los interdictos. O dicho de otro modo: a lo que todo interdicto tiende es a proteger la posesión interina del promovente, bien de que se trate de adquirir, de retener o de recuperar tal posesión, puesto que su real y positiva finalidad no es resolver en definitiva acerca de la posesión a favor del que obtiene el interdicto, sino sólo momentánea, actual e interinamente, dado que después de la protección así obtenida mediante sentencia judicial, puede muy bien discutirse la posesión definitiva en el juicio plenario, correspondiente, e inclusive la propiedad en el reivindicatorio, sin que en forma alguna la resolución interdictal pueda invocarse en estos juicios con autoridad de cosa juzgada." SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO (Octava Epoca; Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: IX, Febrero de 1992, Página: 208, Amparo en revisión 148/91. Vicente Mexicano Zavaleta y Edmundo Sánchez Valencia. 5 de julio de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Arnoldo Nájera Virgen. Secretario: Gonzalo Cabrera Molina).

incumplimiento del deudor contratante, al declararse la rescisión y que por tanto deberá reintegrarse la cosa a dicho propietario (posesión jurídica material o real).

Pensamos que el ejercicio de dicha acción reivindicatoria no será obstáculo alguno para dar solución expedita y justa a los problemas relacionados con el incumplimiento de obligaciones correlativas de un contrato sinalagmático por medio de la rescisión. Como es conocido, el ejercicio de la acción reivindicatoria supone la demostración de tres elementos:⁵¹¹ 1) la titularidad del derecho de propiedad sobre la cosa que se reclama; 2) la posesión de la cosa por parte del demandado y, 3) la identidad formal y material de la cosa.⁵¹² Dichos elementos

⁵¹¹ Así se establece en la jurisprudencia siguiente: "ACCION REIVINDICATORIA. SUS ELEMENTOS. La reivindicación compete a quien no está en posesión de la cosa de la cual tiene la propiedad y su efecto es declarar que el actor tiene dominio sobre ella y se la entregue el demandado con sus frutos y acciones. Así, quien la ejercita debe acreditar: a). La propiedad de la cosa que reclama; b). La posesión por el demandado de la cosa perseguida y c). La identidad de la misma, o sea que no pueda dudarse cuál es la cosa que pretende reivindicar y a la que se refieren los documentos fundatorios de la acción, precisando situación, superficie y linderos, hechos que demostrará por cualquiera de los medios de prueba reconocidos por la ley." (Sexta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Apéndice de 1995, Tomo: Tomo IV, Parte SCJN, Tesis: 21, Página: 15. Amparo directo 1943/51. Serafín Tlapaleoyoa. 29 de enero de 1952. Unanimidad de cuatro votos; Amparo directo 2928/53. María Luisa R. de Ortiz. 6 de mayo de 1954. Unanimidad de cuatro votos; Amparo directo 3958/58. Julio Calderón. 23 de marzo de 1960. Cinco votos; Amparo directo 2195/58. Carlos Canales. 17 de agosto de 1960. Cinco votos; Amparo directo 5931/59. Elena Zamora. 16 de febrero de 1961. Mayoría de cuatro votos).

⁵¹² Por cuanto a la identidad formal y material de la cosa se dictó la siguiente jurisprudencia: "ACCION REIVINDICATORIA. IDENTIDADES FORMAL Y MATERIAL DEL BIEN PERSEGUIDO, COMO ELEMENTOS DE LA. Para el ejercicio de la acción reivindicatoria, corresponde al actor, entre otras, la carga probatoria de la identidad del inmueble; y, a su vez, dicha identidad se subdivide en dos clases, cuya comprobación resulta indispensable para la justificación de tal acción: la primera de ellas es la identidad formal, la cual importa al elemento propiedad, y consiste en que el bien perseguido corresponda, o esté comprendido, dentro del título fundatorio de la acción; la segunda, es la identidad material, que se traduce en identificar el bien que se pretende reivindicar, con el que posee el demandado." SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO (Novena Época, Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: III, Abril de 1996, Tesis: III.2o.C. J/3, Página: 213. Amparo directo 132/91. Guadalupe Muñoz Franco. 14 de agosto de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Eduardo Lara Díaz. Secretario: Enrique Gómez Mendoza; Amparo directo 5/91. Leopoldo Romo Olmos. 2 de octubre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Eduardo Lara Díaz. Secretario: Enrique Gómez Mendoza; Amparo directo 820/95. Juan Aguilera Navarro. 6 de octubre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Eduardo Lara Díaz. Secretaria: Ana Celia Cervantes Barba; Amparo directo 898/95. Servando Gómez Flores. 16 de

deberán ser probados para la procedencia de la acción y por los medios establecidos por el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. En cuanto a la propiedad, debemos señalar que ésta deberá probarse entonces con el título de propiedad, documento público o privado (aún y cuando pueda estar afectado de nulidad, puesto que surtirá plenamente sus efectos hasta en tanto no sea declarada la misma, e incluso, con cualquier medio de prueba, tratándose de contratos verbales), y asimismo con la notificación indubitable de rescisión del contrato. La posesión y la identidad formal, deberá probarse con los medios probatorios idóneos, como pueden ser pruebas confesionales, documentales, testimoniales, etc.

Pero, ¿qué acontecerá cuando el contratante acreedor perjudicado por el incumplimiento, no sea el titular del derecho de propiedad sobre la cosa, como por ejemplo el usufructuario que ha enajenado el derecho real del cual es titular, el arrendatario con permisión expresa del arrendador para subarrendar (de acuerdo a los artículos 2480 a 2482 del Código Civil), o el comodatario con autorización para conceder el uso de la cosa a un tercero (según se desprende del artículo 2500 del Código Civil)? Evidentemente no podrán ejercitar la acción reivindicatoria, pero sí, la acción publiciana o plenaria de posesión para recuperar la cosa,⁵³³ si es poseedor de buena fe,⁵³⁴ puesto que al rescindirse el contrato, el contratante acreedor perjudicado gozará de mejor derecho para poseer.

noviembre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Eduardo Lara Díaz. Secretario: Enrique Gómez Mendoza; Amparo directo 1078/95. María de la Paz Hernández García. 8 de enero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Eduardo Lara Díaz. Secretario: Enrique Gómez Mendoza).

⁵³³ Al respecto se ha establecido la siguiente ejecutoria: "ACCION PUBLICIANA. Es una acción real que compete al poseedor civil de una cosa, contra el que la posee sin título o con otro, pero con menor derecho, para que le sea restituida con sus frutos, acciones y abonos de menoscabos, estando sujeta dicha acción, entre otras reglas, a las siguientes: que quien ejerza sea poseedor en derecho de la cosa que reclama; que aquél contra quien se dirija, carezca de derecho para retenerla, o sea inferior al del demandante y que se acompañe el justo título en que la acción se funda. Como se ve, la acción publiciana es semejante a la acción reivindicatoria, pero la separan diferencias muy importantes, entre ellas, la de que la sentencia que se dicte con motivo del ejercicio de la primera, no produce la excepción de cosa juzgada en el pleito sobre la propiedad. El juzgador debe examinar cuál de los títulos presentados por las partes es mejor para acreditar la posesión civil y no la posesión de hecho, que es materia de los interdictos." (Sexta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: Cuarta Parte, XXXIII, Página: 9. Amparo directo 67/59. José Amado Urroz y coagraviada. 7 de marzo de 1960. 5 votos. Ponente: Gabriel García Rojas).

⁵³⁴ A *contrario sensu*, se observa que el poseedor de mala fe no podrá ejercitar la acción plenaria de posesión o publiciana (mala fe que sí puede invocarse, en su caso, como uno de los elementos necesarios para efectos de la usucapión), ya que se ha establecido la siguiente

Lo anteriormente asentado no significa que se le reconozca derecho alguno al contratante deudor incumplidor para poseer, ya que rescindido en contrato no conservará ese derecho, y por tanto el contratante perjudicado tendrá el derecho de poseer. Así, comparativamente uno tendrá mejor derecho, puesto que el otro que carece del mismo dado el incumplimiento que ha observado. Dicha acción puede ser intentada incluso por el poseedor originario, además del poseedor derivado,⁵³⁵

jurisprudencia: "ACCION PLENARIA DE POSESION. La acción plenaria de posesión o publiciana, compete al adquirente de buena fe que no está en posesión de la cosa que tiene derecho a poseer con justo título aunque no lo acredite como propietario; se da contra quien posee con menor derecho y tiene la finalidad de obtener la restitución de la cosa con sus frutos y accesiones. Consecuentemente el actor deberá probar los siguientes elementos: 1. Que tiene justo título para poseer; 2. Que es de buena fe. 3. Que el demandado posee el bien a que se refiere el título. 4. Que es mejor el derecho del actor para poseer que el que alega el demandado. Para este efecto, el juzgador debe examinar cuál de los títulos exhibidos por las partes es mejor para acreditar el derecho a la posesión civil." (Sexta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Apéndice de 1995, Tomo: Tomo IV, Parte SCJN, Tesis: 9, Página: 7. Amparo directo 1155/57. Ferrocarril Occidental de México, S. A. 9 de octubre de 1957. Cinco votos; Amparo directo 67/59. José Amaro Urroz y coag. 7 de marzo de 1960. Cinco votos; Amparo directo 2775/58. Norberto Guerra Anaya. 9 de febrero de 1961. Unanimidad de cuatro votos; Amparo directo 7205/58. Lucio Guerra García. 28 de junio de 1963. Unanimidad de cuatro votos; Amparo directo 5025/61. Cruz Salazar Sánchez. 25 de julio de 1963. Unanimidad de cuatro votos.

⁵³⁵ Así se estableció en la jurisprudencia por contradicción de tesis cuyo texto dice: "ACCION PUBLICIANA O PLENARIA DE POSESION. PUEDE SER INTENTADA TANTO POR EL PROPIETARIO COMO POR EL POSEEDOR DE LA COSA. Las acciones publiciana o plenaria de posesión y reivindicatoria, son acciones reales; la primera protege la posesión y la segunda protege la propiedad; en ambas la sentencia tiene efectos de condena pues el demandado debe restituir la cosa con sus frutos y accesiones, ambas competen a quien no está en posesión de la cosa a la cual tiene derecho a poseer, por justo título, aún cuando no lo acredite como propietario en la publiciana; y en la reivindicatoria por tener la propiedad de la cosa; así, en aquella el actor debe acreditar ser adquirente con justo título y buena fe y en ésta tener el dominio. En tales condiciones, el propietario puede intentar la acción publiciana cuando no quiera que se cuestione la propiedad y esté en condiciones de probar que es adquirente con justo título, lo cual se requiere para la procedencia de dicha acción y logrará la restitución de la cosa con sus frutos y accesiones, aun cuando no se declare que tiene el dominio de la misma, pues esto es efecto exclusivo de la reivindicatoria, lo que la diferencia de la publiciana o plenaria de posesión." (Octava Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tomo: 74, Febrero de 1994, Tesis: 3a./J. 1/94, Página: 15; Contradicción de tesis 23/93. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado y Segundo Tribunal Colegiado, ambos del Segundo Circuito. 17 de enero de 1994. Cinco votos. Ponente: Sergio Hugo Chapital Gutiérrez. Secretario: Mario Vallejo Hinojosa. Tesis jurisprudencial 1/94. Aprobada por la Tercera Sala de este alto Tribunal, en sesión de diecisiete de enero de mil novecientos noventa y cuatro, por cinco votos de

sin ser requisito esencial para su procedencia el demostrar haber tenido la posesión material del bien.⁵³⁶

Si se trata de contratos sinalagmáticos verbales, evidentemente deberá probarse la existencia del mismo, la legitimidad activa para reclamar la rescisión, y la entrega del precio o la cosa, y una vez obtenida sentencia definitiva, llevar a cabo el procedimiento incidental de ejecución de dicha sentencia, para recuperar lo que se hubiese entregado como prestación.

Pensamos que ninguna de las anteriores acciones señaladas como medios jurídicos para recuperar la cosa, deben interpretarse como dificultosos y problemáticos procedimientos, ya que los mismos han sido establecidos por nuestro sistema jurídico y deben observarse celosamente en cualquier Estado fundado en el Derecho. En todo caso, el incumplimiento contractual no será materia de los mismos, y por tanto, las acciones reales de persecución de la cosa, resultado de la titularidad de la propiedad o posesión, deben en estos casos resultar más expeditos,

los señores Ministros: Presidente Miguel Montes, Mariano Azuela Gúitrón, Sergio Hugo Chapital Gutiérrez, José Trinidad Lanz Cárdenas y Carlos Sempé Minvielle).

⁵³⁶ Así lo establece la jurisprudencia siguiente: "ACCIÓN PLENARIA DE POSESIÓN. NO ES REQUISITO DEMOSTRAR HABER DISFRUTADO DE LA POSESIÓN MATERIAL DEL BIEN. Para que se declare fundada la acción publiciana deben acreditarse los siguientes elementos: a) tener justo título para poseer; b) que ese título se haya adquirido de buena fe; c) que el demandado posee el bien a que se refiere el título; y d) que es mejor el derecho del actor para poseer materialmente, que el que alegue el demandado. Por lo que el juzgador debe examinar únicamente la existencia de tales requisitos, sin que deba exigir la comprobación de que el actor tuvo la posesión material del bien, ya que, de acuerdo con las circunstancias especiales del caso, lo dejaría en estado de indefensión, a pesar de contar con los elementos anteriores, al ser improcedentes la reivindicación, por no tener el dominio de la cosa, y los interdictos posesorios que proceden, dentro de un año, cuando se ha sido despojado de la posesión material del bien, o existe perturbación en la posesión; de tal manera que la acción publiciana protege la posesión jurídica y no la material." (Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: VII, Marzo de 1998, Tesis: 1a/J. 13/98, Página: 99, Contradicción de tesis 50/95. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Segundo Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. 11 de febrero de 1998. Cinco votos. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Manuel Rojas Fonseca. Tesis de jurisprudencia 13/98. Aprobada por la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión de cuatro de marzo de mil novecientos noventa y ocho, por unanimidad de cuatro votos de los Ministros presidente Humberto Román Palacios, José de Jesús Gudiño Pelayo, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente: Juventino V. Castro y Castro, en virtud de la comisión que se le confirió el día dieciocho de febrero del presente año por el Tribunal Pleno.

al fundarse y motivarse precisamente en la rescisión contractual de pleno derecho. Certeza y seguridad jurídica se ostentarán tangiblemente en la solución de las controversias contractuales por la vía en estudio. Por otra parte, puede considerarse que éstas acciones garantizan, dada la perenne facultad de ejercicio de la que ha sido racionalmente dotada,⁵³⁷ tomándose en estos casos en consideración, desde luego, las cuestiones relativas a los terceros de buena fe que puedan existir.

El derecho a ser restituido es de tal importancia en nuestro derecho, que en las demandas de controversias sobre bienes inmuebles el juez debe ordenar que se haga la anotación preventiva correspondiente en el Registro Público de la Propiedad de acuerdo a lo establecido por el artículo 262 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y 3043 del Código Civil, evidentemente para evitar su indebida enajenación. Dichos artículos establecen:

⁵³⁷ Ambas acciones, reivindicatoria y publiciana o plenaria de posesión, son imprescriptibles. Así se sostiene jurisprudencia y tesis. Por cuanto a la acción reivindicatoria, se ha establecido: "ACCION REIVINDICATORIA. ES IMPRESCRIPTIBLE. La acción reivindicatoria no se extingue por el transcurso del tiempo. En efecto, teniendo por objeto la acción reivindicatoria la protección del derecho de propiedad, es claro que entretanto éste no se extinga, aquélla permanece viva y solamente cuando por virtud de la usucapión haya desaparecido el derecho de propiedad, también habrá desaparecido la acción reivindicatoria; de lo que se sigue que esta acción dura lo que el derecho de propiedad y no fenece por el mero transcurso del tiempo, o sea, por prescripción negativa." (Amparo directo 504/56. Isidro López Zetuche. 11 de septiembre de 1958. Cinco votos; Amparo directo 1070/58. Cornelio Pérez López y coag. 29 de enero de 1960. Unanimidad de cuatro votos; Amparo directo 971/59. Lucía del Carmen Mollinedo de Ballesteros. 24 de marzo de 1960. Cinco votos; Amparo directo 5931/60. Nile Guzmán Reyes. 9 de julio de 1962. Cinco votos; Amparo directo 3244/61. Felisa Maya. 6 de agosto de 1962. Cinco votos. Sexta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Apéndice de 1995, Tomo: Tomo IV, Parte SCJN, Tesis: 13, Página: 10). Por lo que hace a la acción publiciana o plenaria de posesión, el criterio es el siguiente: "ACCION PLENARIA DE POSESION. SU EJERCICIO SOLO ESTA LIMITADO POR LA SUBSISTENCIA DE SUS SUPUESTOS. No existiendo en los textos legales término de duración de la acción publiciana, tiene que estimarse que su ejercicio sólo queda limitado a la subsistencia de las condiciones jurídicas que constituyen los presupuestos de la misma, esto es, que perdure la perturbación en el bien jurídico tutelado, o sea la posesión con los requisitos legales establecidos para la misma, sin que pueda hablarse de prescripción, pues siendo ésta extintiva sólo opera en relación con las acciones personales tendientes a exigir el cumplimiento de una obligación." (Amparo directo 329/75. Tomasa y Eulalia Viquez Romero. 18 de julio de 1975. Unanimidad de votos. Ponente: Darío Córdoba L. de Guevara. Séptima Época, Instancia: TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: 79 Sexta Parte, Página: 16).

