



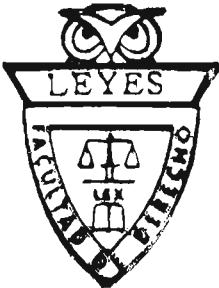
**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

ANALISIS JURIDICO DE LAS CLAUSULAS COMISORIAS
EN LOS CONTRATOS MERCANTILES.

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ERIK ZEUS FLORES MORALES



ASESOR: LIC. GERARDO RODRIGUEZ BARAJAS

MEXICO, D. F.

2003



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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.

A mis padres:

Por su incondicional apoyo a lo largo del camino.

A mis maestros:

Por su invaluable enseñanza y consejos.

A la Universidad Nacional Autónoma de México:

Como una ínfima ofrenda a sus nobles fines de
superación y enseñanza. .

“Cuando el derecho civil invade los dominios de los
derechos del pueblo, entonces se convierte en un
derecho especial para una clase especial”.

CICERÓN.

ÍNDICE

Abreviaturas y acrónimos.
Introducción.

CAPÍTULO PRIMERO. LOS CONTRATOS MERCANTILES.

1.1.- Concepto.....	pág. 1
1.2.- Naturaleza jurídica.....	pág. 5
1.3.- El contrato como fuente de obligaciones mercantiles.....	pág. 7
1.4.- Perfeccionamiento de los contratos mercantiles.....	pág. 13
1.5.- Capacidad mercantil.....	pág. 16
1.6.- Efectos del contrato.....	pág. 21
1.7.- Las cláusulas en los contratos.....	pág. 23
1.8.- Causas de terminación de contratos.....	pág. 28

CAPÍTULO SEGUNDO. RESOLUCIÓN Y RESCISIÓN DE LOS CONTRATOS.

2.1.- Resolución. Definición y generalidades.....	pág. 32
2.2.- Efectos de la resolución.....	pág. 38
2.3.- Diferencias con figuras afines.....	pág. 44
2.4.- Rescisión. Definición y generalidades.....	pág. 46
2.5.- Anulación y rescisión.....	pág. 55
2.6.- Efectos de la rescisión.....	pág. 57
2.7.- Figuras afines. Diferencias.....	pág. 60

CAPÍTULO TERCERO. PACTO COMISORIO.

3.1.- Definición.....	pág. 63
3.2.- Antecedentes históricos.....	pág. 66
a).- Antecedentes en Roma.....	pág. 67
b).- Antecedentes en el Derecho Mexicano.....	pág. 71
3.3.- Diferencias con la condición resolutoria.....	pág. 76
3.4.- Nulidad del pacto comisorio.....	pág. 79
3.5.- Pacto comisorio y reivindicación.....	pág. 82

3.6.- Pacto comisorio en otros países.....	pág. 84
a) Alemania.....	pág. 85
b) Argentina.....	pág. 87
c) España.....	pág. 88
d) Francia.....	pág. 91
e) Italia.....	pág. 93
3.7.- Pacto comisorio expreso y tácito.....	pág. 95

**CAPÍTULO CUARTO.
CASOS DEL PACTO COMISORIO REGULADOS
EN EL DERECHO MEXICANO.**

4.1.- La prenda.....	pág. 101
4.2.- El fideicomiso en garantía.....	pág. 111
4.3.- La caución bursátil.....	pág. 117
4.4.- Un caso inconstitucional de rescisión sin declaración judicial regulado en el contrato de seguro.....	pág. 120
4.5.- Análisis constitucional del pacto comisorio.....	pág. 122

Conclusiones.

Bibliografía.

ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS.

art. (s)	Artículo, artículos
BMV	Bolsa Mexicana de Valores, S.A. de C.V.
C. COM.	Código de Comercio
Cfr.	Confrontar con, confróntese con
cit.	Citado
D.O.F.	Diario Oficial de la Federación
ed. (s)	edición, editor, editado por
fr. (s)	Fracción, fracciones
LCS	Ley sobre el Contrato de Seguro
LFCP	Ley Federal de Correduría Pública.
LGSM	Ley General de Sociedades Mercantiles.
LGTOC	Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito
LIC	Ley de Instituciones de Crédito
LIE	Ley de Inversión Extranjera.
LMV	Ley del Mercado de Valores
LGSM	Ley General de Sociedades Mercantiles
Op. cit.	opus citato: Obra citada
p., pág., p.p..	página, páginas
s., ss.	Siguiente, siguientes

trad. (s)	Traductor, traductores; traducido por, traducido de
vol. (s)	volumen, volúmenes
vgr.	Verbigracia, por ejemplo.

INTRODUCCIÓN

En el mundo contractual muchos son los contratos de tipo mercantil que se realizan día con día, presentándose un aumento de los mismos en la medida que se desarrollan la economía y los cambios que trae consigo la globalización. El mundo mercantil requiere de instrumentos que permitan una ágil respuesta a las operaciones que se realizan cotidianamente entre comerciantes y entre comerciantes y no comerciantes, lo cual implica que en la celebración de operaciones jurídicas las partes puedan verse expuestas al incumplimiento de obligaciones por parte de aquellos con quienes contrataron, o bien al cumplimiento tardío o defectuoso de las obligaciones consignadas en un convenio, motivo por el cual, el pacto comisorio se presenta como una figura que puede proteger al contratante de buena fe, evitándole mayores perjuicios y pérdida de tiempo y dinero; sin embargo, se está ante una figura que también puede usarse para abusar del contratante que se obliga en circunstancias completamente desfavorables por verse, ya sea en una situación apremiante, o de desconocimiento o falta de experiencia. La ley brinda este pacto como opción para las partes que contratan con la intención de cumplir, - aunque no siempre sea así- pues se creó con la intención de que fuera una herramienta útil en defensa de las buenas costumbres comerciales, salvaguardando la buena fe que debe presidir los actos jurídicos y combatiendo acciones tendientes a defraudar al contratante cumplido.

Este pacto tiene enorme importancia y repercusión en la vida comercial, pues facilita las transacciones imprimiendo velocidad al comercio y evitando la proliferación de largos juicios en los tribunales, lo cual contribuye a resolver de manera práctica las controversias suscitadas con motivo del

incumplimiento de contratos, sin olvidar desde luego, que también puede darse mal uso a este pacto aprovechando las circunstancias desfavorables del contratante que se ubica en una posición de notoria desventaja.

Debido a lo anterior, el estudio del pacto comisorio resulta indispensable, sobre todo ante la gran cantidad de aspectos que lo rodean, como son los cuestionamientos sobre la constitucionalidad del mismo, la manera en que opera y sus efectos, los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al respecto, su prohibición en algunas figuras, la manera en que se regula en otros países y el análisis de la doctrina alrededor del tema.

El pacto comisorio tácito se halla presente en todos los contratos del derecho privado con la intención de salvaguardar los intereses del contratante de buena fe, teniendo como base la equidad, llevando al individuo a tener mayor seguridad en sus operaciones, al poder liberarse de un convenio al que está ceñido y que no le acarrearía otra cosa sino perjuicios. En la materia mercantil, tiene como principal propósito el facilitar el desarrollo del comercio a través de la celebración de convenios que tienen como fundamento la libertad del hombre para comprometerse sobre la base de las buenas costumbres y la buena fe.

Demostraré como principal objetivo la constitucionalidad del pacto comisorio. También se hará ver que su regulación en comparación con otros países es escasa; así mismo, estudiaré previamente, figuras indispensables para la cabal comprensión del pacto en estudio, tales como la rescisión y la resolución, términos que se confunden en la práctica, en la ley y en la doctrina, pero que sin embargo, según se expone aquí, tienen diverso

significado, causas de procedencia y efectos. Corresponde estudiar primero ambas figuras, para luego abordar el estudio de uno de los medios de resolución de contratos, el pacto comisorio.