"ARTÍCULO 262.- Cuando se trate de demandas por controversias sobre bienes inmuebles, el Juez ordenará la anotación preventiva de la misma ante el Registro Público de la Propiedad, de conformidad a las disposiciones aplicables del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, siempre que previamente el actor otorgue fianza suficiente para responder de los daños y perjuicios que se causen al demandado, la que deberá ser fijada al prudente arbitrio del Juez."

"ARTÍCULO 3043.- Se anotarán preventivamente en el Registro Público:

- I. Las demandas relativas a la propiedad de bienes inmuebles o a la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real sobre aquellos;*
- II. El mandamiento y el acta de embargo, que se haya hecho efectivo en bienes inmuebles del deudor;*
- III. Las demandas promovidas para exigir el cumplimiento de contratos preparatorios o para dar forma legal al acto o contrato concertado, cuando tenga por objeto inmuebles o derechos reales sobre los mismos;*
- IV. Las providencias judiciales que ordenen el secuestro o prohíban la enajenación de bienes inmuebles o derechos reales;*
- V. Los títulos presentados al Registro Público y cuya inscripción haya sido denegada o suspendida por el Registrador;*
- VI. Las fianzas legales o judiciales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2852;*

- VII. *El decreto de expropiación y de ocupación temporal y declaración de limitación de dominio, de bienes inmuebles;*
- VIII. *Las resoluciones judiciales en materia de amparo que ordenen la suspensión provisional o definitiva, en relación con bienes inscritos en el Registro Público; y*
- IX. *Cualquier otro título que sea anotable, de acuerdo con este Código u otras Leyes.”*

Evidentemente que los artículos anteriores no se refieren a los bienes muebles, cuyo registro se encuentra harto limitado. No obstante ello y para asegurar la reintegración de los mismos en los casos correspondientes, puede promoverse una providencia precautoria para que una vez que se ejecute se presente la demanda correspondiente de acuerdo a lo establecido por los artículos 235 y 250, ambos del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, cuyo tenor respectivo es el siguiente:

“ARTÍCULO 235.- Las providencias precautorias podrán dictarse:

- I. Cuando hubiere temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda;*
- II. Cuando se tema que se oculten o dilapiden los bienes en que debe ejercitarse una acción real;*
- III. Cuando la acción sea personal siempre que el deudor no tuviere otros bienes que aquellos en que se ha de practicar la diligencia y se tema que los oculte o enajene.”*

“ARTÍCULO 250.- Ejecutada la providencia precautoria antes de ser entablada la demanda, el que la pidió deberá entablarla dentro de tres días, si el juicio hubiere de seguirse en el lugar en que aquella se dictó. Si debiera seguirse en otro lugar, el

juez aumentará a los tres días señalados, uno por cada doscientos kilómetros."

La protección de los intereses del acreedor contratante perjudicado se revela tan importante que incluso si la restitución de la cosa transmitida no fuere viable al ejecutarse la sentencia favorable, existe la posibilidad de despacharse una ejecución por la cantidad que señale el actor, que puede ser moderada prudentemente por el juez y sin perjuicio de una intervención del deudor para oponerse al monto, lo que reduce la posibilidad de una ejecución excesiva, en términos de lo dispuesto por el artículo 525 del Código de Procedimientos Civiles, el cual dispone:

"ARTÍCULO 525.- Cuando en virtud de la sentencia o de la determinación del juez debe entregarse alguna cosa inmueble se procederá inmediatamente a poner en posesión de la misma al actor o a la persona en quien fincó el remate aprobado, practicando a este fin todas las diligencias conducentes que solicite el interesado.

Si la cosa fuere mueble y pudiere ser habida, se le mandará entregar al actor o al interesado que indicará la resolución. Si el obligado se resistiere, lo hará el actuario, quien podrá emplear el uso de la fuerza pública y aun mandar romper las cerraduras.

En caso de no poderse entregar los bienes señalados en la sentencia, se despachará ejecución por la cantidad que señale el actor que puede ser moderada prudentemente por el juez, sin perjuicio de que se oponga al monto el deudor."

Hemos mencionado constantemente la importancia del efecto retroactivo de la rescisión, y en este punto debemos realizar algunas otras disertaciones con respecto a los contratos bilaterales por los cuales ha habido transmisión de alguna cosa. Así entonces ¿tiene alguna repercusión jurídica sobre la posesión de la cosa transmitida, la rescisión de pleno derecho una vez notificada ésta al deudor incumpliente? Pensamos que sí. Evidentemente al hacerse del conocimiento del deudor incumpliente que es voluntad del acreedor perjudicado el extinguir las obligaciones nacidas del contrato por incumplimiento de aquél, la posesión que existe sobre la cosa puede tomar diversos rumbos. En principio, y por virtud del

efecto retroactivo, las cosas deben regresar al momento inmediato anterior a la celebración del contrato. Esta obligación surge por ministerio de ley, y por tal motivo, los derechos que sobre la cosa existen y que fueron transmitidos por virtud del contrato, regresarán a su titular, es decir, al contratante acreedor perjudicado, y por ello la cosa adquirirá el carácter de ajeneidad con respecto al desobligado, quien tendrá así una obligación de dar:

“ARTÍCULO 2011.— La prestación de cosa puede consistir:

- I. [...]*
- II. [...]*
- III. En la restitución de cosa ajena o pago de cosa debida.”*

Entonces la posesión de buena fe de la cual que gozaba el deudor incumpliente también cambiará a una posesión de mala fe, dado que con la rescisión de pleno derecho se extinguirá el título suficiente con el cual se legitimaba el poder de hecho lícito que el desobligado tenía sobre la cosa, y surgirá entonces, la obligación de devolver dicha cosa como consecuencia del derecho subjetivo de extinción jurídica analizado.

Efectivamente, la posesión, es un poder de hecho que ejerce una persona sobre una cosa, como se desprende del texto del artículo 790 del Código Civil para el Distrito Federal:

“ARTÍCULO 790.— Es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho, salvo lo dispuesto en el artículo 793. Posee un derecho el que goza de él.”

Dicha posesión, como se sabe, puede ser de buena o mala fe:

“ARTÍCULO 806.— Es poseedor de buena fe el que entra en la posesión en virtud de un título suficiente para darle derecho de poseer. También es el que ignora los vicios de su título que le impiden poseer con derecho.”

Es poseedor de mala fe el que entra a la posesión sin título alguno para poseer; lo mismo que el que conoce los vicios de su título que le impiden poseer con derecho.

Entiéndese por título la causa generadora de la posesión."

No obstante lo que dispone dicho artículo, la posesión de mala fe no solamente se adquiere sin título alguno para poseer, o también con título que tiene vicios que impiden poseer legítimamente, ya que una posesión de buena fe puede trasmutar en una posesión de mala fe, lo cual implica desde luego, la existencia y validez de un título que por alguna circunstancia deja de legitimar al poseedor. Así se desprende del artículo 808 del citado Código Civil:

"ARTÍCULO 808.— La posesión adquirida de buena fe no pierde ese carácter sino en el caso y desde el momento en que existan actos que acrediten que el poseedor no ignora que posee la cosa indebidamente."

De acuerdo a lo anterior, un contratante que ha recibido una cosa como objeto material de un contrato, no puede considerarse evidentemente como poseedor de mala fe con respecto de la misma, dado que dicha cosa cayó bajo su poder de hecho por virtud del contrato bilateral. Por ello, aún y cuando haya incumplido con sus corresponsivas obligaciones, si no le ha sido notificada la rescisión, entonces no devendrá en poseedor de mala fe, dado que dicho contratante no entró a la posesión sin título alguno para poseer ni tampoco dicho contrato tenía vicio conocido que le impidiese poseer con derecho (dado que la rescisión tiene como presupuesto de operación, un contrato válido).

La posesión puede ser también originaria o derivada, o denominadas también jurídica y material respectivamente, pudiendo coincidir ambas cuando se goza del derecho de propiedad y del poder de hecho sobre una cosa, según se puede inferir del texto del artículo 791 del mismo ordenamiento civil:

"ARTÍCULO 791.— Cuando en virtud de un acto jurídico el propietario entrega a otro una cosa, concediéndole el derecho de retenerla temporalmente en su poder en calidad de usufructuario, arrendatario, acreedor pignoraticio, depositario, u otro título análogo, los dos son poseedores de la cosa. El que la posee a título de propietario tiene una posesión originaria; el otro, una posesión derivada."

Un contratante poseedor de buena fe de una cosa (objeto del contrato), que ha sufrido la operatividad del pacto comisorio, es a partir del momento en que fenezca el plazo para su devolución (convencional o legal), poseedor de mala fe, por que al verificarse la rescisión de pleno derecho, las facultades que sobre la cosa fueron transmitidas por virtud del contrato bilateral se retrotraerán y reingresarán a la esfera jurídica del contratante acreedor perjudicado, el deudor estará obligado a restituir la cosa transmitida, pero dicha obligación existente y válida será ineficaz hasta que transcurran los plazos convencional o legal necesarios según se analizará con respecto al artículo 2080 del Código Civil. En relación con el deudor la cosa le será ajena y por ello surgirá la obligación de restitución que surge por efecto de la rescisión: el deudor incumpliente deberá devolver la cosa al contratante acreedor perjudicado (artículos 1940, 1941 y 2107 del Código Civil). No obstará a lo anterior que paralelamente a la notificación de la rescisión no se verifique el requerimiento de devolución de la cosa, puesto que al nacer por ministerio de ley la obligación de devolver la cosa (indemnización), el contratante deudor incumpliente se encuentra obligado a reintegrársela al acreedor perjudicado, máxime que la rescisión de pleno derecho surte por definición sus efectos *per se*, y las consecuencias de su operatividad (efecto retroactivo e indemnizatorio), se verificarán sin que deba concurrir la voluntad del desobligado (la rescisión es un acto unilateral); si a esto le aunamos que el deudor incumpliente conoce y sabe de su incumplimiento, con mayor razón sabrá que no puede ya mantener la cosa para sí. Cabe señalar que el deudor incumpliente no se convierte en un mero detentador de la cosa, puesto que la obligación de conservarla para restituirla le otorga el poder jurídico necesario y directo sobre la cosa misma para lograr dicho fin, prerrogativas que no posee el mero detentador, el cual carece de dicho poder por tener la cosa a su alcance de una manera puramente material, como un trabajador con respecto a sus instrumentos de trabajo.

Ya veremos más adelante cómo la posesión de mala fe referida puede trascender al ámbito penal, si concurren los elementos necesarios y requeridos por el tipo correspondiente.

¿Cuándo deberá devolverse la cosa? Esta es una intrincada y complicada interrogante que debe ser respondida atendiendo a los mismos preceptos legales contenidos en el Código Civil para el Distrito Federal. Efectivamente dicho código no establece prohibición alguna respecto al requerimiento de la cosa paralelamente a la notificación de rescisión de pleno derecho, pero tampoco establece una total libertad del contratante requirente para constituir una obligación unilateralmente a

cargo del deudor y con respecto a dicho plazo. Así las cosas, pueden darse dos supuestos generales:

- a) Si en el contrato se previó un plazo para la entrega de la cosa transmitida en caso de rescisión, el deudor deberá someterse al mismo.
- b) Si por el contrario no se estableció plazo alguno, entonces serán aplicables las reglas generales que contiene el artículo 2080 del Código Civil para el Distrito Federal, ya que la obligación de devolver la cosa (obligación de dar), no será exigible, hasta después de los 30 días siguientes a la interpelación que se haga judicial o extrajudicialmente ante notario público o dos testigos, esto es, la obligación existirá, pero será ineficaz: no será exigible ya que el pago o cumplimiento de la prestación (deuda), sí podrá rehusarse conforme a derecho (artículo 2190 del citado código).

Cabe señalar que la notificación de rescisión de pleno derecho es distinta al requerimiento de la devolución de la cosa, por lo que debe procurarse realizarse tanto la notificación de la rescisión como el requerimiento de devolución en el mismo momento. Pensamos que el requerimiento de devolución debe ser expreso y dirigido a ello, ya que aún y cuando la restitución de la cosa es una consecuencia natural de la rescisión, debe colmarse la hipótesis señalada por el artículo 384 de manera objetiva y no por medio de suposiciones. Aquí sí sería aplicable el Principio General de Derecho atribuido a Modestino (Ley 195, Título 17, *de regulis iuris*, Libro 50, del Digesto y Ley 52, Título 1, *de conditionibus*, Libro 35), que establece que "*Expressa nocent, non expressa non nocent*" [«Las cosas expresas perjudican, las tácitas no»⁵³⁸], dado que en estos casos se analiza un acontecimiento cuya consecuencia es de suma trascendencia: el sujetar a un individuo a un procedimiento penal.

Por lo anterior, sólo hasta que transcurran los 30 días señalados por el artículo 2080 a la interpelación que se haga en la forma prevista, entonces será exigible la devolución de la cosa. El acreedor tendrá derecho a exigir su devolución y si existe negativa del deudor para hacerlo siéndole posible material y jurídicamente, se colmará la exigencia del tipo penal estudiado en cuanto al requerimiento formal.

⁵³⁸ Mans Puigarnau, Jaime M. *Op. cit.*, p. 192.

Es aplicable a estos casos si la cosa ha sido transmitida de buena o mala fe a un tercero, etc. Este plazo legal puede en muchos casos ser favorable para garantizar en lo posible la devolución de la cosa, sin considerarse como una oportunidad legal para que el deudor incumpliente se oponga a la rescisión, y ello debido a que el plazo de una posible oposición lo otorga la ley, no pudiendo establecerlas convencionalmente las partes porque la responsabilidad proveniente de dolo es irrenunciable (artículo 2106 del Código Civil). Evidentemente si las partes ya habían previsto un plazo para la reintegración de la cosa en caso de rescisión, ello implica el haber conservado la cosa, sea hasta la total ejecución de las prestaciones o para devolverla en caso de rescisión.

El deudor está obligado entonces a devolver la cosa desde el momento de la rescisión, pero le será exigible al momento de que fenezca el plazo convencional o el legal en caso contrario, puesto que en ese momento no tendrá derecho a poseerla. Si por alguna circunstancia no se requiere la devolución de la cosa, y el incumpliente no la devuelve espontánea y voluntariamente, no devendrá en poseedor de mala fe pues poseerá con derecho por ministerio de ley: ante la ausencia de requerimiento y plazo para la entrega de la cosa, y por tratarse según ya vimos de una obligación de dar (artículo 2011, fracción III), no podrá exigirse dicha obligación, sino hasta después de los 30 días siguientes a la interpelación judicial o extrajudicial que se realice (artículo 2080 del Código Civil) y sólo hasta este momento el acreedor tendrá derecho a requerir su devolución y el deudor la obligación de hacerlo, puesto que de no llevarlo a cabo, podrá incurrir en el delito reputado como abuso de confianza previsto en el artículo 384 del Código Penal según veremos más adelante.

Igualmente mientras no devuelva la cosa y al encontrarse entonces latente la obligación de restituir la cosa, como consecuencia del incumplimiento de la obligación, el deudor estará obligado a conservarla, ya que de lo contrario incurriría en la correspondiente responsabilidad civil, debiendo resarcir o indemnizar si hubo dolo, culpa o negligencia (artículos 2025, 2107, 2108 y 2109 del Código Civil). Si deudor incumpliente actúa dolosamente y destruye la cosa, entonces podrá incurrir también en una responsabilidad penal, a saber, en alguna de las que se desprenden de las hipótesis que como daño en propiedad ajena, se encuentran previstas y sancionadas en los artículos 397 al 399 bis, del Libro Segundo, Título Vigésimo Segundo, Delitos en contra de las personas en su patrimonio, del Código Penal para el Distrito Federal.

Pues bien, dado el cambio del tipo de posesión de buena fe a posesión de mala fe de una cosa que puede verificarse al rescindirse un contrato, es necesario analizar si la misma puede tener trascendencia al campo del derecho penal.

En principio se observa que en estos casos sí se verifican los presupuestos generales de los delitos:⁵³⁹ norma jurídica (la que se reconoce en el artículo 384 del Código Penal), sujeto activo (deudor incumpliente que se niega a devolver la cosa de la cual es poseedor ilegítimo), sujeto pasivo (contratante acreedor perjudicado), y bien jurídico (el patrimonio, que puede ser afectado por la falta de devolución de la cosa requerida).

Dispone el artículo 384 del Código Penal para el Distrito Federal, lo siguiente:

"ARTÍCULO 384.- Se reputa como abuso de confianza la ilegítima posesión de la cosa retenida si el tenedor o poseedor de ella no la devuelve a pesar de ser requerido formalmente por quien tenga derecho, o no la entrega a la autoridad, para que ésta disponga de la misma conforme a la ley."

Dicho artículo entonces, estima como abuso de confianza el delito contenido en este tipo penal, esto es, a uno diverso a aquél al cual hace referencia.

Es imperante advertir que resulta en extremo necesario hacer cuando menos un somero análisis del delito de abuso de confianza para fijar el alcance preciso de la figura típica penal descrita con antelación, y ello es así, dado que la interpretación de la ley penal ofrece varias peculiaridades propias de su naturaleza y que siempre deben observarse a fin de no vulnerar los derechos de las personas en cuanto al valor máspreciado que tenemos siguiendo al de la vida, es decir, la libertad, lo cual tiene enorme trascendencia por todos los efectos que en dicho campo pudiere producir la operatividad de pleno derecho del pacto comisorio.

El delito de abuso de confianza básico, se encuentra descrito en el artículo 382 del Código Penal, el cual establece:

⁵³⁹ Cfr. Castellanos Tena, Fernando. *Op. cit.*, p. 134.

"ARTÍCULO 382.- Al que, con perjuicio de alguien, disponga para sí o para otro, de cualquier cosa ajena mueble, de la que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio, se sancionará con prisión hasta de 1 año y multa de 100 veces el salario, cuando el monto del abuso no exceda de 200 veces el salario.

Si excede de esa cantidad, pero no de 2,000, la prisión será de 1 a 6 años y la multa de 100 hasta de 180 veces el salario.

Si el monto es mayor de 2,000 veces el salario, la prisión será de 6 a 12 años y la multa de 120 veces el salario."

Se reconoce que el artículo 384 antes transcrito, amplía la descripción típica del artículo 382 del Código Penal citado,⁵⁴⁰ sin embargo, dada la redacción de artículo 384, y concordado con los avances doctrinarios relativos al pacto comisorio, surgen inquietantes e importantes cuestiones que aunque complicadas, nos obligan a realizar algunas reflexiones en torno a ellas.

En efecto, la ampliación de la descripción típica del artículo 382 del Código Penal, no se encuentra aún definitivamente delimitada. El contenido del artículo 384, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación de 9 de marzo de 1946, y si bien en dicho tiempo el estudio del pacto comisorio tampoco tenía la precisión y connotación actuales, es necesario analizar las repercusiones que en el campo del derecho positivo pueden verificarse, dado los caracteres de abstracción y generalidad de la ley, es decir, las hipótesis que se regulan a partir de su entrada en vigencia y sus efectos proyectados hacia todos los casos que se presentan en el futuro, concordados dichas hipótesis desde luego con la adaptabilidad conatural de los textos legales y las normas que consagran, esto es, haciendo uso de la interpretación progresiva de la ley:⁵⁴¹ *"Si el Derecho es algo vivo, cambiante como*

⁵⁴⁰ Jiménez Huerta, Mariano. *Derecho Penal Mexicano*. Porrúa, México, 1986, p. 101.

⁵⁴¹ "INTERPRETACION DE LA LEY. Si se admite que los países de legislación escrita se debaten irremediabilmente entre la tragedia jurídica de la inmovilidad (que por su naturaleza es la característica de ley preceptiva), y la perenne movilidad de la sociedad que dentro de esa ley se desenvuelve, entonces tendrá que admitirse también que no es posible aceptar, como medio o sistema interpretativo de una ley, aquel que descansa sobre la vieja tesis construida sobre el criterio inmóvil, meramente letrista y gramatical, porque ello equivaldría a entorpecer la evolución social siempre en constante progreso, sino el que deriva de la nueva tesis móvil y

las necesidades, indudablemente su sentido varia de acuerdo con las nuevas concepciones de la vida, de manera que en ocasiones debe interpretarse en forma progresiva, para adaptarlo al presente. Las normas jurídicas se dictan para regular situaciones futuras y, por ello, a través de la interpretación progresiva, se busca armonizar la ley con las situaciones cambiantes, sin que esto signifique, de ninguna manera, una función que, extralimitándose de una pura interpretación, pretenda la creación de casos que el precepto legal no ha querido comprender.”⁵⁴²

El delito de abuso de confianza originario, recae en principio, sobre cualquier cosa ajena mueble, de la cual se haya transmitido la tenencia y no el dominio (es decir, la posesión derivada y no la originaria, puesto que ésta última presupone la propiedad). El delito reputado como abuso de confianza que se contiene en el artículo 384 del mismo Código Penal, se refiere en principio, a la denominada *ilegítima posesión de la cosa retenida*, siendo muy importante determinar si los elementos del delito de abuso de confianza genérico son elementos comunes y necesarios a la diversa hipótesis reputada como tal, es decir, a la ilegítima posesión de la cosa retenida que no se devuelva a pesar del requerimiento formal que exista por parte de quien tenga derecho, o por la omisión de entregarla a la autoridad competente para que ésta disponga de ella con arreglo en la ley; o en otros términos, si existe una relación de género a especie, siendo elementos del tipo comunes a ambos delitos la disposición de una cosa ajena mueble de la que se haya transmitido la tenencia y no el dominio.

Siendo entonces el artículo 382 el tipo penal que define al delito de abuso de confianza, lógico ha resultado hacer el estudio del mencionado delito a través de los elementos que aporta el referido artículo, ya que el mismo resulta ser en relación al artículo 383, 384 y 385, el fundamento de los mismos, es decir, dicho tipo “*constituye, por sus elementos integrantes, la esencia o fundamento de otros tipos legales.*”⁵⁴³ Ello es así, puesto que de la propia lectura de los artículos

progresiva que permite interpretar los preceptos legislativos, hasta donde su texto lo admite, alrededor de las modernas ideas advenidas al campo de la ciencia jurídica y de las recientes formas y necesidades aparecidas en la vida social. (Quinta Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: CIV, Página: 984. Amparo penal directo 6897/49). Altamirano González J. Jesús. 28 de abril de 1950. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Luis G. Corona. La publicación no menciona el nombre del ponente.)

⁵⁴² Pavón Vasconcelos, Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. 10ª. Edición, Porrúa, México, 1991, p. 97.

⁵⁴³ *Ibidem*, p. 285.

subsecuentes, éstos hacen referencia a otras hipótesis que se consideran (artículo 383 y 385), o se reputan (artículo 384), como abuso de confianza.

Así visto lo anterior, los elementos del delito de abuso de confianza han sido señalados en la jurisprudencia que a continuación se transcribe:

Novena Epoca

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomos: III, Junio de 1996

Tesis: VI.2o. J/45

Página: 523

ABUSO DE CONFIANZA, ELEMENTOS DEL DELITO DE. Los tres elementos que constituyen la figura delictiva denominada abuso de confianza son: la entrega de la cosa, en virtud de la confianza o de un contrato que no transfiere el dominio; que la confianza haya sido alcanzada con fines distintos del de disponer de lo ajeno, y que el acusado disponga de los fondos para otros objetos distintos de los indicados, sabiendo que no le pertenecían.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 260/90. Virginia Trujillo Juárez. 5 de septiembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.

Amparo directo 323/91. José Salas Guerrero. 18 de septiembre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.

Amparo directo 337/91. Alfredo Rosete Sánchez. 6 de diciembre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Arnoldo Nájera Virgen. Secretario: Gonzalo Carrera Molina.

Amparo en revisión 362/94. Olaf Urbano Morales Dávila. 19 de octubre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Humberto Cabrera Vázquez. Secretario: Enrique Baigts Muñoz.

Amparo directo 21/96. Olaf Urbano Morales Dávila. 28 de febrero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: María Eugenia Estela Martínez Cardiel. Secretario: Enrique Baigts Muñoz.

Este criterio otorga la especificación requerida a la figura delictiva, puesto que: a) la entrega de la cosa, en virtud de un acto de confianza o de un contrato que no transfiere el dominio,⁵⁴⁴ es alusivo a la libertad con la cual el sujeto que

⁵⁴⁴ Este también es conocido como el presupuesto técnico del delito de abuso de confianza. "ABUSO DE CONFIANZA, PRESUPUESTO TECNICO DEL. El presupuesto técnico del abuso de confianza es lo que se conoce como posesión derivada, debiéndose entender como tal la facultad que tiene el poseedor y que da sobre la cosa poseída un poder distinto al de la mera detentación material. La diferencia entre el poseedor precario y el poseedor derivado radica en que este último recibe la cosa a virtud de un acto jurídico que tiene por objeto directo e inmediato la cosa misma; en cambio el precarista la tiene ante su alcance puramente material a virtud de una situación de carácter jurídico que no recae directa o inmediatamente sobre el objeto. El doméstico tiene dentro de su esfera material los útiles de su trabajo, pero sin que sobre los mismos haya recaído un acto jurídico que los tenga como objeto directo inmediato. En igual condición se encuentra el dependiente en relación con las mercancías que vende a los compradores. Es decir, cuando la cosa mueble está dentro de la esfera material de una persona como consecuencia de un acto jurídico cuyo objeto sea distinto al de la cosa en sí, no tendrá una posesión derivada sino una posesión precaria. El dependiente es un precarista en relación con las mercancías porque aun cuando las tenga dentro de su alcance material, ello sucede a virtud del contrato laboral correspondiente; otro tanto sucede con el doméstico e incluso con el porteador. El hecho de que tanto al doméstico como al dependiente se les tenga confianza y que en virtud de un acto de carácter delictivo revele que tal confianza se depositó partiendo de una base falsa, no significa que la disminución patrimonial que sufre el pasivo entraña abuso de confianza, sino un delito distinto del orden patrimonial, pero no el de abuso de que se viene hablando. Los empleados de las negociaciones mercantiles encargados únicamente de recibir el dinero con el que se paga la mercancía recibida por los compradores no son poseedores derivados en el sentido técnico; si reciben el dinero lo hacen a virtud de la naturaleza de su empleo pero no porque se les dé un poder sobre la cosa. (Octava Epoca, Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: IX, Febrero de 1992, Página: 117. Amparo en revisión 156/91. Zulema Celaya Gortari. 10 de octubre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Adán Gilberto Villarreal Castro. Secretario: Arturo Ortega Garza. Véase: Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1988, Sexta Tesis relacionada con la Jurisprudencia Núm. 3, páginas 4 y 5.

habrá de sufrir el perjuicio patrimonial entregó la cosa, distinto así v. gr. al apoderamiento con violencia que se verifica en el robo; b) que la confianza haya sido alcanzada con fines distintos del de disponer de lo ajeno, hace alusión a que el sujeto que realice la apropiación indebida no engañe o pretenda aprovechar el error en que se halle el trasmisor de la cosa para lograr un lucro indebido al momento de la entrega misma, puesto que en ese caso se incurriría en el delito de fraude; y c) que el acusado disponga de los fondos para otros objetos distintos de los indicados, sabiendo que no le pertenecían, establece precisamente el acto o actos con los cuales se logra la apropiación indebida.

¿Se encuentran estos elementos en los tipos penales descritos en los artículos 383, 384 y 385 del Código Penal?

Dispone el artículo 383 del Código Penal, lo siguiente:

“ARTÍCULO 383.- Se considera como abuso de confianza para los efectos de la pena:

- X. El hecho de disponer o sustraer una cosa, su dueño, si le ha sido embargada y la tiene en su poder con el carácter de depositario judicial, o bien si la hubiere dado en prenda y la conserva en su poder como depositario a virtud de un contrato celebrado con alguna institución de crédito, en perjuicio de ésta;*
- XI. El hecho de disponer de la cosa depositada, o sustraerla el depositario judicial o el designado por o ante las autoridades, administrativas o del trabajo; y*
- XII. El hecho de que una persona haga aparecer como suyo un depósito que garantice la libertad caucional de un procesado y del cual no le corresponda la propiedad.”*

Por otra parte, el artículo 385 del citado Código Penal, establece:

“ARTÍCULO 385.- Se considera como abuso de confianza y se sancionará con seis meses a seis años de prisión y multa hasta de cien veces el salario a quien disponga indebidamente o se

niegue sin justificación a entregar un vehículo recibido en depósito de autoridad competente, relacionado con delitos por tránsito de vehículos, habiendo sido requerido por la autoridad que conozca o siga conociendo del caso."

Como se observa, éstos artículos contienen elementos que descansan en el tipo base o fundamental establecido en el artículo 382, y que es sucintamente son el hecho de que una persona disponga de cosas que le han sido entregadas por un acto de libre voluntad, o acto de confianza (acto jurídico o contrato), es decir, que se dispone de cosas que de las cuales no se tiene el dominio o propiedad, sino únicamente la tenencia o posesión derivada. Son estos tipos entonces, en relación con el que se establece en el artículo 382, tipos penales especiales, dado que contienen los elementos del tipo fundamental y además se les ha agregado "*nuevas características, de tal manera que el nuevo tipo así surgido, comprensivo del anterior con el cual se integra, adquiere vida «propia e independiente», sin subordinación al tipo básico.*"⁵⁴⁵ Esto no quiere decir que el tipo especial pueda subsistir sin el tipo fundamental, sino que dadas esas nuevas peculiaridades que se le anexan, estos tipos excluyen "*la aplicación del tipo básico, al quedar los hechos subsumidos en el tipo especial.*"⁵⁴⁶ Por ello tienen vida propia e independiente y no se subordinan al tipo que les da origen.

Pensamos que los artículos citados, comienzan a romper de alguna manera, con el elemento objeto material del abuso de confianza fundamental, a saber, la cosa ajena mueble, habida cuenta de que el depósito y el embargo a que se refieren los artículos citados, pueden recaer sobre bienes muebles o inmuebles, es decir, dichas cosas también son susceptibles de ser objeto de los actos jurídicos señalados y sobre las cuales puede también verificarse actos de disposición o apropiación indebida.

La separación a los elementos del tipo fundamental de abuso de confianza también la podemos apreciar, aunque de manera más acentuada, en el artículo 384 que es la parte central de esta sucinta exposición, puesto que la ilegítima posesión o posesión de mala fe, también puede recaer sobre bienes inmuebles, y no solamente en bienes muebles como en su caso lo exige el artículo 382. El hecho de considerar que la figura delictiva puede configurarse también cuando existe apropiación

⁵⁴⁵ Pavón Vasconcelos, Francisco. *Op. cit.*, p. 285.

⁵⁴⁶ Jiménez de Asúa, Luis, cit. por Pavón Vasconcelos, Francisco. *Loc. cit.*

indebida de bienes inmuebles, se infiere de una interpretación analógica o extensiva del propio artículo 384, cuestión que no se encuentra prohibida por el segundo párrafo del Artículo 14 de la Constitución General de la República, el cual establece:

“ARTÍCULO 14.- A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

[...]

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

[...].”