CAPÍTULO PRIMERO

LOS CONTRATOS MERCANTILES

1.1 CONCEPTO.

El Código Civil Federal hace distinción entre convenio y contrato, siendo éste especie de aquél, que de acuerdo con el art. 1792 del Código mencionado es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones, mientras que los contratos son los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos, de acuerdo al art. 1793 del citado ordenamiento legal. No obstante lo anterior, se debe tomar en cuenta también que el convenio y el contrato no sólo pueden dar nacimiento a obligaciones y a sus correlativos derechos de crédito, sino que también puede crear o transmitir derechos reales, como son los casos del contrato de prenda o el de hipoteca, o modificar o extinguir dichos derechos reales en el caso del convenio.

“...los romanos no poseyeron jamás un concepto general de contrato como esquema abstracto capaz de contener en sí las varias figuras especiales contractuales, y poseyeron, en cambio, una serie de éstos precisos en sus contornos y fijos en su número, que tenían un nombre propio o si no lo tenían podía reducirse a tipos determinados, de aquí las categorías cerradas de contratos reales, consensuales, verbales y literales que se componían de figuras contractuales definidas en número, y la de los contratos innominados, que si es menos cerrada se inspira también en el concepto fundamental de las figuras fijas”.¹

¹ DE RUGGIERO, Roberto, Instituciones de Derecho Civil, Tomo II, vol. I, 4ª edición italiana. Instituto Editorial Reus, S.A., Madrid, 1977, p.252.

Dentro de la doctrina italiana, el autor De Ruggiero comenta: “Todo lo claro que fue entre los romanos la distinción entre contrato, convención, pacto, a pesar de las muchas controversias dogmáticas e históricas que se agitan en torno a estos conceptos, 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, convención y también pacto, ya que estos términos perdieron el primitivo significado técnico y preciso que les atribuía el lenguaje jurídico romano.

Contractus, expresión elíptica de *negotium contractum* o *contractum negotii*, significó entre los romanos la relación constituida a base de un acuerdo, no el acuerdo mismo; tampoco el acuerdo que recae en objetos o relaciones jurídicas, sino sólo aquello que genera obligaciones entre las partes...”²

“En el Derecho moderno se opera una mutación absoluta. Todo de acuerdo para crear una relación jurídica es productivo de efectos y genera una acción, salvo en casos excepcionales, en los que la causa lo impida o se determine y exija una cierta forma, bajo pena de nulidad; y por ello toda distinción entre simple convención y contrato ha desaparecido. El elemento subjetivo prepondera sobre la causa o elemento objetivo, y aquél no es otra cosa que el encuentro de ambas voluntades, es decir, el consentimiento que queda justificado con la existencia de un fin lícito y protegido. Así, la convención, o sea el acuerdo de voluntades, es sinónimo de contrato, y éste se identifica con el consentimiento: todo acuerdo relativo a un objeto que tenga un interés jurídico se convierte en contrato y resulta protegido por el ordenamiento jurídico.....porque la voluntad de las partes es por sí sola suficiente para crear el vínculo. El contrato, en cuanto designa la

² *Ibidem* p.250.

conurrencia de dos o más voluntades y se propone la creación de una relación jurídica, se confunde, sin más, con el negocio jurídico blilateral”.³

El maestro Ernesto Gutiérrez y González, haciendo referencia al concepto que de convenio expone el Código Civil de 1928 y ahora el Código Civil Federal y el Código Civil del D.F., comenta que es también función del convenio la de conservar los derechos y obligaciones, función que no está prevista en el Código, por lo que propone como texto para el artículo 1792 del Código Civil Federal y para el Código Civil del D.F. el siguiente: “Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, conservar, modificar o extinguir derechos y obligaciones”.⁴

Sin embargo, el autor Ramón Sánchez Medal hace notar que la distinción entre convenio y contrato ya no es reconocida en la actualidad, pues el vigente Código Civil Italiano la ha eliminado (art.1321), además de que nuestros Códigos Civiles Federal y del Distrito Federal hacen desaparecer toda importancia a tal distinción, al establecer que los principios relativos a los contratos se aplican a todos los convenios. (art. 1859 del Código Civil Federal y del Código Civil del Distrito Federal)⁵ Y así dicho artículo establece: “Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de estos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos”.

³ Ibidem, p.253.

⁴ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, 13ª. ed., Ed., Porrúa, S.A. de C.V., México, 2001, p. 228.

⁵ Cfr. SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, De los contratos civiles, 17ª. ed., Ed., Porrúa, S.A. de C.V., México, 2001, p. 4.

“Por otra parte, ninguna razón justifica la dicotomía legal, luego es perfectamente válido e inatacable, a pesar de lo dispuesto por el art. 1793 del Código Civil, un contrato para modificar o extinguir obligaciones”.⁶

Toda vez que el concepto de contrato puede variar de país en país, de acuerdo con sus leyes e influencia doctrinal en la labor legislativa, pudiendo orientar la conceptualización hacia diversos sentidos, considero útil para tener una noción general que pueda citarse en doctrina lo expuesto por los juristas Colin y Capitant, quienes hablan de la producción de efectos jurídicos, comprendiendo ello un género más amplio que incluye la creación, transmisión, conservación, modificación y extinción de obligaciones y de derechos reales, en una definición más sencilla y general: “El contrato o convenio es un acuerdo de dos o varias voluntades en vista de producir efectos jurídicos. Contratando las partes, pueden tener por fin, sea crear una relación de derecho; crear o transmitir un derecho real o dar nacimiento a obligaciones; sea modificar una relación preexistente; sea en fin extinguirla.”.⁷

No obstante lo anterior, en el caso particular de México, como ya se mencionó, el contrato es una especie del convenio, destinada a producir y transferir obligaciones y derechos, por lo que tal restricción, aunque pueda no tener sentido para algunos autores, pues no encuentran justificación a la dicotomía legal entre convenio y contrato, puede resultar útil en la práctica, pues tal distinción ha encontrado algunas aplicaciones prácticas, como lo refiere el autor Zamora y Valencia al decir: “Antes de la reforma al Código Civil publicada en el D.O. del 06-01-94 que, entre otros aspectos, derogó los artículos 174 y 175,

⁶ DÍAZ BRAVO, Arturo, Contratos Mercantiles, 7ª. ed., Editorial Oxford University Press México, S.A. de C.V., México, 2002, p.10.

⁷ Citados por ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel, Contratos Civiles, 6ª ed. Editorial. Porrúa, S.A. de C.V., México, 2000, p.20.

los cónyuges requerían autorización judicial para contratar entre ellos (excepto cuando el contrato fuera el de mandato para actos de administración o para pleitos y cobranzas) pero no para convenir, como sería el caso de rescindir un contrato previamente celebrado entre ellos...”⁸

En otro tenor, el contrato es la fuente por excelencia de las obligaciones mercantiles, por lo cual es menester establecer cuando un contrato es mercantil, y para ello, es indispensable aclarar que el contrato mercantil es, desde luego, un acto de comercio, y que los actos de comercio se encuentran en nuestro país enunciados por el art. 75 del Código de Comercio, y que a la vez, todo contrato mercantil para tener tal calidad, necesariamente debe contener actos de comercio, por lo que el concepto que expongo es el siguiente: **CONTRATO MERCANTIL ES EL ACUERDO DE DOS O MAS VOLUNTADES PARA CREAR O TRANSMITIR EFECTOS JURÍDICOS CUYO CONTENIDO SEAN ACTOS DE COMERCIO.**

1.2 NATURALEZA JURÍDICA

El contrato es, desde luego, un acto que produce consecuencias de derecho, las cuales son las situaciones o relaciones que se originan como consecuencia de haberse activado uno o varios supuestos jurídicos⁹.