El artículo constitucional transcrito, recoge el celebre axioma señalado por Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach quien en su obra “Lehrbuch des Gemeinen in Deutschland Gultigen Peinlichen Rechts” [«Tratado de Derecho Penal Común Vigente en Alemania»], afirmó en el Parágrafo 20 que “Nullum crimen, nulla poena sine lege” [«No hay delito ni pena sin una ley previa»⁵⁴⁷].

Acertadamente se ha expresado que lo que prohíbe el artículo constitucional es la aplicación analógica de la ley, no su interpretación analógica: “*Es muy común la confusión entre «interpretación analógica y aplicación analógica» de la ley penal, cuando en realidad se trata de cuestiones diferentes. La aplicación por analogía consiste en formular la norma aplicable por carecer de ella el ordenamiento jurídico, lo cual equivale a crear delitos no establecidos por la ley, mientras que la interpretación analógica estriba en aclarar la voluntad de la norma, al comprender situaciones que, inmersas en el propósito de la ley, no se describen expresamente. Nuestra Carta Fundamental prohíbe de manera*

⁵⁴⁷ Mans Puigarnau, Jaime M. *Op. cit.*, p. 129. En el artículo “Las normas rectoras del proyecto de Código Penal Peruano de 1986”, de Fernando Velásquez Velásquez, página electrónica <http://www.unifr.ch/derechopenal/num88/vel88.htm>, expresa el principio diciendo “nullum crimen, nulla poena, nulla mensura sine lege scripta, stricta, certa et praecia, lo cual significa que no hay hecho punible, no hay pena ni medida de seguridad, sin ley escrita, estricta cierta y previa.”

*terminante la aplicación analógica, pues al ser efectuada por el juez equivaldría a la integración misma de la ley y tal tarea sólo corresponde al legislador. En cambio, la interpretación analógica se realiza con apoyo en una situación prevista en la misma norma jurídica [...].*⁵⁴⁸ Por ello también se ha expresado con acierto, que en la interpretación extensiva *"se extiende el texto de la ley adecuándolo a su voluntad, con relación al caso que ella misma prevé."*⁵⁴⁹ Así entonces, puede verificarse la figura delictiva reputada como abuso de confianza, cuando exista la apropiación indebida específica de bienes muebles, como inmuebles.

Por otra parte, dado que en la figura delictiva reputada como abuso de confianza y en razón al texto del mismo, se observa que ya no tendrá trascendencia alguna la manera por la cual la persona haya llegado a tener la posesión de una cosa, simplemente que dicha posesión en un momento determinado debe tener la calidad de ilegítima para que se colme este elemento del tipo penal especial; en materia de contratos, bastará entonces que éste sea rescindido, para que exista una ilegítima posesión, o posesión de mala fe, al no existir ya el título suficiente en que se sustente la posesión, aunque evidentemente se necesiten de los elementos descritos en el tipo penal comentado para que dicha situación tenga trascendencia al campo del Derecho Penal.

En cuanto a que la ilegítima posesión pueda recaer tanto en bienes muebles como inmuebles, también los Tribunales Federales han reconocido dicha posibilidad, y así se ha establecido el siguiente criterio:

Octava Epoca

Instancia: TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO
CUARTO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XIII, Mayo de 1994

Página: 384

ABUSO DE CONFIANZA, DELITO EQUIPARABLE AL
CUANDO NO SE CONFIGURA (ARTICULO 384 DEL
CODIGO PENAL FEDERAL). De la lectura del artículo 384
del Código Penal Federal, se desprende que la figura típica del

⁵⁴⁸ Castellanos Tena, Fernando. *Op. cit.*, p. 89.

⁵⁴⁹ Porte Petit, Celestino, cit. por Pavón Vasconcelos, Francisco. *Op. cit.*, p. 106.

delito equiparable al abuso de confianza, se integra con los siguientes elementos: a). Que el activo tenga la ilegítima posesión de una cosa; b). Que el propio agente se niegue a devolverla a quien tenga derecho sobre la misma, o a la autoridad, no obstante el requerimiento formal de devolución de la cosa. Por tanto, si el quejoso detentaba esa posesión de los inmuebles, con motivo de un contrato de fideicomiso celebrado con la supuesta ofendida, no se puede estimar que esa posesión haya sido ilegítima, pues entre el activo y la cosa, existía el nexo jurídico del citado contrato, lo cual impide considerar tal ilegitimidad, y consecuentemente que se acredite el primero de los elementos constitutivos del tipo penal aludido. Por ello, el conflicto suscitado, en todo caso, debe dilucidarse por la vía civil y no penal como se pretende.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO CUARTO CIRCUITO.

Amparo directo 126/93. Fernando Méndez Angulo. 25 de febrero de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Adolfo Olguín García. Secretario: Mario Ojeda Erosa.

Nótese como éste criterio estima no configurada la figura delictiva, no porque los bienes objeto material de acontecimiento en estudio sean muebles, sino porque sí se gozaba de una legítima posesión derivada de un contrato.

Pensamos así, que no resulta desacertado considerar que el Poder Legislativo tuvo en consideración a la negativa injustificada para devolver determinada cosa mueble o inmueble a la persona que tenga derecho o a la autoridad competente que la requiera, de las cuales se tiene la ilegítima posesión, como presupuesto para sancionarlas penalmente, pues ésta es sin lugar a dudas, la teleología del artículo 384 del Código Penal comentado.⁵⁵⁰ Es por ello que resulta errado considerar como

⁵⁵⁰ "INTERPRETACION DE LA LEY. La interpretación correcta es la que atiende al espíritu de la ley, a los fines del legislador, o sea la teológica. (Quinta Epoca, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: CXXIII, Página: 666. Amparo penal directo 1785/53. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 3 de febrero de 1955. Unanimidad de cuatro votos. Relator: Agustín Mercado Alarcón).

elementos comunes e invariables a todos los tipos penales considerados o reputados como abuso de confianza, los contenidos en el tipo fundamental, es decir, el multimencionado artículo 382 del Código Sustantivo Penal.⁵⁵¹

Entonces ¿cuál es el elemento común del tipo penal especial contenido en el artículo 384, y que le relaciona con el tipo penal fundamental contenido en el artículo 382, ambos del Código Penal? Es la *disposición de una cosa que se tienen en posesión*: ésta es el género próximo, siendo la diferencia específica del artículo 384, que dicha posesión debe tener el carácter de ilegítima, *prima facie*.

Presupuesto especial (condicionante de la existencia del delito en estudio), de suma importancia que debe ser cumplido para que la negativa injustificada de devolución de la cosa sea sancionable penalmente, es que el requerimiento de mérito se realice *formalmente*. Es indudable que al establecerse un requerimiento de este tipo, es para dar seguridad jurídica al deudor incumplente, y para evitar la instauración de procedimientos penales infructuosos. Pero ¿a qué se refiere el artículo 384 con la frase requerimiento formal? Es notorio que se refiere al acto jurídico por el cual una persona investida de fe pública intima al sujeto activo del delito para que devuelva la cosa que tiene en posesión ilegítima, cumpliendo con los requisitos legales que regulen dicha intimación. Dicha persona investida de fe pública puede ser un funcionario público que actúa dentro del ámbito de su competencia, o bien, un particular, profesionista en Derecho, investido de fe pública, facultado precisamente para efectuar dicho requerimiento.

⁵⁵¹ "LEY PENAL INTERPRETACION DE LA. Una hermenéutica jurídica que pretendiese hacer la interpretación gramatical de un precepto legal, sólo conduciría a consecuencias funestas. Bien sabido es que de acuerdo con los principios que norman la interpretación de la ley, cuando su redacción no es clara, es decir, cuando gramaticalmente resulta oscura, el intérprete debe atender al espíritu que inspira a todo catálogo jurídico, es decir, debe hacer una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico. Quinta Epoca, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: CXIX, Página: 2612. Amparo penal directo 5668/50. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 22 de julio de 1953. Unanimidad de cuatro votos. La publicación no menciona el nombre del ponente. Véase: Semanario Judicial de la Federación. Quinta Epoca: Tomo XXVI, página 1277, tesis de rubro "LEYES PENALES.". Tomo XCVIII, página 2038, tesis de rubro "INTERPRETACION DE LA LEY, REGLAS DE LA.". Tomo CXIX, página 3063, tesis de rubro "INTERPRETACION DE LA LEY PENAL.".

Efectivamente, de acuerdo al artículo 893 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, y 50, fracción I, de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, corresponde a los Jueces de lo Civil conocer de los asuntos de jurisdicción voluntaria, procedimiento judicial mediante el cual y a falta de otro que regule estos casos, debe realizarse tanto la notificación de la rescisión de pleno derecho, como el requerimiento en su caso, de la cosa que se hubiere transmitido. Realizado así el procedimiento que establecen los artículos 893 a 900 del Código de Procedimientos Civiles, procederá hacer la notificación respectiva y requerimiento de entrega de la cosa, conforme lo dispuesto en el Capítulo V, *De las Notificaciones*, del Título Segundo, *Reglas Generales*, del citado ordenamiento sustantivo, correspondiendo la obligación de llevar a cabo la diligencia correspondiente al Secretario Actuario del Juzgado, de acuerdo a lo establecido por la fracción III, del artículo 61 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.⁵⁵²

Por cuanto al Notario Público, éste se encuentra facultado para realizar tanto la notificación de la rescisión de pleno derecho, como para requerir la devolución de la cosa que se hubiere transmitido por virtud del contrato, de acuerdo a lo que establece el artículo 128 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, observándose para ello el procedimiento establecido en la misma ley, en los artículos 129 y subsecuentes.

Pensamos que no puede considerarse como requerimiento formal, la intimación extrajudicial realizada ante testigos, dado que ello como es sabido, este procedimiento por sí mismo no genera la certeza y seguridad jurídicas que inspiran al requerimiento formal que menciona el artículo 384 del Código Penal, por la multitud de objeciones que pueden formularse como la parcialidad o incluso la falsedad. La única manera en que puede establecerse que el requerimiento formal efectivamente sí se ha llevado a cabo, es por medio de alguno de los procedimientos descritos, y por medio de las personas investidas de fe pública que ha sido señaladas.

⁵⁵² Pensamos que si únicamente se notifica judicialmente la operatividad "*ipso iure*" del pacto comisorio, sin requerimiento de entrega de la cosa que se hubiere dado, en su caso, dicha diligencia podrá efectuarla el Secretario de Acuerdos respectivo, o algún pasante en Derecho que labore en dicho juzgado, de acuerdo a lo que establecen los artículos 58, fracción I, y 63, de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

Recalcando: si transcurren los plazos judicial o convencional para la restitución de la cosa, la posesión de buena fe devendrá en una de mala fe (artículo 808 del Código Civil), pero no adquirirá relevancia penal hasta que no se verifique el requerimiento formal por quien tenga derecho. Tendrá derecho a realizar dicho requerimiento, el contratante acreedor perjudicado, una vez fenecido dicho plazo (artículos 2080 en relación con el 2190 del Código Civil).

Ya con lo expuesto se observa la razón de la exposición: si al verificarse una operatividad "*ipso iure*" del pacto comisorio, se requiere formalmente la devolución de la cosa transmitida por la persona que tiene derecho (contratante acreedor perjudicado que recupera la titularidad de los derechos sobre la misma) sea mueble o inmueble, y el deudor incumpliente no la devuelve siendo posible hacerlo, éste incurrirá en el delito reputado como abuso de confianza previsto y sancionado en el artículo 384 del Código Penal para el Distrito Federal.

Debemos hacer notar que aún y cuando la posesión sea ilegítima, y pueda señalarse que ello constituye ya un delito, éste será únicamente de carácter civil, ya que la posesión ilegítima digna de sanción penal se verificará sólo hasta el momento en que exista oposición a un formal requerimiento de devolución o de entrega y no antes. Así se desprende del texto de la tesis jurisprudencial que a continuación se transcribe:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XII, Octubre de 2000 Tesis: I.6o.P.7 P

Página: 1268

ABUSO DE CONFIANZA EQUIPARADO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 384 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, DELITO DE PRESUPUESTO ESENCIAL DEL TIPO. El tipo previsto por el artículo 384 del Código Penal para el Distrito Federal, tiene como presupuesto esencial que la cosa retenida esté material y físicamente en poder del retenedor, quien se niega a devolverla a pesar de ser requerido formalmente por quien tenga derecho a la misma, dándose como consecuencia al ser requerido y no devolverla, la ilegítima posesión y no antes; por lo que si el encausado al ser

requerido formalmente para entregar la cosa, no la tiene física ni materialmente, y tampoco legalmente⁵⁵³, no se puede dar el tipo previsto por el precepto sustantivo mencionado. SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL. DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 966/2000. 30 de junio de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Elvia Díaz de León de López. Secretaria: María del Carmen Villanueva Zavala.

Del texto del artículo 384, se desprende que son elementos de éste tipo penal, los siguientes:

1. Es un tipo penal en el que no se exige, en términos generales, calidad respecto al sujeto activo o al sujeto pasivo, por lo que se trata de una hipótesis de sujeto común o indiferente, excepción que dicho sea de paso, se verifica en la segunda hipótesis que se plantea en dicho artículo, es decir, cuando no se verifica la entrega de la cosa a la autoridad (sujeto pasivo en este caso), evidentemente previo el requerimiento que ésta haga.
2. Se requiere acreditar el atentado contra el patrimonio de alguien (daño). Lo interesante es resolver si dicho daño patrimonial (que a fin de cuentas constituye un resultado) es jurídico-material, o simplemente jurídico-formal, es decir, si hay una transformación fáctica o material, perceptible por los sentidos, del patrimonio de una persona (objeto material del delito y también objeto jurídico del mismo). Pensamos que en relación a la rescisión, y dada la redacción del artículo 384 del Código Penal, el daño patrimonial se verifica sin necesidad de analizar una transformación fáctica, puesto que la disminución del patrimonio acontece desde el momento en que el sujeto activo se niega a devolver la cosa que se le requiere, estando en posibilidad total de hacerlo.
3. Se hace referencia al objeto material en este tipo delictivo. Simplemente se habla de *cosa* sin distinción de *muebles o inmuebles*. Nótese como

⁵⁵³ Dentro de éstas hipótesis caben, entre otras, la fuerza mayor o caso fortuito que impida entregar la cosa, no podrá configurarse la figura delictiva, e igualmente si la misma fue transmitida a un tercero adquirente de buena fe, si se trata de un bien fungible que por dicha naturaleza se haya agotado, o bien que haya sido embargada por otra autoridad, por mencionar sólo algunos ejemplos.

particularmente en el artículo 384 *no se distingue entre cosa propia y cosa ajena.*

4. No existen en estos casos referencias espaciales o temporales.
5. No existen medios particulares de comisión, por lo que resulta indiferente el medio comisivo. Ciertamente existe en el artículo 384 un *medio particular, en virtud del cual se considera que un sujeto se está comportando como dueño respecto de una cosa.*
6. Por cuanto se refiere a los llamados *elementos subjetivos del injusto*, pensamos que solamente existe uno en el artículo 382 cuando se habla de disponer, esto es, comportarse con *animus domini*.⁵⁵⁴ En el artículo 384, se describe una situación objetiva y normativa, en las cuales el legislador hace que el juzgador infiera que al encuadrar en ellas, el sujeto se está comportando con ánimo de adueñamiento.

Desde luego, y además de comprobar los elementos del tipo descrito, debe analizarse si se reúnen todos los elementos constitutivos del delito, en el orden lógico correspondiente, es decir, *“observar inicialmente si hay conducta; luego verificar su amoldamiento al tipo legal: tipicidad; después constatar si dicha conducta típica está o no protegida por una justificante y, en caso negativo, llegar a la conclusión de que existe la antijuridicidad; en seguida investigar la presencia de la capacidad intelectual o volitiva del agente: imputabilidad y, finalmente, indagar si el autor de la conducta típica y antijurídica, que es imputable, obró con culpabilidad.”*⁵⁵⁵

⁵⁵⁴ Con todo acierto expresa el maestro Mariano Jiménez Huerta (*Op. cit.*, p. 101), que *“El núcleo de ésta descripción típica es «disponer». Empero, el término en manera alguna puede entenderse en la estricta acepción gramatical que le otorga el Diccionario de la Lengua - «ejercitar ne las cosas facultades de dominio, enajenarlas o gravarlas en vez de atenerse a la posesión y disfrute»-, ya que quedaría extramuros de la descripción típica la apropiación no acompañada de disposición, sino en su sentido afín o sinónimo más amplio, de adueñarse de ellas, esto es, de apropiárselas, cuenta habida de que en el artículo 384 se amplía la descripción típica de [sic] 382 hasta abarcar «la ilegítima posesión de la cosa retenida». Sería interpretar erróneamente la voluntad de la ley, considerar excluidos del ámbito del tipo en examen, los casos de apropiación no acompañada de disposición. Por otra parte, la frase «disponga para sí» contenida en el artículo 382 es conceptualmente sinónima de las ideas que expresan las palabras adueñamiento o apropiación.”*

⁵⁵⁵ Castellanos Tena, Fernando. *Op. cit.*, p. 132. Como mero comentario, el mismo autor señala que le *imputabilidad* y la *punibilidad* no son elementos del delito, siendo la primera presupuesto de la *culpabilidad* y la segunda *“es la consecuencia más o menos ordinaria del delito, pero no un elemento esencial.”* (*Op. cit.*, pp. 130 et seq.).

Es de tales peculiaridades el artículo 384 en estudio, que debe ser categorizado como un *tipo penal anormal*⁵⁵⁶ ya que en su descripción se encuentran elementos típicos normativos. La *ilegítima posesión de una cosa*, es una situación que ha de valorarse jurídicamente, y la *no—devolución a pesar de ser requerido formalmente por quien tiene derecho* o la *no—entrega a la autoridad para que ésta proceda*, es un comportamiento que de entrada es objetivo, pero también ha de analizarse jurídicamente en qué casos cuándo se verifica un *requerimiento formal*, así como también si el sujeto que lo realiza efectivamente tiene *derecho* para hacerlo, y finalmente, cuándo se considera que hay *deber* en poner algo a disposición de la autoridad competente.

El anterior análisis pone de relieve la gran posibilidad de colmar los elementos de la figura delictiva descrita en el artículo 384 del Código Penal, lo que en alguna medida garantiza también los derechos del contratante acreedor perjudicado y la restitución de la cosa en su caso, puesto que ésta es consecuencia connatural de la sentencia penal, de acuerdo a lo que establece el Capítulo V, *Sanción Pecuniaria*, del Título Segundo, del Código Penal para el Distrito Federal.

Analizado todo lo anterior surge una inquietante cuestión: ¿cuáles serán los medios de defensa que tendrá un contratante deudor al que se le califique ilegalmente de incumpliente ante la operatividad ilegal de pleno derecho del pacto comisorio? ¿puede oponerse a la rescisión de pleno derecho si tiene razón alguna para ello?

La operatividad de pleno derecho del pacto comisorio, no hace desaparecer el derecho para controvertirla. Así se desprende incluso del criterio jurisprudencial siguiente:

Quinta Época

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

⁵⁵⁶ El maestro Fernando Castellanos Tena (*Op. cit.*, p. 170), expresa que "La ley al establecer los tipos, generalmente se limita a hacer una descripción objetiva; privar de la vida a otro; pero a veces el legislador incluye en la descripción típica elementos normativos o subjetivos. Si las palabras empleadas se refieren a situaciones puramente objetivas, se estará en presencia de un tipo «normal». Si se hace necesario establecer una valoración ya sea cultural o jurídica, el tipo será anormal."

CONTRATOS, RESOLUCION DE LOS Y PACTO COMISORIO. Cuando en un contrato bilateral, una de las partes deja de cumplir con sus obligaciones, es natural y jurídico que la otra la constriña a su cumplimiento; entonces la discusión entre las partes versa tanto sobre si existe o no el incumplimiento, cuanto para fijar la manera de efectuarse la resolución y las responsabilidades pecuniarias que trajo consigo el incumplimiento; ahora bien, cuando se realiza la condición resolutoria, extingue la obligación y desvincula a las partes; entre estas puede haber discusión o diferencias respecto a los efectos supervenientes de su obligación y aun respecto a si la condición se realizó o no, y entonces no se lleva ante la autoridad judicial cuestión alguna de responsabilidad, sino las diferencias naturales que puedan surgir en el cumplimiento de cualquiera clase de obligaciones y condiciones.

Amparo civil en revisión 7187/37. Copropiedad Alamo y Encinas. 5 de octubre de 1939. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Si el contratante acreedor perjudicado pretende desposeer o apoderarse de las cosas que hubiere transmitido, sin notificar siquiera la rescisión de pleno derecho, el deudor podrá denunciar los delitos que correspondan, v. gr., robo o despojo tratándose de bienes muebles o inmuebles respectivamente, puesto que en principio y aún cuando haya incumplimiento por parte de dicho deudor, deben utilizarse los procedimientos legales establecidos, evitando con ello el hacerse justicia por su propia mano violentando la prohibición constitucional que se encuentra en el Artículo 17 de la Carta Magna; tanto son reprimidos penalmente esos hechos, que no obsta para la instauración de un procedimiento penal el no ser el propietario de las cosas, dado que los intereses jurídicamente tutelados son, en el caso del robo *"el poder de hecho que se tiene sobre las cosas muebles o la posesión de las mismas, el interés patrimonial que se protege en este delito, habida cuenta de que la conducta típica que le integra consiste en el «apoderamiento» de la cosa mueble, lo cual presupone conceptualmente desapoderar de ella a quien la tiene en su poder. Tener la cosa mueble en nuestro poder, tanto significa civilisticamente*

como poseerla.⁵⁵⁷ En el delito de despojo, lo es la posesión, por lo que en ambos casos no se requiere tener alguna calidad con respecto al sujeto pasivo.

También se tendrán civilmente los interdictos de recuperar o retener la posesión, los cuales protegerán al deudor de hechos ilícitos del acreedor o tercero tendientes a desposeerlo de la cosa o derecho, de acuerdo a lo que establecen los artículos 16, 17 y 18 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Dichos interdictos procederán tanto para bienes muebles,⁵⁵⁸ inmuebles y derechos personales,⁵⁵⁹ sin que dichos interdictos se ocupen de cuestiones de propiedad y de posesión definitiva, sino sólo de posesión interina.⁵⁶⁰

⁵⁵⁷ Jiménez Huerta, Mariano. *Op. cit.*, Porrúa, México, 1986, p. 24.

⁵⁵⁸ Lo que se infiere del criterio siguiente: "INTERDICTO DE RETENER LA POSESION. Aunque es verdad que los interdictos no se refieren a las cuestiones de propiedad ni de posesión definitiva, pues sólo protegen la posesión interina de los muebles, inmuebles o derechos reales constituidos sobre ellos, no puede considerarse que la autoridad responsable haya prejuzgado sobre el dominio o posesión definitiva de las partes, en cuanto al terreno disputado, si se limitó a tomar en cuenta los términos de una escritura de compraventa, para definir si hubo o no despojo o perturbación, como se afirmó en la demanda de interdicto, para resolver lo conducente sólo en cuanto a dichos puntos debatidos, por lo que no puede considerarse que con tal proceder haya incurrido en violación de garantías." (Quinta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XCIX, Página: 2112. Amparo civil directo 5567/44. Sánchez José María. 24 de marzo de 1949. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.). Por lo establecido en ésta tesis, debe concluirse que el término de despojo utilizado por el Código de Procedimientos Civiles se refiere en sí a la desposesión y no al que jurídica y formalmente establece el Código Penal en su artículo 395, en donde la objetividad jurídica tutelada lo es *in genere* la posesión de bienes inmuebles.

⁵⁵⁹ "DERECHOS PERSONALES, POSESION DE LOS. Se han suscitado algunas dudas, sobre si los derechos personales están comprendidos dentro de los alcances de la protección concedida por el artículo 14 constitucional. En el derecho actual, se observan dos tendencias, por lo que el concepto de posesión se refiere, basadas, respectivamente, en la teoría de Savigny y en la de Ihering. Para este último, el *ánimus* carece de todo valor, y la voluntad no es el elemento decisivo para distinguir entre el tener la cosa para sí, y el tenerla para otro; pues asegura que para constituir la posesión, es suficiente la relación corporal con la cosa, acompañada de la intención de querer mantener tal relación; si bien admite que en algunos casos la relación que medie entre el que tiene la cosa en su poder y aquél de quien lo tuvo, revela que la cosa es tenida en interés ajeno y no en el propio, o es tal, que no puede considerarse como digna de protección directa. En estos casos, la causa *possessionis* degrada la posesión, reduciéndola a una nueva detención, a la que la ley no concede protección interdictal, esta teoría es la llamada objetiva por su propio autor; en cambio Savigny sostiene que el *ánimus* es elemento determinante de la posesión, la voluntad el factor decisivo que transforma la detención en posesión. Esta voluntad es la de tener la cosa para sí, es la intención de ejercer la propiedad; el *ánimus possidendi* se identifica con el *ánimus domini* y se contrapone de un modo absoluto al *ánimus detinendi* del detentador, el cual, no

Ahora bien, si existe rescisión de pleno derecho, y no obstante el cúmulo de consecuencias jurídicas que puede traer aparejada ésta, indudablemente es que dicho contratante incumpliente cuenta asimismo con derechos para protegerse en caso de que en realidad no haya incumplido con el contrato, puesto que el hecho de que las partes hayan estipulado el pacto comisorio expresamente para que opere sin necesidad de declaración judicial, no implica el desconocimiento de los derechos que en su caso puede tener a su favor el contratante perjudicado, ya que el incumplimiento será un hecho que se presumirá cierto *iuris tantum*, es decir, será una presunción que admita prueba en contrario, cuando menos temporalmente.

teniendo y no pudiendo tener la intención de tratar la cosa como propia, la posee por otro. A esta doctrina, que es conocida con los nombres de subjetiva o de la voluntad, se han afiliado diversas legislaciones y especialmente la nuestra, pues aun cuando el código del Distrito Federal, al definir la posesión, en su artículo 822, declara que es la tenencia de una cosa, o el goce de un derecho por nosotros mismos, o por otro, en nuestro nombre, no habla de una manera expresa de la intervención del elemento *ánimus*, excluye desde luego como poseedor al que se encuentra en relación directa, en nuestro nombre, con la cosa poseída, concepto que se aclara definitivamente, si se toma en cuenta que el artículo 826 expresamente determina que el que posee a nombre de otro no es poseedor en derecho. Por lo demás, considerando la ley civil que el goce de un derecho, por nosotros mismos, o por otro en nuestro nombre, constituye una verdadera posesión queda fuera de duda que en nuestro derecho se identifican la *possessio* y la *quasi possessio* de los romanos. Pero no tan sólo pueden ser objeto de la posesión las cosas corporales que se poseían entre los romanos y los derechos reales de ejercicio continuo que se *quasi poseían*, sino que la figura de la posesión se ha extendido, por definición, a toda clase de derechos, pues a este respecto ninguna distinción hace el código en su citado artículo 822. Es cierto que la ley sólo concede la protección interdictal a las cosas raíces, a los derechos reales constituidos sobre ellas y a la posesión de estado de padre o de hijo legítimo; pero esta circunstancia no puede invocarse para destruir la tesis que sustenta la Tercera Sala de la Suprema Corte, porque si fuera bastante para considerar que no pueden ser objeto de relaciones posesorias las cosas cuya posesión queda excluido de la defensa por medio del interdicto, tendría que aceptarse que nunca pueden ser poseídos los bienes muebles, y esto es inadmisibile. En conclusión: entre nosotros, tanto las cosas corporales como los derechos cualquiera que sea su naturaleza, pueden ser objeto de una relación posesoria, y si los derechos personales son susceptibles de posesión, los mismos deben estar garantizados por el artículo 14 constitucional, cuya tesis obliga a las autoridades a respetar las posesiones de que los particulares disfruten, hablando de ellas con tal amplitud que sin ninguna razón autoriza a establecer distinciones que pugnarían con el espíritu que informa el precepto aludido." (Quinta Epoca, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XXXV, Página: 1095. Amparo civil en revisión 4260/30. Gamboa Arjona José N. 5 de julio de 1932. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Francisco Diaz Lombardo. La publicación no menciona el nombre del ponente).

⁵⁶⁰ Cfr. nota de pie de página número 338.

Todo lo que anteriormente se ha expuesto sobre el pacto comisorio o rescisión "*ipso iure*" tienen como supuesto necesario la racionalidad y juridicidad en su operatividad: si no se han presentado todos los presupuestos necesarios para la rescisión, es decir sus elementos (celebración de un contrato sinalagmático plenamente existente y válido, el incumplimiento culpable de las obligaciones correlativas por el deudor, y el cumplimiento de las obligaciones correlativas a cargo del acreedor), o el contratante interesado en la rescisión ha cumplido con sus respectivas obligaciones pero impedido el cumplimiento de las correlativas de la otra parte, ésta podrá oponerse a la rescisión, ejercitando para ello, la nulidad de la rescisión de pleno derecho. Ello es así, dado que por su naturaleza, el pacto comisorio surtirá todos sus efectos al momento de ser notificada su operatividad, y por lo mismo, si se ha ejercitado éste derecho subjetivo de extinción jurídica sin reunirse todos sus elementos, deberá demandarse su nulidad para que esos efectos sean destruidos; de lo contrario, si el supuesto deudor incumpliente promueve *v. gr.*, como oposición a la rescisión de pleno derecho la acción de cumplimiento forzoso, el acreedor podrá oponer como excepción precisamente dicha rescisión.

Si el pacto comisorio "*ipso iure*" es ejercitado sin reunirse sus elementos, ésta operará ilícitamente. Ya vimos que el Código Civil establece que *es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público y a las buenas costumbres*.⁵⁶¹ A su vez, el orden público ha sido definido como un "*Estado o situación social derivada del respeto a la legalidad establecida por el legislador*".⁵⁶² Y se agrega que "*Cuando se dice que tal o cual ley es de orden público, se ignora o se olvida que todas las leyes lo son, porque todas ellas tiene como fin principal el mantenimiento de la paz con justicia, que persigue el derecho*".⁵⁶³ Se revela así, que el concepto de ilicitud que establece el artículo 1830 del Código Civil, es en apariencia muy estrecho, puesto el concepto de ilicitud que se señala en el mismo puede abarcar cuestiones que aparentemente únicamente tienen trascendencia dentro del orden privado.⁵⁶⁴ La sola mención legal de que un hecho que

⁵⁶¹ Supra, Capítulo 1, reenviar a la página donde se define hecho ilícito en el artículo 1830.

⁵⁶² De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael. *Op. cit.*, p. 391.

⁵⁶³ *Loc. cit.*

⁵⁶⁴ Se ha expresado incluso, que el concepto de ilícito es independiente de que pertenezca al orden público: "ILÍCITO. TAL ADJETIVO JURÍDICO CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 1916 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, DEBE ENTENDERSE APLICADO LATO SENSU. El numeral 1916 del ordenamiento sustantivo de la materia, que contiene el adjetivo "ilícito", como elemento sine qua non de la conducta positiva u omisiva, debe entenderse en género próximo como un no lícito, o no permitido por la ley, con independencia de que ésta pertenezca o no al orden público; de tal manera que se debe considerar aplicado lato sensu y no

contravenga a las buenas costumbres también sea considerado como ilícito, amplía el concepto de ilicitud que proporciona el citado artículo 1830. La propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha reconocido que las cuestiones contractuales si importan a la sociedad, por lo que puede inferirse la relación que guardan con el orden público.

Quinta Epoca
Instancia: Pleno
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: XXI
Página: 1418

CONTRATOS. La sociedad está interesada en que se respeten los contratos legalmente celebrados.

Amparo administrativo. Revisión del incidente de suspensión. Atic Jorge. 8 de diciembre de 1927. Mayoría de ocho votos. Disidente: Teófilo H. Orantes. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Se ha sostenido que las nulidades son de estricto derecho, es decir, que solamente pueden declararse en los casos y circunstancias que la ley determina. Así lo ha señalado la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

Quinta Epoca
Instancia: Tercera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: CIV
Página: 155

NULIDAD. Las nulidades son de estricto derecho y sólo proceden en los casos y circunstancias que la ley determina, sin

únicamente limitado a una conducta u omisión sancionada por la ley penal. (Novena Epoca, Instancia: SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XI, Enero de 2000, Tesis: 1.6o.C.187 C, Página: 1001. Amparo directo 11846/98. Fernando Sánchez Jaimes. 7 de abril de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo R. Parrao Rodríguez. Secretario: José Guadalupe Sánchez González.

que, por mayoría de razón o por simple analogía, pueda decretarse la nulidad de un acto jurídico, si así no lo dispone expresamente la ley.