Éstos últimos, a su vez, son la hipótesis de cuya realización dependen las consecuencias establecidas por la norma. Las consecuencias a que da origen la

⁸ Ibidem, p.p. 21-22.

⁹ ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de Derecho Civil Mexicano, Tomo III. Teoría General de las Obligaciones, 19ª. ed. . Ed., Porrúa, S.A. de C.V., México, 1994, p.141.

producción del supuesto pueden consistir en el nacimiento, la transmisión, la modificación o la extinción de facultades y obligaciones.¹⁰

Para que se produzcan consecuencias de derecho, se necesita actualizar un supuesto jurídico, el cual se actualiza necesariamente mediante un acto jurídico.

Todo contrato es un acto jurídico, es decir, acontecimientos que producen efectos jurídicos en donde interviene la voluntad del hombre dirigida deliberadamente a producir los efectos previstos en la norma jurídica.¹¹

Si en la realización del acto jurídico interviene una sola voluntad, se dice que éste es monosubjetivo, y si intervienen dos o más voluntades, el acto será plurisubjetivo, esta clasificación obedece a que en su realización intervengan dos o más personas manifestando su voluntad, y para no confundir con los actos unilaterales y bilaterales.¹²

Visto lo anterior, es necesario hacer algunas precisiones:

A).- Todo contrato implica necesariamente un acuerdo exteriorizado de voluntades.

B).- Este acuerdo de voluntades conforma el hecho jurídico previsto en la hipótesis o supuesto de la norma que al realizarse, produce la consecuencia normativa de vincular jurídicamente a las partes contratantes, o dicho de otra

¹⁰ Cfr. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, Introducción al estudio del Derecho, 35ª. ed., Ed., Porrúa S.A. de C.V., México, 1984, p. 172.

¹¹ Cfr. GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho Civil, 12ª. ed., Ed., Porrúa S. A. De C.V., México, 1993, p.p. 222 y 223.

¹² Cfr. ZAMORA Y VALENCIA, Miguel A., Op. Cit., p. 23.

manera, produce consecuencias de Derecho entre las partes que se obligan contractualmente.

C).- Este vínculo jurídico es producto de un acto de voluntad encaminado a producir consecuencias de Derecho, por lo que se está en presencia de un acto jurídico.

D).- Todo contrato debe establecer entre quienes lo celebran un vínculo obligatorio de contenido patrimonial, pues están regulados en la materia civil y dan la posibilidad de obtención de bienes y servicios como medios de circulación de riqueza.

Establecido lo anterior, llego a la conclusión de que la naturaleza jurídica del contrato mercantil es la de un acto jurídico plurisubjetivo de contenido patrimonial, cuyo objeto son actos de comercio.

1.3 EL CONTRATO COMO FUENTE DE OBLIGACIONES MERCANTILES

Se entiende como fuente en sentido figurado, aquél lugar de donde emana o surge algo, el principio o fundamento de las cosas. Las fuentes en Derecho son hechos y situaciones determinados en general por la ley y a los que ésta atribuye efecto obligatorio.¹³

¹³ Cfr. BRANCA, GIUSEPPE, Instituciones de Derecho Privado, traduc. de la 6° edición italiana por Pablo Macedo, México, 1978, p. 273.

En la terminología jurídica, explica el distinguido maestro García Máynez, la palabra fuente tiene tres acepciones, siendo así como se habla de fuentes formales, fuentes históricas y fuentes reales; por fuentes formales se entiende a los procesos de creación de las normas jurídicas; por fuentes reales, los factores y elementos que determinan el contenido de dichas normas, y por fuentes históricas, los medios materiales que sirven para conocer el Derecho que estuvo vigente en el pasado.¹⁴

El contrato es un instrumento que da origen a múltiples obligaciones que pueden manifestarse en distintas expresiones de creación o transformación de ellas, y es a la vez la fuente más importante de las obligaciones por ser la más frecuente.

El Código Civil en su Libro Cuarto, Título Primero, enumera cuales son las fuentes de las obligaciones, mencionando como la primera de ellas a los contratos en el Capítulo Primero, regulados del art. 1792 al 1859 por cuanto hace a las disposiciones generales aplicables a todo contrato.

Pues bien, una vez establecido el régimen legal que señala al contrato como fuente de obligaciones, procederé a señalar algunas reflexiones que sobre este tópico hacen algunos autores:

La obligación tradicionalmente se ha definido como un vínculo jurídico por virtud del cual una persona denominada deudor, se encuentra constreñida jurídicamente a ejecutar algo a favor de otra persona, llamada acreedor.

¹⁴ Cfr. García Máynez, Eduardo. Op. Cit., p.51.

En las instituciones de Justiniano se da el siguiente concepto: “La obligación es un vínculo de derecho formado según el derecho civil, y que nos obliga a pagar alguna cosa”.¹⁵

Para el tratadista francés Eugene Gaudemet la obligación no es sino el derecho personal considerado desde el punto de vista pasivo; es “un vínculo jurídico por el que una persona está sujeta, respecto de otra, a una prestación, un hecho o una abstención. La obligación es el crédito considerado desde el punto de vista jurídico”.¹⁶

Sin embargo, a decir del maestro Gutiérrez y González, los conceptos tradicionales de obligación se encuentran incompletos pues dicho autor señala lo siguiente:

“a).- En ellos, no encuentra explicación el caso de un “obligado” que no sea “deudor” y no tenga “acreedor”, sino que sólo esté en la necesidad de observar la conducta que la ley determina, y llegado el caso se convierta en deudor y tenga un acreedor, pero ello no necesariamente, sino de una manera eventual.

b).- 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”.¹⁷

En atención a lo anterior, dicho autor propone: “Podrá seguirse llamando al derecho de crédito o derecho personal con el nombre de obligación, pero se

¹⁵ Instituciones de Justiniano, por M. ORTOLAN, edición bilingüe, Ed. Heliasta, S.R.L., Buenos Aires, 1976. p. 236.

¹⁶ GAUDEMET, Eugene, Teoría General de las Obligaciones, Ed. Porrúa, México, 1984, p.p. 25-26.

¹⁷ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Op. Cit. p. 73

debe entender entonces que se habla de obligación en sentido lato y no en sentido estricto, pues a la especie se le puede designar con el nombre del género; pero en cambio, a la obligación que nace de una declaración unilateral de voluntad, no se le podrá seguir llamando derecho de crédito o derecho personal, pues éste precisa un deudor y un acreedor, y en la declaración unilateral de voluntad al nacer la obligación no hay acreedor ni deudor, sólo obligado”.¹⁸

El citado autor expone dos conceptos de obligación, obligación lato sensu y obligación stricto sensu, los cuales se exponen a continuación a efecto de tener una mejor comprensión del tema:

Concepto de obligación lato sensu.- Es la necesidad jurídica de cumplir 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.

Concepto de obligación stricto sensu.- Es la necesidad jurídica de cumplir una prestación, de carácter patrimonial, (pecuniaria o moral), a favor de un sujeto que eventualmente puede llegar a existir.¹⁹

El catedrático Vásquez del Mercado indica que no hay un concepto de obligación mercantil distinto del de obligación civil, y agrega que se podría, sin embargo, siguiendo el concepto de obligación civil, considerar que la obligación mercantil constituye el vínculo jurídico por el cual un sujeto debe cumplir frente a otro una prestación que tiene carácter mercantil, porque el acto que la origina es de naturaleza mercantil, un contrato mercantil. Los contratos son la fuente más

¹⁸ Idem.

¹⁹ Cfr. *Ibidem*. p. 52.

importante de las obligaciones mercantiles, puesto que la actividad de los comerciantes consiste esencialmente en contratar.²⁰

Por su parte, el maestro Gutiérrez y González comenta que las obligaciones mercantiles son las que se generan por una relación entre personas que deben regir su conducta conforme a lo dispuesto en las leyes mercantiles, o aquellas que intrínsecamente las considera la ley como mercantiles o comerciales sin importar la persona que las realiza. Agrega que no se exagera si se afirma que tanto las obligaciones civiles como las mercantiles, participan de los mismos elementos estructurales:

- 1°.- Sujetos (acreedor y deudor),
- 2°.- Relación jurídica, y
- 3°.- Objeto.

Pero si se trata de obligación stricto sensu:

- 1°.- Sujeto, y
- 2°.- Objeto.

Se puede afirmar que son obligaciones mercantiles las que deriven de un acto de comercio, y civiles las que deriven de un acto civil.²¹

El contrato es una obligación porque sujeta a las partes contratantes a cumplir una prestación, un hecho o una abstención y porque comparte los elementos de ésta, es decir, acreedor, deudor, relación jurídica y objeto; es así

²⁰ Cfr. VÁSQUEZ DEL MERCADO, Oscar, Contratos Mercantiles, 11ª ed., Editorial Porrúa S.A. México, 1994, p.p. 149 y 150.

²¹ Cfr. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, Op. Cit. p.p. 50-52.

que por virtud de un contrato se encuentra a un acreedor y a un deudor o a una pluralidad de uno o de ambos, vinculados jurídicamente por la obligación contraída en el contrato cuyo objeto se determina dependiendo la naturaleza de éste. Como ejemplo expongo el mutuo simple en donde el objeto es que el mutuante (acreedor) conceda un bien fungible a un mutuuario (deudor) quien se obliga a devolverle otro tanto de la misma especie, y calidad (objeto). Existe entonces un acreedor y un deudor vinculados por un compromiso contraído por ambos y que es la relación jurídica surgida con motivo del acuerdo de voluntades.

El contrato es la fuente por excelencia de las obligaciones mercantiles, y existen numerosos tipos de contratos dentro de esta materia, como son la compraventa, el contrato estimatorio o de consignación, el de seguro, el de arrendamiento financiero o LEASING, el de fianza, comisión mercantil, sólo por mencionar algunos. Sin embargo, “existen acuerdos de voluntades que, por una u otra razón, ofrecen algunas dificultades para encuadrarlos como contratos, en ocasiones por una injustificable resistencia de los otorgantes a emplear el término contrato; en otras, por razón de que una de las partes, o ambas, no disponen de libertad (generalmente, por efecto de taxativas legales) para convenir los términos del contrato y, en algunos casos, ni siquiera para decidir libremente si lo celebran o no. Ejemplo del primer supuesto son los llamados joint ventures, cartas de intención, cartas de compromiso, pactos de caballeros y algunos otros transvasados de la práctica angloestadounidense, esto es, surgidos en un medio jurídico de derecho consuetudinario, e indudablemente por ello presentados con una terminología extraña a nuestro sistema.

En la mayoría de los casos, configuran verdaderos contratos o, con mayor propiedad, promesas de contratos, pues involucran compromisos de asumir en lo

futuro obligaciones y derechos, frecuentemente sujetos a condiciones suspensivas de la más diversa índole.”²² Dado lo anterior, y toda vez que la vida cotidiana ofrece un sin número de ejemplos de contratos mercantiles que van desde la simple compra de un boleto para ver una función en el cine, o las compras de objetos en las pequeñas tiendas de abarrotes, hasta contratos complejos como el de fideicomiso o el de seguro, no cabe duda, el contrato es la fuente por excelencia de las obligaciones mercantiles.

1.4 PERFECCIONAMIENTO DE LOS CONTRATOS MERCANTILES.

“Cuando la oferta y la aceptación coinciden, el contrato se perfecciona. Se debe distinguir, sin embargo, el perfeccionamiento del contrato entre presentes y entre ausentes”.²³

La formalidad documental generalmente no admite excepciones en la práctica mercantil, de tal suerte que la mayoría de los contratos mercantiles son formales y por excepción existen algunos consensuales.

El texto del artículo 78 del Código de Comercio indica lo siguiente: “En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados.”

No obstante, la vigencia práctica de dicho precepto es cuestionable, ya que sólo se tiene que leer el siguiente artículo para darse cuenta de lo contrario:

²² DÍAZ BRAVO, Arturo, Op. Cit., p. 10.

²³ VÁSQUEZ DEL MERCADO, Oscar. Op. Cit. p.159.

“Art. 79 C. Com.- Se exceptúan de lo dispuesto por el artículo que precede:

I.- Los contratos que con arreglo a este Código u otras leyes deban reducirse a escritura o requieran formas o solemnidades necesarias para su eficacia;

II.- Los contratos celebrados en país extranjero en que la ley exige escrituras, formas o solemnidades determinadas para su validez, aunque no las exija la ley mexicana.

En uno y otra caso, los contratos que no llenen las circunstancias respectivamente requeridas, no producirán obligación ni acción en juicio”.

Es por eso que el tratadista Felipe de Jesús Tena critica este precepto expresando: “¿Qué alcance, qué significado práctico puede tener tal artículo en presencia del que inmediatamente le sigue? Absolutamente ninguno, como no sea el de patentizar bien a las claras la reprensible ligereza y descuido, que no la ignorancia, conque los redactores del código desempeñaron su grave cometido”²⁴

Es entonces claro que la validez de los contratos mercantiles depende de la observancia de formalidades o requisitos determinados, salvo contadas excepciones; es fácil percatarse del sin número de operaciones mercantiles que requieren de forma, con lo que el documentalismo en dicha materia es indiscutible, pues se requiere de ello desde los simples boletos, fechas o contraseñas como requisito sine que non para abordar el metro o viajar en un autobús urbano, hasta la prolija complejidad de un contrato de transferencia de

²⁴ TENA, Felipe de Jesús, *Derecho mercantil mexicano incluye títulos de crédito*, 18^o. ed., Ed. Porrúa, S. A. de C. V., México, 1999, p.266.

tecnología; y en todo caso la carencia de dicho requisito colocaría al acreedor en la imposibilidad de reclamar su derecho.²⁵

No hay más que dar una ligera revisión a la legislación mercantil para darse cuenta de los requisitos de forma que deben ser cubiertos; por ejemplo la formalidad escrita que debe envolver a un contrato de asociación en participación, o los requisitos de escrituración pública referentes a inmuebles, o de inscripción en el registro público para su oponibilidad ante terceros.

Existe también el perfeccionamiento de los contratos mercantiles entre ausentes cuyas reglas son expuestas por el C. Com. que ha establecido un sistema llamado por la doctrina “de la aceptación”, para determinar cuando se perfeccionan las obligaciones entre ausentes, como el siguiente artículo lo puntualiza:

“Art. 80.- Los contratos mercantiles que se celebren por correspondencia, telégrafo, o mediante el uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, quedarán perfeccionados desde que se reciba la aceptación de la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada.”