Amparo civil directo 6409/45. Guerra Max. 12 de abril de 1950. Unanimidad de cuatro votos. El Ministro Roque Estrada no asistió a la sesión por las razones que constan en el acta del día. Ponente: Carlos I. Meléndez.

Si bien en el Código Civil no se encuentra de manera expresa el caso que nos ocupa como materia de una nulidad, esto es sólo de manera aparente puesto que el mismo ordenamiento determina que todas las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos (artículo 1859 del Código Civil), y también que el silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley no autoriza a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia (Artículo 18 del Código Civil). De ahí, que si el objeto (extinción de obligaciones) de un acto jurídico (rescisión de pleno derecho), es ilícito porque no se reúnan los elementos legales que deben darle validez, es lógico e imperante que dicho acto sea sancionado con su nulidad. Así entonces, se desvanece la aparente aplicación analógica de la nulidad en este caso, y por exacta aplicación de la ley: la ilicitud en el objeto del acto, traerá como consecuencia su nulidad. Señala el maestro Márquez González *“La pregunta, por tanto se plantea en los siguientes extremos: ¿resulta posible [...] afirmar que existe «algún tipo de ilicitud» que afecte al acto sin presuponer, al mismo tiempo, un motivo de contravención al orden público? A nuestro juicio, la respuesta es afirmativa, si esta ilicitud no es de tal manera grave que comprometa el orden o la paz públicos, muy a pesar de lo que afirme el artículo 1830. A veces, la ilicitud sólo alcanza relevancia en el ámbito o la esfera jurídica de las partes contratantes, por ejemplo, sin que trascienda su irregularidad a terceros. Un semejante caso podría ser calificado como afectado de nulidad relativa ante la omisión de la ley, sin dejar de respetar la intención general prevista en la «Exposición de Motivos»»*⁵⁶⁵ Y finaliza diciendo que *“aunque el axioma es claro desde la perspectiva del legislador (todo hecho ilícito es contrario a las leyes de orden público y a las buenas costumbres) y no resulte posible conciliar entonces la presencia de un hecho ilícito con la no alteración del orden público [...], a veces, la realidad puede imponerse a la*

⁵⁶⁵ Márquez González, José Antonio. *Op. cit.*, p. 272.

*formulación normativa abstracta.*⁵⁶⁶ Ello nos lleva a concluir que legalmente si se reconoce la nulidad de la rescisión pleno derecho, puesto que la ley en todo caso concede la posibilidad, aunque sea temporal, para atacar un hecho ilícito. Si se tolera el ejercicio arbitrario de la rescisión de pleno derecho, evidentemente se dejaría el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno los contratantes, es decir, precisamente de aquél que ilícitamente ejercita el pacto comisorio "*ipso iure*".

Puede pensarse que el ejercicio de una rescisión de pleno derecho que sea ilícita transgrede lo dispuesto por el artículo 1797 del Código Civil, que establece que el *cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes*, y dado el carácter prohibitivo de dicha disposición, entonces la rescisión ilícita producirá su nulidad absoluta, sin embargo ello no es así, ya que si bien el artículo 8º del mismo código establece que *los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos*, dado que estos actos son ilícitos, pero no existe distinción alguna sobre el tipo de nulidad de que se trata, y termina estableciendo que ello acontecerá, *excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario*; por su parte el artículo 2225, establece que *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*. Como se observa, la extinción de obligaciones realizada ilícitamente se dirigiría así a la producción de un error, es decir, a un concepto equivocado o juicio falso sobre un incumplimiento de una de las partes que en realidad no existe. La nulidad de que estará afectada la rescisión de pleno derecho por lo tanto, será relativa y no absoluta, por afectar los intereses de los contratantes, y por ende sólo éstos se encontrarán legitimados para demandar su declaración ante las autoridades judiciales competentes, lo que se desprende del contenido del artículo 2230 del Código Civil, el cual establece:

"ARTÍCULO 2230.- La nulidad por causa de error, dolo, violencia, lesión o incapacidad, sólo puede invocarse por el que ha sufrido esos vicios del consentimiento, se ha perjudicado por la lesión o es el incapaz."

Pues bien, si el supuesto deudor tiene pleno conocimiento de que no se ha verificado un incumplimiento del cual se le pueda responsabilizar, entonces deberá oponerse a la rescisión de pleno derecho demandando la nulidad dentro del plazo de 60 días, tal y como se desprende del contenido del artículo 2236 *in fine* del

⁵⁶⁶ *Ibidem*, p. 273.

Código Civil, ejercitando también como mencionamos, las demás acciones correspondientes:

“ARTÍCULO 2236.- La acción de nulidad fundada en incapacidad o en error, puede intentarse en los plazos establecidos en el artículo 638. Si el error se conoce antes de que transcurran esos plazos, la acción de nulidad prescribe a los sesenta días, contados desde que el error fue conocido.”

Si el presunto contratante incumpliente no se ha percatado de las maquinaciones del contratante acreedor perjudicado, entonces podrá demandar la nulidad dentro de los plazos que establece el artículo 638, que establece que la *acción para pedir la nulidad, prescribe en los términos en que prescriben las acciones personales o reales, según la naturaleza del acto cuya nulidad se pretende*, es decir, reenvía nuevamente al Libro Segundo, *De los bienes*, Título Séptimo, *De la prescripción*, Capítulo III, *De la prescripción negativa*, debiéndose analizar el tipo de contrato para determinar el plazo para la prescripción, que por general será de 10 años (artículo 1159 del Código Civil), y excepcionalmente de 2 y 5 años (artículos 1161, 1162 y 1164 del citado código), y 1 año (artículo 2139 en relación con el 2138, del mismo código).

Evidentemente al operar la nulidad de la rescisión de pleno derecho, los efectos de ésta se destruirán retroactivamente, volviendo las cosas al estado en que se encontraban antes de la verificación del hecho ilícito, y por lo tanto el contrato será existente y válido y las partes tendrán los derechos inherentes al mismo, pudiendo ejercitarlos de acuerdo a los beneficios, conveniencia y utilidad que en su caso les reporte y dentro de los plazos legales establecidos (prescripción). No podrá tampoco estimarse que el contratante que solicitó la nulidad mencionada carezca de derecho, *v. gr.*, para reclamar el cumplimiento forzoso, por encontrarse en mora, dado que no habrá incurrido en tal situación por haber sido obstaculizado por el otro contratante para cumplir con sus respectivas obligaciones; igualmente el tiempo en que provisionalmente haya surtido sus efectos la ilícita rescisión no podrá ser tomado en consideración para la constitución de la mora, precisamente porque el contrato estaba extinguido. Pensamos que en todo caso, dicho contratante deberá probar que siempre estuvo en aptitud de cumplir con sus obligaciones y consignar las mismas al demandar el cumplimiento forzoso.

Evidentemente que si la nulidad de que se trata no se plantea ante las autoridades competentes dentro de los plazos señalados, la acción caducará, y la rescisión de pleno derecho no podrá ser ya atacada en cuanto a su ilicitud de operatividad.

¿Cuándo deberá cumplir con sus obligaciones el contratante que ha obtenido sentencia favorable que declara nula la rescisión de pleno derecho? Pueden presentarse variados problemas al respecto, y por tanto deben observarse las circunstancias especiales del caso. Sirva de ejemplo lo siguiente: si se afectó un plazo al momento de rescindir ilegalmente en contrato, entonces al nulificarse la rescisión, dicho plazo permanecerá intacto por el efecto retroactivo de la nulidad, esto es, que las cosas volverán al estado en que se encontraban hasta antes de la verificación del hecho ilícito, y las obligaciones correspectivas podrán ser cumplidas en ese plazo, lo que podría pasar en el caso de rescindir ilegalmente un contrato, una semana antes de que fenezca el plazo para su cumplimiento: al momento de operar la nulidad, las cosas volverán al estado en que se encontraban, y el contratante afectado por la rescisión ilegal tendrá exactamente lo que restaba de ese plazo para cumplir, o en otras palabras, el tiempo que se le dejó nugatorio.

Si no se ha afectado algún plazo, entonces se deberá cumplir con las obligaciones inmediatamente que la sentencia quede firme, es decir, cuando ya no proceda en su contra recurso alguno; *v. gr.* A y B celebran un contrato bilateral de prestaciones de cumplimiento alternado y en el cual A deberá cumplir en primer término y B deberá cumplir después, en un día posterior y determinado y en el domicilio de A. A cumple con sus obligaciones pero el día en que B debe acudir a su domicilio para cumplir con las correspectivas, A intencionalmente no se encuentra en el mismo por lo que B no puede cumplir, y además por razones de horario, tampoco puede acudir ante la autoridad competente a realizar la consignación de su obligación. Aprovechando esa circunstancia, A rescinde de pleno derecho el contrato con B. Así las cosas, si B demanda la nulidad de esa rescisión de pleno derecho, al momento de prosperar la misma y quedar firme la sentencia de mérito, las cosas regresarán al momento inmediato anterior a la verificación del hecho ilícito, por lo cual B deberá cumplir con sus obligaciones precisamente en ese día y no en otro, a fin de no incurrir en mora procurando desde luego, tomar todas las precauciones para dar cumplimiento como lo es consignar el pago o cumplimiento, y poder ejercitar, en su caso, las acciones inherentes al contrato. Deben observarse igualmente, las disposiciones aplicables a los términos que se encuentran en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal a

fin de no dejar nugatorios los derechos del contratante que ha obtenido la nulidad mencionada, es decir, que no deben considerarse los días en que no pueden verificarse actuaciones y que los días deberán considerarse de 24 horas, por citar algunos casos (artículos 131 y 136 del citado ordenamiento adjetivo).

Ahora bien, cabe señalar sólo podrán ejercitarse acciones relativas al contrato, una vez que se haya obtenido y quede firme, la nulidad señalada no pudiéndose ejercitar alguna otra acción con ésta (cuyas causas son distintas), v. gr. el cumplimiento forzoso, puesto que la procedencia de éste dependería de la procedencia de la nulidad (carecería de sentido demandar el cumplimiento de un contrato que está extinguido, aún provisionalmente), situación que además se encuentra prohibida por lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 31 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el cual establece lo siguiente:

"ARTICULO 31.- [...]

No pueden acumularse en la misma demanda las acciones contrarias o contradictorias; ni las posesorias con las peticitorias, ni cuando una dependa del resultado de la otra. Tampoco son acumulables acciones que por su cuantía o naturaleza, corresponden a jurisdicciones diferentes.

[...]."

De la misma manera también existen procedimientos jurídicos para que el supuesto deudor incumpliente garantice la conservación de la cosa si le interesa recuperarla. De acuerdo a lo anterior, y desde el punto de vista del deudor, podrá intentarse la acción de cumplimiento o rescisión, por regla general, dentro de los 10 años siguientes contados desde que la obligación es exigible, de acuerdo a lo señalado por citado artículo 1159 del Código Civil para el Distrito Federal.

Puede el deudor oponerse a la rescisión injusta por medio del juicio de nulidad y solicitando paralelamente el secuestro⁵⁶⁷ de la cosa, que decrete el juez⁵⁶⁸

⁵⁶⁷ El secuestro es definido por el artículo 2539 del Código Civil, estableciéndose que "El secuestro es el depósito de una cosa litigiosa en poder de un tercero, hasta que se decida a quién debe entregarse."

como providencia precautoria antes de la iniciación de un juicio e incluso durante su tramitación, si tiene temor fundado de que el acreedor dispondrá de ella, o incluso la destruirá para perjudicarlo en sus intereses, debiendo observarse en dicha providencia precautoria, el procedimiento y reglas que para tal efecto se encuentran en el Título Quinto denominado *Actos Prejudiciales*, Capítulo VI *De las providencias precautorias*, artículos 235 al 254, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Con todo lo anterior se garantiza los derechos del contratante al cual se le atribuya un supuesto incumplimiento, cuando el mismo no se haya verificado o cuando verificado no haya sido por su irresponsabilidad; y se puede obtener mayor protección si se prevé en el contrato bilateral, el secuestro convencional para el caso de incumplimientos generadores de la rescisión que puedan ser controvertidos.

Ambos secuestros son provisionales: la cosa se entregará finalmente a aquél contratante que tenga el derecho sobre la misma al término de la contienda, que deberá tramitarse hasta la comprobación fidedigna del incumplimiento del cual es responsable alguna de las partes, sosteniéndose así sólidamente que el incumpliente no otorgó las prestaciones debidas, a pesar de la oposición que sustente.

Efectivamente, el secuestro señalado será una medida de protección para el supuesto deudor incumpliente, quien garantizará la conservación de la cosa, si es es su interés, y además no incurrirá en el delito reputado como abuso de confianza contenido en el artículo 384 del Código Penal, ya que si se verifica un requerimiento formal, no tendrá más opción que devolver la cosa que se le hubiere transmitido, si jurídica y materialmente está en posibilidad de hacerlo.

La ausencia de oposición a la rescisión de pleno derecho, no debe interpretarse como un consentimiento tácito, o un silencio que genere ese consentimiento para la operatividad de la misma, puesto que como ya hemos visto, aquélla es un acto unilateral que no requiere por tanto la concurrencia de la voluntad del deudor incumpliente. Simplemente ello se traduce en el reconocimiento que evidencia el incumplimiento contractual, hecho jurídico voluntario ilícito, que creará las consecuencias jurídicas correspondientes que la ley le ha otorgado, sin que para ello sea necesaria la voluntad del dicho deudor: dentro

⁵⁶⁸ Expresa el artículo 2544, que "*Secuestro judicial es el que se constituye por decreto del Juez*", rigiéndose el mismo, de acuerdo con el artículo 2545 "*por las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles y, en su defecto, por las mismas del secuestro convencional.*"

de esas consecuencias se genera la facultad del contratante acreedor perjudicado, de rescindir el contrato de manera unilateral. La existencia de un medio jurídico como la nulidad para oponerse a una rescisión ilícita es para dar la justa oportunidad para que el presunto incumplidor se oponga con justificación: si se controvierte la rescisión, no se suspenderán sus efectos no obstante el cuestionamiento en que se coloca el incumplimiento, cuestión dubitativa que subsistirá hasta que ése hecho ilícito generador de la facultad rescisoria sea comprobado.

La posibilidad de oponerse ilícitamente a la rescisión de pleno derecho no implica la interposición de un óbice jurídico para la justa operatividad de pleno derecho, pues si la oposición se manifiesta judicialmente, el acreedor perjudicado únicamente deberá demostrar que nacieron todos los presupuestos necesarios para la operatividad del pacto comisorio, lo que podrá realizar en vía de excepción sin reconvención alguna, con la finalidad de declarar improcedente la acción de nulidad del deudor. Los obstáculos materiales o jurídicos que se interpongan ilegalmente, no afectarán los efectos de la rescisión de pleno derecho los cuales surtirán plenamente, sin necesidad de declaración judicial.

Una oposición ilícita a la operatividad del pacto comisorio también se traduce en un medio de constatación del incumplimiento, de acuerdo a las particularidades del caso, y como ha sido señalado. Si alguna de las partes han realizado hechos ilícitos que causen daño, éstos deberán repararse, de acuerdo a lo que dispone el artículo 1830 ya citado y el 1910 del Código Civil, el cual establece:

“ARTÍCULO 1910.— 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.”

La indemnización de la que habla éste artículo es procedente, aún y cuando se argumente que se ejercitaron derechos subjetivos públicos de seguridad jurídica, y que se traducen en la facultad de tener acceso los órganos estatales que administran justicia, es decir, los tribunales, de acuerdo al artículo 8º y 17 constitucionales, pues si bien el primero de los señalados establece el denominado derecho de petición, y el segundo es considerado como la base de la administración

de justicia,⁵⁶⁹ su indebido ejercicio puede igualmente causar un daño, y por tanto, pensamos en que es aplicable en estos casos el contenido del artículo 1912 del Código Civil, mismo que establece:

“ARTÍCULO 1912.— Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejerció a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho.”