Este sistema tiene una excepción en lo que concierne al contrato de seguro, pues el artículo 5º de la L.C.S. establece: “Las ofertas de celebración, prórroga, modificación o restablecimiento de un contrato suspendido, obligarán al proponente durante el término de quince días, o el de treinta cuando fuere necesario practicar examen médico, si no se fija un plazo menor para la aceptación”.

²⁵ Cfr. DÍAZ BRAVO, Arturo, Op. Cit. p. 31.

En materia civil, de acuerdo con el artículo 1807 del Código sustantivo de referencia, advierte que las obligaciones entre ausentes se perfeccionan en el momento en el que el proponente reciba la aceptación, estando ligado por su oferta según los términos del artículo 1806 del Código civil Federal, que dice: “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”.

1.5 CAPACIDAD MERCANTIL

De acuerdo con el artículo 3° del C. Com. se reputan en derecho comerciantes:

I.- Las personas que teniendo la capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria;

II.- Las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles;

III.- Las sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de éstas, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio”.

“El artículo 3 fr. I, habla de capacidad legal sin decir lo que ésta es. En nuestra ayuda viene el artículo 5 del mismo Código, según el cual, tienen capacidad legal para ejercer el comercio, las personas que, según las leyes

comunes, sean hábiles para contratar y obligarse y a quien las mismas leyes no prohíben expresamente la profesión del comercio. La capacidad legal, a que el artículo 3, C. Com. se refiere, es una auténtica capacidad de ejercicio; esto es, la capacidad necesaria para actuar en el mundo del derecho creando, modificando o extinguiendo relaciones jurídicas”.²⁶

Debo precisar lo que debe entenderse por leyes comunes, toda vez que de acuerdo con el artículo 2º del Código de Comercio, serán aplicables de manera supletoria a falta de disposición expresa en las leyes mercantiles, las del derecho común contenidas en el Código Civil en materia federal.

Tradicionalmente se había entendido que el Código Civil aplicable era el del Distrito Federal pues hasta antes de la expedición del Código Civil Federal publicado en el Diario Oficial de la Federación del día 29 de mayo de 2000, el artículo 1º del Código Civil para el Distrito Federal tenía un claro mandamiento en el sentido de que sus disposiciones regirían en toda la República en asuntos del orden federal; sin embargo, a raíz de la expedición del Código Civil Federal, éste marca su aplicación en toda la República en asuntos del orden federal.

“...en derecho mexicano sólo es comerciante individual, la persona que tenga capacidad de actuar como tal, es decir, que tenga la facultad de contratar y obligarse por sí mismo (o por representante que nombre), o sea, la persona que tenga la llamada capacidad de ejercicio, que se manifiesta procesalmente en la facultad de reclamar el cumplimiento de los derechos (legitimación activa). o

²⁶ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. 25º ed., Porrúa S.A. de C.V., México. 2001. p. 43.

responder, directa y personalmente, del cumplimiento de las obligaciones (legitimación pasiva)”.²⁷

“Son dos los requisitos para adquirir la calidad de comerciante: 1°. Tener capacidad legal para ejercer el comercio, y 2°. Hacer del comercio su ocupación ordinaria.

La capacidad se rige por el derecho común. Quienes conforme a la Ley Civil tengan capacidad para contratar y obligarse, tendrán capacidad mercantil”.²⁸

Por su parte el Código Civil Federal en su artículo 22 dispone que la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero que desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido.

Agrega el artículo 23 del mencionado Código que la minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la personalidad jurídica, pero que los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.

Los artículos 1798, 24, 646 y 647 del Código civil Federal, definen la capacidad de ejercicio que se atribuye, en principio, a los mayores de dieciocho años que no se ubiquen dentro de los supuestos contenidos en el artículo 450 del Código referido, es decir, los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna

²⁷ BARRERA GRAF, Jorge, “El comerciante individual en el Derecho Mercantil Mexicano”, REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MÉXICO, Ed. UNAM (Facultad de Derecho), México, D.F., tomo XVIII, Núm. 71, julio-septiembre 1968, p. 522-551.

²⁸ CERVANTES AHUMADA, Raúl, Derecho Mercantil, 2° ed., Porrúa S.A. de C.V., México, 2002, p.p. 31 y 32.

afección 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 esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.

Al respecto el connotado autor Felipe de J. Tena comenta: “La industria mercantil no consiste, simple y sencillamente, en aplicar a la circulación de la riqueza el esfuerzo mecánico del hombre; el comercio se constituye, ante todo, por una serie o conjunto de actos esencialmente jurídicos, como que corresponden en su mayoría inmensa a la categoría de los contratos. Es, pues, de todo punto indispensable la capacidad jurídica para el ejercicio del comercio”.²⁹

El maestro Barrera Graf, citando al autor Mantilla Molina indica:

“De prohibiciones se habla cuando las impone el derecho positivo como sanción por una conducta anterior desordenada, o para evitar una competencia a los nacionales, como es el caso de ciertos extranjeros (lo que tendería a evitar una conducta ilícita futura); en cambio, se habla de incompatibilidades cuando se plantea una situación inconciliable entre el ejercicio habitual del comercio, o sea, una actividad reiterada, permanente, lucrativa, y ciertas funciones, generalmente de derecho público, que exigen dedicación, desinterés, atención plena, imparcialidad. Distinguimos también las prohibiciones de las incompatibilidades, siguiendo al autor Mantilla Molina, en cuanto éstas, “por derivar de la profesión de la persona, dependen de la voluntad de ésta hacerlas cesar...al paso que la

²⁹ TENA, Felipe de Jesús. Op. Cit., p.133.

prohibición se impone en virtud de circunstancias que no dependen del afectado hacer desaparecer”.³⁰

“A las incapacidades –minoría de edad y estado de interdicción- prescritas por el Cód. Civ. (arts. 23, 413 y 635), han de agregarse las siguientes limitaciones de naturaleza mercantil:

- a) La prohibición de ejercer el comercio que pesa sobre los corredores, quebrados no rehabilitados e individuos condenados en sentencia firme por delitos contra la propiedad (arts. 12-I, C. Com. Y 20-I, LFCEP);
- b) La circunscripción de las operaciones que pueden realizar las sociedades mercantiles, sólo a las inherentes a su objeto social (arts. 10 LGSM y 26 Cód. Civ.)
- c) Las taxativas impuestas por la LIE a ciertos actos y contratos celebrados por personas o unidades cuyas inversiones se consideran extranjeras por la propia ley;
- d) La prohibición a los comerciantes casados bajo el régimen de sociedad conyugal, de hipotecar o gravar los bienes de la sociedad, sin licencia del otro cónyuge (art. 9º. C. Com.).³¹

³⁰ BARRERA GRAF, Jorge. Op. Cit. p. 538-539.

³¹ DÍAZ BRAVO, Arturo. Op. Cit. p.p. 35 y 36.

1.6 EFECTOS DEL CONTRATO.

“Los efectos del contrato son las consecuencias jurídicas que dimanar de éste, efectos que se producen ordinariamente al momento mismo en que se perfecciona el contrato (nacimiento o transmisión de obligaciones y transmisión o constitución de derechos reales); pero que también se generan en ocasiones hasta que se ejecuta el contrato, como ocurre, por ejemplo, en el caso en que las obligaciones quedan sujetas a un término o a una condición...”³²

Existen cuatro efectos principales en la producción de contratos de acuerdo con la docta opinión del académico Ramón Sánchez Medal, siendo ellos, la obligatoriedad, la intangibilidad, la relatividad y la oponibilidad.³³

Respecto de la obligatoriedad, consiste ésta en el carácter obligatorio del contrato, es decir, en la fuerza vinculatoria que une a los contratantes, y que metafóricamente suele llamársele “fuerza de ley entre las partes”, lo cual debe entenderse en el sentido de que ninguna de las partes puede sustraerse al deber de observar el mismo contrato, sino que ha de cumplirlo “pacta sunt servanda”.

El segundo de los efectos deriva del primero y hace referencia a que ninguna de las partes, por voluntad unilateral puede disolver o modificar el contrato, salvo casos específicamente previstos en la ley. Lo anterior encuentra sustento en el Código Civil Federal en el artículo 1797 que literalmente expresa: “La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”.

³² SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, Op. Cit., p. 83.

³³ Cfr. Ibidem p.p. 84-90.

Algunas de las excepciones mencionadas son la revocación del mandato, la renuncia al mismo, la separación o renuncia voluntaria del socio de la asociación o de la sociedad civil, sólo por citar algunos ejemplos.

El tercer efecto es la relatividad del contrato, característica que consiste en que éste sólo aprovecha o perjudica directamente a las partes y también para ellas crea derechos u obligaciones.

Por último se encuentra la oponibilidad del contrato, en la cual se debe distinguir entre efectos directos y efectos reflejos del contrato, siendo los primeros los referidos al hablar sobre la relatividad del contrato, mientras que los segundos, son los que derivan, sobre todo de los contratos con efectos reales, toda vez que los terceros tienen que respetar las transmisiones o constituciones de derechos reales derivados de los contratos; pero también encontramos que pueden estos efectos derivar de relaciones o situaciones jurídicas creadas excepcionalmente en ciertos contratos obligatorios, como es el caso del arrendamiento por lo que respecta a lo dispuesto en el artículo 2409 del Código Civil Federal.³⁴

Lo anterior tiene fundamento en el Código Civil Federal en el artículo 1796: “...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”.

³⁴ Cfr. Idem.

1.7 LAS CLÁUSULAS EN LOS CONTRATOS.

De acuerdo con la liberalidad que existe para que las partes que celebran un contrato se obliguen, éstas pueden estipular libremente las cláusulas que den contenido a un convenio, siempre y cuando no contravengan el orden público, la ley vigente o las buenas costumbres, es decir, debe haber licitud en el contenido de las cláusulas que hallan de formar parte de un contrato.

Las cláusulas que integran un negocio jurídico, se clasifican en tres grandes grupos:

- A).- Esenciales.
- B).- Naturales.
- C).- Accidentales.

“Las estipulaciones esenciales (*essentialia negotii*) son aquellas sin las cuales el acto no puede llegar a formarse. Algunos autores señalan que el único elemento esencial del negocio jurídico es la declaración de voluntad”³⁵.

Los elementos esenciales del acto jurídico, son aquellos sin los cuales el acto no puede constituirse; al faltar la declaración de voluntad o el objeto del acto jurídico de que se trata, se considera que el acto es inexistente. Por ejemplo que es una estipulación esencial en la compraventa, la cosa vendida y el precio que las partes han fijado por ella.

Las cláusulas naturales del acto jurídico (*naturalia negotii*), son aquellos elementos propios del negocio, que aparecen normalmente en él de manera

³⁵ GALINDO GARFIAS, Ignacio, Op. Cit. p. 270.

implícita; pero pueden ser suprimidos por estipulación expresa de las partes que lo celebran, porque no son indispensables para la vida del acto mismo y su ausencia no priva a éste de efectos.

Las cláusulas accidentales son aquellas que pueden ser agregadas por las partes mediante estipulaciones expresas en cada uso; la voluntad se autolimita, sujetando los efectos del negocio jurídico de que se trata, a la presencia de aquellos elementos.³⁶

Estos elementos accidentales pueden ser el término, la condición o el modo, que constituyen lo que se conoce como modalidades de los actos jurídicos.

Un acto es puro y simple, cuando la voluntad se expresa lisa y llanamente, sin que se subordinen los efectos de la declaración a otro acontecimiento.

Un acto está sujeto a condición, cuando la eficacia o cesación de los efectos del acto, dependen de la realización de un acontecimiento futuro e incierto. Se llama condición también al acontecimiento mismo del que depende la eficacia o resolución del acto.³⁷

Respecto de la definición de condición, el maestro Gutiérrez y González explica que la definición que los “Clásicos” han sostenido es la de un acontecimiento incierto, del cual depende el nacimiento, o la resolución de derechos y obligaciones; y que dicho concepto es erróneo, pues lo correcto es emplear el término contingente, en vez del de incierto, toda vez que lo contingente es más preciso por denotar que el acontecimiento puede o no

³⁶ Cfr. *Ibidem*, p.271

³⁷ Cfr. *Ibidem*, p.p. 270-281.

sucedir, mientras que la palabra incierto por tener varias acepciones, resulta inconveniente; proponiendo entonces el siguiente concepto: “condición es el acontecimiento futuro de realización contingente, del cual depende la eficacia o la resolución de derechos y obligaciones”.³⁸

“La condición es suspensiva cuando del acontecimiento futuro, de realización incierta, depende la producción de los efectos del acto. Los efectos de la condición una vez realizada, se retrotraen al momento en que se celebró el negocio y operan en el futuro desde ese momento.

Es resolutoria la condición cuando de su realización depende que se extingan los efectos del negocio. En este caso quedan destruidos todos los efectos del acto cuando se cumple la condición resolutoria. Esta retroacción de la condición, no es necesaria, pues la naturaleza del acto no siempre lo permite, o las partes pueden estipular que los efectos cesen sólo a partir del momento en que se cumplió la condición.

...Es esencial en la condición que se trate de un acontecimiento futuro, de realización incierta, posible, lícito y estipulado por las partes”.³⁹

Efectos de la condición.- En los actos condicionales se distinguen tres momentos: 1) Cuando la realización de la condición está pendiente; 2) Cuando la condición se ha cumplido; 3) Cuando la condición no se ha realizado.

³⁸ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, Derecho Sucesorio, Editorial Porrúa, S.A., México, 1995, p. 189.

³⁹ GALINDO GARFIAS, Ignacio, Op. Cit. p. 281-282.

Si la condición pendiente es suspensiva, los efectos del negocio son inciertos, porque es posible que la condición llegue a cumplirse o pueda no cumplirse. Mientras no se tenga la certeza del incumplimiento de la condición, el deudor queda vinculado. En tanto la condición suspensiva no se ha cumplido, el acreedor puede adoptar las medidas necesarias para que no se menoscabe su derecho, si la condición llegare a cumplirse.

Si la condición es resolutoria, el negocio produce todos sus efectos como si fuera puro y simple, en tanto la condición no se cumpla.

La condición se cumple, cuando el suceso previsto se realiza. Se tiene por cumplida, si el interesado impide voluntariamente su realización. Al cumplirse la condición cesa la situación de incertidumbre y se modifica la situación anterior, por efecto de la retroactividad de la condición cumplida.

Falta la condición cuando no puede verificarse y por tanto, si es suspensiva el negocio no llegó a producir efectos, se trata de un acto inútil; si es resolutoria, quedan firmes los efectos que el acto empezó a producir, desde que se celebró.

Por cuanto se refiere al plazo o término, éste es el momento futuro, de realización cierta, en el que el acto jurídico debe comenzar a surtir sus efectos, o debe dejar de producirlos, según se trate de término inicial o término final.

El término debe ser posible futuro y cierto, aún cuando se ignore el día preciso en que llegará; basta que se tenga la certeza de que el hecho ha de llegar fatalmente.