Ello acontece de esa manera, dado que puede accionarse, excitarse la actividad jurisdiccional sin tener derecho subjetivo alguno que deba ser protegido, y ello puede realizarse así, dada la irrenunciabilidad de la garantía individual de acceso a la administración de justicia, la cual se encuentra amparada contra autoridades o particulares, por diversos ordenamientos jurídicos, como lo son la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en sus artículos 8º y 17, los artículos 215, fracciones III y IV del Código Penal para el Distrito Federal (por cuanto al delito de Abuso de Autoridad), 225, fracción VIII (por cuanto al delito cometido contra la administración de justicia por los servidores públicos), 364, fracción II (por cuanto a la privación ilegal de garantías individuales), y por los antes mencionados del Código Civil para el Distrito Federal.

Con ello se observa que no se posterga innecesariamente la solución del conflicto contractual, puesto que si la oposición ilegal se realiza reiterada y constantemente, el deudor incumpliente puede incurrir en las responsabilidades civiles mencionadas e incluso en algunas penales, v. gr. la falsedad de declaraciones judiciales, si durante el juicio de nulidad el deudor falta a la verdad al absolverse posiciones, según lo dispone el artículo 247, fracción IV, del Código Penal.

Con lo anterior tenemos un panorama más o menos general de la operatividad de pleno derecho del pacto comisorio, lo que nos permite entonces tratar los siguientes puntos.

6.3. TESIS DE LOS TRIBUNALES FEDERALES EN TORNO A LA OPERATIVIDAD DEL PACTO COMISORIO.

⁵⁶⁹ Cfr. Gómez Lara, Cipriano. *Teoría General del Proceso*. Harla, México, 1992, p. 108

Por razones de método, tendientes a facilitar la consulta de las mismas, es necesario transcribir de nueva cuenta las tres tesis de los Tribunales Federales en torno a la operatividad del pacto comisorio y que serán objeto de algunos señalamientos en el punto subsecuente, de acuerdo a los análisis de las líneas precedentes.

A. Tesis que expresa que el pacto comisorio es una condición resolutoria:

Séptima Época

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 109-114 Cuarta Parte

Página: 39

CONTRATOS. PACTO COMISORIO TÁCITO. El pacto comisorio es la condición resolutoria que siempre va implícita en los contratos bilaterales, para el caso de que uno de los contratantes no cumpla con su obligación, como lo establece o se desprende del artículo 1949 del Código Civil para el Distrito Federal, y por esta razón la doctrina le denomina "tácito", en virtud de que la condición resolutoria va implícita y se sobreentiende en los contratos sinalagnáticos o bilaterales, puesto que si una de las partes no cumple con su obligación, la otra no debe quedar obligada y puede pedir la resolución del contrato.

Amparo directo 2792/77. José Tame Shear. 12 de abril de 1978. Cinco votos. Ponente: Raúl Lozano Ramírez. Secretario: Carlos Alfredo Soto Villaseñor.

B. Tesis que expresa que expresa la diferencia de operatividad entre el denominado pacto comisorio tácito y el pacto comisorio expreso:

Sexta Época

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: Cuarta Parte, I

Página: 119

PACTO COMISORIO. El pacto comisorio expreso es legítimo y en virtud de él y diversamente a lo que acontece con el tácito en que en el incumplimiento se requiere la declaración judicial para lograr la rescisión, el contrato se resuelve automáticamente por el solo efecto del incumplimiento y sin intervención de los tribunales; por tanto, si el pacto comisorio no es expreso sino tácito, es evidente que una de las partes no pudo 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.

Amparo directo 6803/55. México Tractor And Machinery Co. , S. A. 15 de julio de 1957. Mayoría de 4 votos. Ponente: Gabriel García Rojas. Disidente: José Castro Estrada.

C. Tesis que expresa que el pacto comisorio expreso opera automáticamente:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: V, Febrero de 1997

Tesis: I.8o.C.90 C

Página: 769

PACTO COMISORIO. LAS PARTES ESTAN LEGITIMADAS PARA FIJAR LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO. Los artículos 1940 y 1941 del Código Civil para el Distrito Federal, facultan a las partes contratantes para que incluyan en el contrato la cláusula resolutoria o realicen el pacto comisorio, que es la manifestación de voluntad incluida en los contratos, cuyo efecto es producir la resolución del contrato automáticamente, de pleno derecho, en caso de incumplimiento por haberlo convenido así los contratantes, sin que deban intervenir los tribunales y sin que haya medio de retardar o impedir la resolución concediendo un nuevo plazo al deudor. El pacto en análisis es legítimo en términos de los artículos 1832 y 1839

del citado Código Civil, ya que en materia de contratos, la voluntad de las partes es la ley suprema; además de que en los contratos civiles, cada uno se obliga en la forma y términos que aparezca que quiso obligarse, por lo que ambas partes pueden pactar libremente la manera de resolver el contrato, pues nuestro derecho no repugna ese pacto expreso, ya que no se encuentra en oposición con los artículos 6o., 7o. y 8o. del propio ordenamiento sustantivo, puesto que la voluntad de los particulares para acordar el pacto de referencia no exime de la observancia de ninguna ley ni contraviene leyes prohibitivas, ya que las partes indudablemente tienen libertad para fijar expresamente los supuestos de extinción del contrato o, en otras palabras, de establecer condiciones resolutorias. De ahí que en los contratos pueda pactarse expresamente la cláusula resolutoria, para que el contrato se pueda dar por terminado automáticamente por el solo hecho del incumplimiento de una de las partes a lo que se obligó, es decir, por el hecho de que en la realidad se actualicen algunas de las causas convenidas como motivo de la rescisión, sin la intervención de los tribunales, por efecto del pacto comisorio expreso en donde se fijaron las bases para ello. Sin embargo, esa regla genérica no puede aplicarse en el caso de un contrato de compraventa con pacto comisorio, donde se da el incumplimiento de la obligación materia de la cláusula resolutoria pero no opera la reversión del inmueble a favor de la vendedora y la parte compradora continúa en el goce y disfrute del inmueble durante muchos años sin que se le perturbe en su posesión; por lo que en este supuesto, la vendedora debe notificar a la compradora la aplicación de la cláusula de mérito y otorgarle un término para inconformarse, porque de no ser así, se actuaría unilateralmente y privando a la adquirente de la garantía de audiencia.

OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 643/96. Manuel Octavio Rodríguez Hernández. 17 de octubre de 1996. Unanimidad de votos.

Ponente: María del Carmen Sánchez Hidalgo. Secretaria: Edith Alarcón Meixueiro."

6.4. CRÍTICA A LAS TESIS DE LOS TRIBUNALES FEDERALES RELATIVAS AL PACTO COMISORIO.

El análisis que hemos llevado a cabo, nos permite ahora dirigir algunas consideraciones a las tesis transcritas en el punto anterior, señalando lo que a nuestro juicio son imprecisiones de las mismas.

- A. Considerar al pacto comisorio como una condición resolutoria, ya ha quedado expresado como una imprecisión el estimarlo como tal, pues no obstante su semejanza mantienen diferencias sustanciales, por lo que debe abandonarse dicho criterio categorizando a ambas instituciones en el lugar que a cada una le corresponde. Ello traerá incluso como consecuencia, el dar precisión a los conceptos jurídicos que conforman a la Ciencia del Derecho.

- B. No existe base jurídica sólida para establecer una diferenciación de la cual surjan las dos especies de pacto comisorio, el tácito y el expreso, cuenta habida que el artículo 1949 del Código Civil no establece en ninguna de sus partes esas categorías. Puede considerarse que son susceptibles de crítica los razonamientos referentes a que tampoco son distintos, es decir, a que uno y otro es la misma institución y que por tanto deben operar sin necesidad de declaración judicial, pero debe considerarse que la omisión legislativa respecto al señalamiento expreso de que la rescisión debe demandarse en todos los casos judicialmente es de tal trascendencia que no puede ser obra del descuido, ni de una decisión irracional. Se ha expresado que *"El legislador está hecho de inconsciencia y de conciencia; de lo primero, predominantemente. La psicología moderna ha dado un valor relevante a lo inconsciente ... El legislador, tanto individual como colectivo, tanto ignorante como sabio, tiene una gran dosis de inconsciencia."*⁵⁷⁰ Sin embargo ello no significa que las leyes emitidas por el Poder Legislativo sean en todo caso, obra de la irreflexión. El legislador más sagaz no puede prever todos los casos que deben regularse, y por ello la ley ha sido investida de generalidad, es decir, que

⁵⁷⁰ Dualde, cit. por Borja Soriano, *Op. cit.*, Tomo I, p. 55.

es aplicable a todos los casos que se adecuen a ella, lo cual se logra a través de la interpretación.

El pacto comisorio expreso y tácito son uno mismo, y si de acuerdo a lo establecido por la doctrina y de acuerdo al texto del artículo 1949 del Código Civil, dicho pacto es una cláusula natural de todos los contratos, y que ello supone su inclusión aunque no se exprese, teniéndose como puesta (expresa), entonces siempre será una cláusula expresa, y no puede ser renunciada, según expusimos.

- C. El pacto comisorio no puede operar automáticamente, ni aún tratándose del denominado pacto comisorio expreso, como si acontece con la condición resolutoria, la cual requiere de la verificación del evento ajeno para que opere, lo que evidencia que no se requiere de la concurrencia de la voluntad de las partes.

Una de las definiciones de automático lo es, según el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española,⁵⁷¹ "que sigue a determinadas circunstancias de un modo inmediato y la mayoría de las veces indefectible", es decir, que no puede faltar o dejar de ser. Automático también es lo *indeliberado*, es decir lo hecho sin voluntad (deliberación), sin reflexión: el pacto comisorio necesita para su operatividad, que el contratante acreedor perjudicado reflexione y emita un acto unilateral de su voluntad, esto es, hacer uso consciente de su derecho subjetivo de extinción jurídica, y para ello también debe hacer uso de su *facultas optandi*, el cual le confiere el artículo 1949 del Código Civil, escogiendo la facultad rescisoria y no el cumplimiento forzoso al cual también tiene derecho.

7. LA NECESIDAD DE HOMOGENEIZAR LOS CRITERIOS DE OPERATIVIDAD DEL PACTO COMISORIO A FIN DE QUE SE RECONOZCA SU APLICACIÓN "IPSO IURE", EN TODOS LOS CONTRATOS SINALAGMÁTICOS, AÚN Y CUANDO NO SE ESTIPULE EXPRESAMENTE EN EL CUERPO DE LOS MISMOS.

Lo anteriormente analizado nos lleva a expresar que es necesario homogeneizar los criterios jurisprudenciales de operatividad del pacto comisorio (tácito y expreso), debiéndose reconocer y aceptar que en todos los casos debe

⁵⁷¹ *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua*. Tomo I, 20ª Edición, Espasa Calpe, 1984, p. 164.

operar de pleno derecho, porque se ha aceptado que siendo una cláusula natural a todos los contratos bilaterales es porque se considera como una de las soluciones que siempre se tendrá en cuenta al verificarse el incumplimiento del cual es responsable alguna de las partes. Ello responde evidentemente a una solución que de llevarse a cabo, será justa y equitativa.

La operatividad de pleno derecho del pacto comisorio trae consigo diversas consecuencias útiles,⁵⁷² las cuales pueden enumerarse como sigue:

- a. Reporta una gran utilidad para el contratante perjudicado, quien en su lícito ejercicio evitará la instauración de procedimientos judiciales con todos sus inconvenientes, sobre todo los económicos, si consideramos que deberá seguir realizando erogaciones sin recibir contraprestación alguna a su favor, cuando menos en un tiempo más o menos prolongado, es decir, el que se encuentra entre la instauración de dicho procedimiento hasta el momento en que pueda ejecutar la sentencia definitiva que al respecto haya sido emitida por el juez competente.
- b. El contratante perjudicado adquiere de manera más pronta la disposición de la cosa y/o la liberación de sus obligaciones. Con ello logra estar en aptitud de contraer nuevamente su libertad para obligarse por el mismo objeto jurídico y material, con la finalidad de poder satisfacer sus necesidades y permitiéndose con ello además que siga verificándose la circulación de la riqueza. Evidentemente no resulta conveniente negar la oportunidad de librarse expeditamente del vínculo jurídico que une a una persona con otra, cuando alguna de ellas ha incurrido en un incumplimiento del cual se le puede responsabilizar. Evidenciada la voluntad de incumplimiento por parte de uno de los contratantes, se observa que no tiene ningún sentido conservar vigente un contrato manteniendo ligados a las partes, cuenta habida de que el Derecho no puede permanecer indiferente al incumplimiento, ni tampoco soslayar los efectos negativos que resulta de esa inobservancia. El contrato tiende resueltamente por su propia naturaleza, al puntual cumplimiento de lo pactado; las situaciones contrarias que surjan y que se transformen en una patología del

⁵⁷² Cfr. Gutiérrez y González, Ernesto. *Op. cit.*, p. 662.

contrato, deben ser corregidas y sus autores sancionados, tal y como se desprende de los diversos preceptos jurídicos analizados.

- c. Desahogaría significativamente el trabajo que se desempeña en los tribunales de justicia. Evidentemente que no en todos los casos se verificará una operatividad de pleno derecho del pacto comisorio de manera lisa y llana, pues habrá casos en los que se verifique, aún ilícitamente, una oposición a la misma; sin embargo de los casos en que no exista oposición de ninguna especie a la operatividad de pleno derecho de la rescisión, el tiempo de tramitación que se emplearía para la solución de los mismos podrá ser útilmente empleado para la resolución de otros conflictos, logrando con ello una contribución significativa para llevar a la práctica lo ordenado por el artículo 17 constitucional: que las resoluciones para dirimir los conflictos se emitan de manera pronta, completa e imparcial, lo que se reflejará en alguna medida en el bienestar social, resultando aplicable con ello el axioma jurídico que expresa que "*In advocatorum tutela, non privatorum duntaxat, sed et reipublicae salus continetur*" [«No sólo los intereses privados, sino hasta la salud de la república se pone bajo el patrocinio de los abogados»⁵⁷³], el cual es extensivo para todas aquéllas personas que participan en la solución de las controversias jurídicas. El tiempo para el estudio de las intrincadas cuestiones legales es ciertamente muy valioso, por exigua que pueda observarse ésta cuestión; por lo tanto el tiempo que resulte disponible por la ausencia de controversias judiciales relativas a la rescisión, la operatividad "*ipso iure*" del pacto comisorio proporciona la oportunidad de analizar y solucionar judicialmente con mayor holgura otros problemas legales.
- d. Igualmente se verificará en cierto modo, un ahorro en las erogaciones que realiza el Estado para la tramitación y solución de dichos conflictos, pudiéndose también canalizar debidamente esos recursos financieros, humanos y materiales que se utilizarían en los asuntos rescisorios a aquellos rubros que así lo requieran. No existe así la posibilidad de que ningún problema jurídico pueda soslayarse, siendo

⁵⁷³ Mans Puigarnau, Jaime M. *Op. cit.*, p. 1.

así muy útil disponer de los mayores recursos posibles para su solución de la mejor manera.

La homogeneización a que hacemos referencia debe ser de los criterios jurisprudenciales, cuenta habida de que a nuestro juicio el artículo 1949 del Código Civil para el Distrito Federal, es sobradamente claro al no exigir una declaración judicial para que la rescisión pueda surtir sus efectos. Con ello se da cumplimiento racional al axioma jurídico que establece que "*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*" [«Cuando la ley no distingue, ninguno debe distinguir»⁵⁷⁴], al reportarse una gran utilidad por su aplicación, sin desconocer que dicho principio ha sido y es utilizado como pretexto para no esclarecer las más intrincadas cuestiones jurídicas. Habiéndose realizado el análisis de la ausencia de exigencia legal para la declaración judicial de la rescisión, puede concluirse válida y responsablemente, que el principio aludido es enteramente aplicable.

También cabe señalarse que la admisión de la rescisión "*ipso iure*" demuestra la dualidad del Derecho, puesto que éste es una ciencia que impulsa el cambio social de manera responsable paralelamente a su carácter conservador del bienestar general y el orden social, lo que se consagrará integralmente al reconocerse la aplicación del pacto comisorio en todos los contratos bilaterales sin necesidad de declaración judicial, puesto que incluso las observaciones doctrinales contrarias que pudieran sustentarse o los valladares prácticos que se opusieran para su justa operatividad, merman la evidente utilidad del pacto comisorio de pleno derecho. Como se ha observado, ésta institución cuenta con sólidos argumentos teóricos y los medios jurídicos necesarios para un confiable reconocimiento de su operatividad sin la intervención de los tribunales de justicia.