El modo o carga es una declaración accesoria de la voluntad, que se añade a los actos de título gratuito. Por medio de él, se impone al beneficiario la obligación de realizar una prestación que debe cumplir paralelamente al beneficio recibido. Es una forma de limitar la liberalidad, imponiendo al heredero, donatario o legatario, el cumplimiento de ciertas obligaciones. El incumplimiento, no altera el acto de liberalidad, da lugar a la reparación del daño y a la ejecución forzosa.

Sin embargo, es necesario para la exigibilidad de la carga, que el beneficiado con el acto de liberalidad haya recibido la prestación con que le benefició el testador o el donante; porque la carga está anexa al acto de liberalidad. Es una obligación impuesta al gratificado; su incumplimiento no afecta la existencia del acto de liberalidad, es de ejecución coercible.

El modo debe ser posible y lícito. La imposibilidad física o jurídica y la ilicitud del hecho que debe prestar el beneficiado, convierten el acto modal en puro y simple.⁴⁰

Son de destacarse ciertas cláusulas que por su frecuente uso merecen ser mencionadas en este apartado, más no analizadas, pues no son materia del presente numeral, como son la cláusula penal, la cláusula suspensiva, la cláusula rescisoria, la cláusula de no responsabilidad, la cláusula sobre pago en determinada moneda, etc.

⁴⁰ Cfr. Galindo Garfias, Ignacio, Op. Cit. p.p. 270-281.

1.8 CAUSAS DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO.

A decir del catedrático Ramón Sánchez Medal, existen dos modos generales de terminación del contrato, siendo éstos en un sentido amplio la frustración y la extinción del mismo.

“Un contrato se frustra cuando no produce efecto a causa de hechos o circunstancias contemporáneas a la celebración del contrato (Mesineo).

Asimismo, un contrato puede extinguirse o dejar de producir efectos a causa de hechos o circunstancias supervenientes, acaecidas con posterioridad a la celebración del contrato”.⁴¹

Existe frustración del contrato en los casos siguientes:

- a) Faltando alguno de los elementos de existencia del contrato. (1794 y 2334 del Código Civil Federal);
- b) Cuando el contrato está afectado de nulidad absoluta. (objeto imposible o ilícito, o fin o motivo determinante ilícito);
- c) Cuando hay falta de capacidad en alguna de las partes;
- d) El caso de lesión en el contrato (art. 17 del Código Civil Federal);
- e) Cuando sin ser nulo el contrato, porque produce efectos con respecto a determinadas personas, es, sin embargo, ineficaz con respecto a otras personas a las que les es inoponible. Vgr. Contrato traslativo de propiedad o constitutivo de derechos reales sobre inmuebles, cuando

⁴¹ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, Op. Cit. p. 123.

el contrato no se ha inscrito en el Registro Público de la Propiedad (3007 y 3011 del Código Civil Federal).

Un contrato celebrado válidamente, que ha empezado a producir sus efectos, puede dejar de producirlos o extinguirse estos mismos a consecuencia de hechos o acontecimientos posteriores a dicha celebración y que constituyen propiamente las causas de terminación del contrato y que son básicamente las siguientes:

- a) Agotamiento natural del contrato, o lo que es lo mismo, la ejecución total de las obligaciones derivadas del mismo contrato.
- b) Vencimiento de un término o plazo.- Es el plazo establecido para la terminación de un contrato.
- c) La muerte de uno de los contratantes.- Esto ocurre generalmente en los contratos duraderos y que se celebran “intuitu personae”. Vgr. El comodato y el mandato. Puede también esta causa terminar el contrato en los casos en que haya pacto expreso en ese sentido.

Dicha causa puede establecerse directamente como hecho para la terminación de un contrato, según acontece en la renta vitalicia y en la sociedad cuando fallece el socio industrial.

- d) La incapacidad sobreviniente de una de las partes, cuando se trata de un contrato duradero e “intuitu personae” Vgr. En la prestación de servicios profesionales y en el mandato.
- e) Por desistimiento o por voluntad unilateral de una de las partes.- En esta hipótesis debe mediar la facultad otorgada por el legislador a uno de los contratantes para desistirse unilateralmente, como ocurre con el

arrendamiento por tiempo voluntario, con la renuncia o revocación del mandato, etc.

- f) Por mutuo consentimiento de las partes.- Ambos contratantes pueden ponerse de acuerdo para revocar o resolver voluntariamente el contrato celebrado.
- g) Cuando una de las partes contratantes ha sido declarada en concurso mercantil, en cuyo caso cuando se trata de contratos bilaterales pendientes de ejecución, puede la otra parte exigir al conciliador que declare si se opondrá al cumplimiento del contrato, en cuyo caso, o bien, si el conciliador no da respuesta dentro del término de veinte días, el que hubiere contratado con el comerciante declarado en concurso mercantil, podrá en cualquier momento dar por resuelto el contrato notificando de ello al conciliador. (art. 92 de la Ley de Concursos Mercantiles).
- h) Por resolución del contrato bilateral, la cual puede producirse por tres causas:

1) Por incumplimiento de una de las partes.- La regla general es que la parte perjudicada deba promover ante la autoridad judicial, por lo que dicha resolución no opera de pleno derecho. Al incumplimiento del contrato puede equipararse también el cumplimiento defectuoso o llamado también “violación contractual positiva”, cuando no hubo falta de prestación, ni atraso o mora, sino vicios, defectos o irregularidades en la prestación (art. 2027 del Código Civil Federal).

2) Por imposibilidad superveniente de las obligaciones a cargo de una de las partes en el contrato bilateral.- (art. 1949 del Código Civil Federal) No debe equipararse a la teoría general de los riesgos

cuando la cosa después de haberse transmitido por virtud del mismo contrato, se pierde por caso fortuito o fuerza mayor (art. 2017-V del Código Civil Federal). En los contratos que transfieren la propiedad de una cosa determinada o constituyen o transfieren derechos reales, la pérdida de la cosa por causa no imputable al enajenante no libera al adquirente de la obligación de ejecutar la contraprestación aunque la cosa no le hubiese sido entregada.

3) Por excesiva onerosidad superveniente.- fundada en la teoría de la imprevisión que no acoge el Código Civil Federal, que equivale a la revisión del contrato por los tribunales y ya no sólo por el legislador, cuando acontecimientos extraordinarios e imprevisibles agraven considerablemente la prestación de una de las partes.⁴²

Una vez que se han abordado de manera general los aspectos más elementales de los contratos mercantiles, se da por terminado el presente capítulo para así poder estudiar dos de las formas más importantes de terminación de contratos cuyo estudio resulta toral para el presente trabajo, y que son la resolución y la rescisión de los contratos, las que serán analizadas en el siguiente capítulo, para que una vez concluido, pueda entrarse de lleno al estudio del pacto comisorio y de los casos de dicho pacto regulados en la legislación mercantil mexicana.

⁴² Cfr. SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, Op. Cit. p.p. 123-134.

CAPÍTULO SEGUNDO.

RESOLUCIÓN Y RESCISIÓN DE LOS CONTRATOS.

2.1 RESOLUCIÓN. DEFINICIÓN Y GENERALIDADES.

La distinción entre resolución y rescisión es un tema que puede resultar algo confuso, pues ni la ley ni la doctrina han adoptado un criterio uniforme respecto de su concepto, procedencia y efectos, pues se usan dichos términos para referirse a hipótesis normativas distintas, o bien, como términos sinónimos, así existen autores que no encuentran distinción alguna entre estas figuras, como es el caso de los tratadistas José Ramón Sánchez Medal y Manuel Borja Soriano; otros que plantean diferencias en cuanto a su procedencia y despliegue de efectos, entre ellos, los autores Juan M. Farina, Miguel Angel Zamora y Valencia e Ignacio Galindo Garfias, y también existe el caso del maestro Gutiérrez y González, quien plantea que una es el género y la otra es la especie de una forma de terminación de contratos;⁴³ así las cosas procederé a explicar los conceptos de referencia.