Efectuado el análisis de cada uno de los puntos propuestos para su estudio en el presente trabajo, es menester exponer las conclusiones de mérito.

⁵⁷⁴ Cejudo y Ormacchea, Ignacio. *Op. cit.*, p. 110.

CONCLUSIONES

1. El pacto comisorio tiene un campo de aplicación perfectamente delimitado siendo éste los contratos sinalagmáticos que por su naturaleza generan las obligaciones recíprocas a las que hace referencia el artículo 1949 del Código Civil para el Distrito Federal.
2. Por medio de tesis jurisprudenciales se han diferenciado dos tipos de pactos comisorios, el tácito y el expreso, siendo el primero de los mencionados la cláusula natural de todos los contratos bilaterales que opera por medio de una declaración judicial, y el segundo, la expresión objetiva de dicha cláusula en el cuerpo del contrato que opera de manera privada sin necesidad de declaración judicial.
3. El artículo 1949 citado, no hace distinción alguna entre los dos tipos de pactos comisorios, y no existe criterio jurídico-doctrinal lo bastante sólido para sostener la existencia de esas categorías, como la distinta operatividad de las mismas.
4. De entre los derechos que nacen al verificarse el incumplimiento de obligaciones recíprocas de un contrato bilateral, se encuentra en primer término la facultad rescisoria, seguida del cumplimiento forzoso del contrato, y en ambos casos los daños y perjuicios que se hubieren generado. La escogitación de dichas facultades se realiza por medio del derecho de opción.
5. También surgen los derechos señalados en la conclusión anterior si se incumple con una obligación no recíproca, pero que se encuentre tan íntimamente ligada a una de esa especie, que su incumplimiento puede ser válidamente considerado como de gran trascendencia.
6. Existen diversos presupuestos que son necesarios para que el pacto comisorio pueda tener vida jurídica, y estos son la celebración de un contrato bilateral plenamente existente y válido, la verificación de un incumplimiento contractual de las obligaciones correspondientes del mismo, o las accesorias de suma importancia íntimamente relacionadas con éstas, y el cumplimiento o el allanamiento al mismo de las obligaciones a cargo del contratante acreedor perjudicado.

7. La naturaleza jurídica del incumplimiento de las obligaciones señaladas recae en la categoría de un hecho ilícito, cuya conceptualización es más amplia de la que proporciona el Código Civil.
8. El pacto comisorio es una de las facultades resultantes de la autonomía de la voluntad, a pesar de que dicha facultad no es absoluta ni su ejercicio arbitrario. El límite de su práctica está marcado por las leyes, sean éstas de orden público o privado y las buenas costumbres.
9. La facultad rescisoria es irrenunciable no obstante que al ser considerado como una cláusula natural de los contratos bilaterales, y por ende una norma dispositiva cuyo contenido puede ser colmado de manera diversa por los contratantes, la misma es y ha sido considerada una solución justa implantada legislativamente, y que por tal motivo supone ya cierta imperatividad.
10. El pacto comisorio es una institución que se encuentra en armonía absoluta con las diversas garantías constitucionales previstas por los artículos 13, 14, 16 y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y con el orden público de acuerdo a lo que disponen los artículos 6º, 7º y 8º del Código Civil del Distrito Federal y los correlativos del Código Civil Federal.
11. El pacto comisorio tiene características propias y precisas que le diferencian de otras figuras jurídicas con las cuales presenta alguna semejanza, como lo son la condición resolutoria, la nulidad, la revocación, el mutuo disenso y la excepción de contrato no cumplido.
12. Dadas las características de diferenciación del pacto comisorio a la condición resolutoria, es conveniente reubicarlo en el capítulo de incumplimiento de las obligaciones, colocando a ambas figuras jurídicas en el lugar que científicamente les corresponde y fijando con toda exactitud y congruencia estos conceptos cuya naturaleza ha sido dilucidada.
13. La doctrina y los tribunales judiciales han omitido desarrollar el estudio de los procedimientos jurídicos existentes tendientes a proteger los

derechos del contratante acreedor perjudicado, cuando éste rescinde el contrato de pleno derecho, como lo es la restitución de la cosa o cosas que hubiere transmitido por virtud del contrato y también han omitido el estudio de las instituciones jurídicas que pueden utilizarse para contrarrestar la ilícita operatividad de pleno derecho del pacto comisorio garantizándose los derechos de los contratantes a quienes sin razón se les atribuya un incumplimiento contractual.

14. La doctrina y los tribunales judiciales han omitido el estudio de la trasmutación de la posesión de buena fe otorgada por el contrato a una de mala fe como resultado de la rescisión, situación que puede dar lugar a la incursión de los problemas rescisorios al campo del derecho penal.
15. Es necesario homogeneizar los criterios jurisprudenciales de operatividad del pacto comisorio a fin de que se reconozca su aplicación "*ipso iure*", en todos los contratos sinalagmáticos, aún y cuando no se estipule expresamente en el cuerpo de los mismos, aplicando cuidadosamente la legislación positiva relacionada con el pacto comisorio para contrarrestar su uso ilícito y disminuir la complicación de la solución de los conflictos que surgen tanto del incumplimiento contractual como de la aplicación extrajudicial de la rescisión.

BIBLIOGRAFÍA

1. Azúa Reyes, Sergio T. *Los Principios Generales del Derecho*. Porrúa, México, 1998.
2. Bañuelos Sánchez, Froylán. *Nueva Práctica Civil Forense*. Tomo II, 11ª ed., México, Sista, 2000.
3. Barbero, Domenico. *Sistema de Derecho Privado*. Tomo II, *Obligaciones*; Traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967.
4. Bialostosky, Sara. *Panorama del Derecho Romano*. 3ª ed., UNAM-Facultad de Derecho, México, 1990.
5. Bonnecase, Julien. *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Traducción por el Lic. José M. Cajica Jr., Cárdenas, México, 1985.
6. Borja Soriano, Manuel. *Teoría General de las Obligaciones*. Tomo I, 7ª ed., Porrúa, México, 1971.
——— *Teoría General de las Obligaciones*. Tomo II, 6ª ed., Porrúa, México, 1970.
7. Branca, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Civil* Traducción de la sexta ed. italiana por Pablo Macedo. Porrúa, México, 1978.
8. Burgoa Orihuela, Ignacio. *Derecho Constitucional Mexicano*. 9ª ed., Porrúa, México, 1994.
——— *Las Garantías Individuales*. 26ª. ed., Porrúa, México, 1994.
9. Canosa Torrado, Fernando. *La Resolución de los Contratos (Incumplimiento y Mutuo Disenso)*. 2ª. ed., Doctrina y Ley, Colombia, 1992.
10. Carral y de Teresa, Luis. *Derecho Notarial y Registral*. 13ª ed., Porrúa, México, 1995.
11. Castellanos Tena, Fernando. *Lincamientos Elementales de Derecho Penal*. 32ª ed., Porrúa, México, 1993.

12. Castro y Bravo, Federico. *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*. 2ª edición, Civitas, Madrid, 1985.
 13. Castro y Castro, Juventino. *La Suprema Corte de Justicia ante la Ley Injusta. Un fallo histórico respecto al llamado «anatocismo»*, Porrúa, México, 1998.
 14. Cejudo y Ormaechea, Ignacio. *Reglas de Derecho*. Librería Carrillo Hermanos e Impresores, Guadalajara, Jalisco, México, 1978.
 15. Coronado, Mariano. *Elementos de Derecho Constitucional Mexicano (1899)*. ed. Oxford, University Press, Colección Grandes Clásicos del Derecho, Vol. 1, 1999.
 16. Chioenda, José. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I, Cárdenas, México, 1980.
 17. Chirino Castillo, Joel. *Derecho Civil III. Contratos Civiles*. 2ª ed., McGraw – Hill, México, 1996.
 18. De Pina, Rafael. *Elementos de Derecho Civil Mexicano. Obligaciones Civiles – Contratos en General*, Volúmen III, Porrúa, México, 1993.
 19. De Ruggiero, Roberto. *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo II, Volúmen 1º, Derecho de Obligaciones, Derecho de Familia, Derecho Hereditario. Traducción de la 4ª. ed. Italiana por Ramón Serrano Suñer y José Santa Cruz Tejeiro, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1977.
 20. Díaz Morales, Santos Nicolás. *Curso Didáctico de Obligaciones Patrimoniales*. 2ª. ed. Actualizada, Editorial Temis Librería, Bogotá, 1985.
 21. Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. *Convenio y Contrato. Replanteamientos de sus respectivos conceptos en el Código Civil para el Distrito Federal*. Porrúa, México, 1996.
- *Derecho Civil. Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez*. 3ª ed. Porrúa, México, 1992.
22. Ferro Gay, Federico y Benavides Lee, Jorge. *De la Sabiduría de los Romanos*. UNAM, México, 1999.
 23. García Máynez, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. 49ª. ed., Porrúa, México, 1998.

24. Gaudemet, Eugene. *Teoría General de las Obligaciones*. Traducción y Notas de Derecho Mexicano por Pablo Macedo. Porrúa, México, 1974.
25. Gómez Lara, Cipriano. *Derecho Procesal Civil*. 5ª ed., Harla, México, 1991.
 ———— *Teoría General del Proceso*. 8ª ed., Harla, México, 1992.
26. Gutiérrez y González, Ernesto. *Derecho de las Obligaciones*. 9ª ed., Porrúa, México, 1993.
27. Jiménez Huerta, Mariano. *Derecho Penal Mexicano*. 6ª ed., Porrúa, México, 1986.
28. Mans Puigarnau, Jaime M. *Los Principios Generales del Derecho*. Editorial Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1979.
29. Margadant S, Guillermo Floris. *El Derecho Privado Romano*. 4ª ed., México, Esfinge, 1970.
30. Márquez González, José Antonio. *Teoría General de las Nulidades*. Porrúa, México, 1992.
31. Martínez Alfaro Joaquín. *Teoría General de las Obligaciones*. 4ª ed., Porrúa, México, 1997.
32. Marty, G. *Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones, Volumen 1*, Cajica, Puebla, 1986.
33. Mateos Muñoz, Agustín. *Etimologías Grecolatinas del Español*. 28ª ed., Esfinge, México, 1990.
34. Miquel, Juan Luis. *Resolución de los contratos por incumplimiento*. 2ª ed., De Palma, Buenos Aires, 1986.
35. O'Callaghan Muñoz, Xavier. *Compendio de Derecho Civil*. Tomo II, Derecho de las Obligaciones, Volumen 1º, Teoría General de la Obligación, del Contrato y del Acto Ilícito. Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1987.
36. Ortíz Urquidi, Raúl. *Derecho Civil*. 3ª ed., Porrúa, México, 1986.

37. Padilla, René A. *Responsabilidad Civil por Mora* (Presupuestos, Desindexación y Límites en Costas. Obligaciones Recíprocas, Responsabilidad del Acreedor, Relación de Causalidad. Efectos Anómalos), 1ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1996.
38. Pallares, Eduardo. *Tratado de las Acciones Civiles*. 8ª. edición, Porrúa, México, 1997.
39. Pavón Vasconcelos, Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. 10ª. ed., Porrúa, México, 1991.
40. Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. *Contratos Civiles*. 7ª ed., Porrúa, México, 2000.
- *Derecho Notarial*. 7ª ed., Porrúa, México, 1995.
- *Representación, Poder y Mandato*. 8ª ed., Porrúa, México, 1994.
41. Preciado Hernández, Rafael. *Lecciones de Filosofía del Derecho*. 2ª. ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1986.
42. Quintanilla García, Miguel Ángel. *Derecho de las Obligaciones*. 3ª ed., Cárdenas, México, 1993.
43. Recasens Siches, Luis. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. Porrúa, México, 1986.
44. Rojina Villegas, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*. Tomo I, Introducción y Personas, 3ª ed., Porrúa, México, 1992.
- *Derecho Civil Mexicano*. Tomo V, Obligaciones I, 7ª ed., Porrúa, México, 1998.
- *Derecho Civil Mexicano*. Tomo V, Obligaciones II, 6ª ed., Porrúa, México, 1995.
45. Sánchez Medal Urquiza, José Ramón. *La resolución de los contratos por incumplimiento*. 4ª ed., Porrúa, México, 1989.
46. Sánchez Medal, Ramón. *De los Contratos Civiles*. 12ª. ed., Porrúa, México, 1993.

47. Stiglitz, Rubén S. *Autonomía de la Voluntad y Revisión del Contrato*. Depalma, Buenos Aires, 1992.
48. Trabucchi, Alberto. *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo I, Parte General, Negocio Jurídico, Familia, Empresas y Sociedades, Derechos Reales. Traducción de la 15ª. ed. Italiana con notas y concordancias al Derecho Español por Luis Martínez Calcerrada, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967.
49. Villoro Toranzo, Miguel. *Introducción al Estudio del Derecho*. 10ª ed., Porrúa, México, 1993.
50. Zamora y Valencia, Miguel Ángel. *Contratos Civiles*. 4ª ed., Porrúa, México, 1992.

HEMEROGRAFÍA

1. Zamora y Valencia, Miguel Ángel. *Las vicisitudes del contrato*. Revista Jurídica de Posgrado (Oaxaca, México), números 9 y 10, Enero - Junio, 1997.
2. *Gaceta Oficial del Distrito Federal* del 21 de diciembre de 1995.
3. *Diario Oficial de la Federación* del 20 de diciembre de 1995.
4. *Diario Oficial de la Federación* del 26 de junio de 1995

DICCIONARIOS

1. Burgoa Orihuela, Ignacio. *Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo*. Porrúa, 3ª. ed., México, 1992.
2. Corripio Pérez, Fernando. *Gran Diccionario de Sinónimos. Voces Afines e Incorrecciones*. Bruguera, México, 1977.
3. De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael. *Diccionario de Derecho*. Porrúa, México, 1992.

4. *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua*. Tomos I y II, 20ª ed., Espasa-Calpe, 1984.
5. *Diccionario Latino ~ Español; Español ~ Latino*, Tomo I [A-J] y Tomo II [K - Z], Sopena, Barcelona, 1985.
6. Gómez de Silva, Guido. "*Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Española*". Fondo de Cultura Económica — El Colegio de México, México, 1989.
7. *Nuevo Pequeño Larousse Ilustrado*. Larousse, Francia, 1950.
8. Pabón S. De Urbina, José M. *Diccionario Manual Griego - Español*. Bibliograf, Madrid.

LEGISLACIÓN

1. Código Civil para el Distrito Federal, Sista, México, 2000.
2. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Sista, México, 2000.
3. Código Penal para el Distrito Federal, Sista, México, 2000.
4. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Porrúa, México, 2001.
5. Ley del Notariado para el Distrito Federal, Porrúa, México, 2000.

PÁGINAS ELECTRÓNICAS

1. <http://www.scjn.gob.mx> (Suprema Corte de Justicia de la Nación).
2. <http://www.asambleadf.gob.mx> (Asamblea Legislativa del Distrito Federal).
3. <http://www.cddhcu.gob.mx> (Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión).
4. <http://www.unifr.ch/derechopenal/num88/vol88.htm>
5. <http://www.elysee.fr/esp/institi/txtdhc.htm>

6. <http://www.elysee.fr/institut/dhc.htm>
7. <http://www.embusa.es/irc/deceng.html>
8. <http://www.embusa.es/irc/leces.html>
9. <http://www.faroljuridico.com.br/art-pactasunt.htm>

DISCOS ÓPTICOS

1. *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-1995*. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1998.
2. *Código Civil y su Interpretación por el Poder Judicial de la Federación*. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 3ª Versión, 2000.
3. *Código Penal y su Interpretación por el Poder Judicial de la Federación*. versión 2.0, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1998.
4. *Compila IV*. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1999.
5. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y su Interpretación por el Poder Judicial de la Federación*. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1999.
6. *Historia Legislativa y Parlamentaria II, Civil*. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2000.
7. *Historia Legislativa y Parlamentaria III, Penal*. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2000.
8. *Historia Legislativa y Parlamentaria, Códigos*. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2000.
9. *IUS 2000. Jurisprudencia y Tesis Aisladas 1917-1999*. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2000.
10. *IUS 2001. Jurisprudencia y Tesis Aisladas 1917-2000*. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2001.