Un contrato válidamente celebrado, cuya eficacia inicial sea indiscutible, pueden sus efectos destruirse por causas supervenientes, no al contrato en sí, sino a la relación creada por él. Esto es a lo que la doctrina italiana denomina como ineficacia superveniente del contrato y hace que caiga o se modifique el vínculo que el contrato hizo nacer y por ello, como consecuencia, deshace el contrato mismo (resolución)⁴⁴

⁴³ Cfr. MÁRQUEZ GONZÁLEZ, José Antonio, Teoría General de las nulidades, Porrúa, S.A., México, 1992, p. 314.

⁴⁴ Cfr. BRANCA Giuseppe, Op. Cit. pág. 396.

CONCEPTO. “Resolución, del latín “resolvere”, de “re” y “solvere”: soltar, desatar; es la extinción de un contrato en virtud de una estipulación expresa o implícita contenida en el mismo: la condición resolutoria”.⁴⁵ He aquí cómo este autor argentino equipara a la resolución con la condición resolutoria.

Otro distinguido autor argentino explica la resolución como una figura con efectos retroactivos y, refiere los artículos relativos dentro de la legislación argentina, “...opera en razón de circunstancias sobrevinientes, fuere en razón de la operatividad de una condición resolutoria (art. 553 y ss.), o en razón del pacto comisorio expreso o tácito (arts. 1203 y 1204)”.⁴⁶

El autor José Antonio Márquez González, cita al jurista francés CAPITANT, el cual define la resolución diciendo que se trata de una “Forma de disolver un contrato por inexecución de las condiciones o cargos, con destrucción retroactiva de sus efectos. Puede resultar de una cláusula del contrato... o de una decisión judicial... o de la ley.”⁴⁷ En este caso se observa como el autor en mención, se refiere a la resolución como una forma de terminación del contrato derivada del incumplimiento de una obligación, y haciendo mención de una nota distintiva de la resolución y que es el efecto retroactivo de la misma.

Se entiende por resolución, según el criterio del maestro Gutiérrez y González, “...UN ACTO JURÍDICO POR EL CUAL: 1°.- SE PRIVA DE SUS EFECTOS, TOTAL O PARCIALMENTE PARA EL FUTURO, A UN ACTO JURÍDICO ANTERIOR, PLENAMENTE VÁLIDO, Y 2°.- LOS EFECTOS

⁴⁵ FARINA, Juan M., *El Pacto Comisorio*, Editorial Bibliográfica Argentina, S.R.L., Buenos Aires, 1961. p. 39.

⁴⁶ ZANNONI, Eduardo A., *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, 2° edición, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L., Buenos Aires, 1996, p.130.

⁴⁷ MÁRQUEZ GONZÁLEZ, José Antonio, *Op. Cit.*, p.297.

PASADOS DE ESTE, SIENDO LÍCITOS, PUEDEN O NO QUEDAR SUBSISTENTES, SEGÚN LA NATURALEZA DEL ACTO, O LA VOLUNTAD DE LAS PARTES”.⁴⁸

“La resolución como género que es, presenta dos especies, a saber:

- I.- Resolución total;
- II.- Resolución parcial, o modificación.

La resolución cuando es total, presenta a su vez una doble clasificación:

- A.- Rescisión;
- B.- Revocación o terminación”.⁴⁹

En el caso de la rescisión, el maestro Gutiérrez y González, establece un concepto un tanto singular que cataloga a la rescisión como un caso específico del género resolución, concepto que, por cuestión de orden, trataré más adelante en el apartado correspondiente.

“La revocación ES 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

⁴⁸ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Derecho de las Obligaciones. Ernesto, Op. Cit., p. 680.

⁴⁹ *Ibidem* p.p. 680-681.

APRECIADAS EN FORMA OBJETIVA POR AMBAS, SEGÚN SEA EL CASO”.⁵⁰

Revocación común o civil, es el acto jurídico por el cual se priva de sus efectos para el futuro, a otro plenamente válido, por razones de conveniencia en el cual intervinieron sólo particulares; puede esta revocación ser: 1.- Unilateral; 2.- Bilateral; 3.- Individual; 4.- colectiva o unánime.⁵¹

La resolución parcial o modificación es un “...acto jurídico unilateral o bilateral por medio del cual se priva de algunos de sus efectos para el futuro, 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 partes, según sea el caso, y quedan subsistentes los demás efectos”.⁵²

Por su parte, los tratadistas franceses, Jean, Henri y León Mazeud, haciendo referencia a la resolución comentan: “Un contrato sinalagmático válido es susceptible de resolución por el tribunal, a instancia de una de las partes, cuando el otro contratante no cumple con sus obligaciones. Las obligaciones que había creado el contrato se encuentran entonces borradas retroactivamente”.⁵³

De la definición dada por los anteriores autores, se pueden deducir las siguientes características de la resolución:

⁵⁰ Ibidem p.682.

⁵¹ Cfr. Ibidem. p. 683

⁵² Ibidem p.685

⁵³ MAZEAUD, Jean, Henri y León, Lecciones de Derecho Civil, traduc. de la 1ª edición francesa de los títulos II, III y IV del libro I, Tomo II, por Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1969, p. 9.

- a) Se da dentro de contratos sinalagmáticos válidamente celebrados;
- b) Es necesario el incumplimiento de obligaciones de alguno de los contratantes;
- c) Se debe solicitar ante autoridad judicial;
- d) Tiene efectos retroactivos que borran las obligaciones.

Por otra parte, me parece adecuada la definición que brinda el catedrático y notario público Miguel Angel Zamora y Valencia,⁵⁴ pues hace clara distinción entre la resolución y la rescisión, explicando las características y efectos de cada figura, y citando ejemplos aplicables a la legislación mexicana; para él la resolución “...Es la terminación de un contrato o la extinción de una obligación, con efectos retroactivos, como consecuencia:

- A. De realizarse un hecho que se previó incierto en el contrato.
- B. De vencerse un plazo pactado en el contrato, o
- C. Del incumplimiento de un contrato bilateral.

Características:

- 1. Se origina por circunstancias o situaciones ajenas a la voluntad de los interesados, cuando se trata de actos condicionados; por situaciones ilícitas, como lo es el incumplimiento de las obligaciones de un deudor en un contrato bilateral o por la voluntad opcional de una persona en el caso de la aplicación del pacto de arras penitenciales.

⁵⁴ Cfr. ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel, Op. Cit., p. 473.

2. El motivo de la resolución siempre es posterior a la celebración del contrato.
3. Los efectos siempre operan retroactivamente”.⁵⁵

El catedrático italiano Roberto De Ruggiero comenta que existe un derecho de desistimiento que se concede por vía general en todos los contratos sinalagmáticos, por efecto de la condición resolutoria tácita. (En realidad confunde la condición resolutoria con el pacto comisorio tácito, como se verá mas adelante en el desarrollo de este trabajo al diferenciar ambas figuras; sin embargo, es muy útil el análisis de este autor, si se hace esta única anotación) Y así continúa exponiendo que el principio básico es una razón de equidad y deriva del Derecho consuetudinario francés que a través de las doctrinas de Pothier es consagrado en el art. 1184 del Código de Napoleón, pasando luego al 1165 del Código italiano. –y desde luego, influyendo a muchos más, entre ellos el mexicano-. Este principio se refiere a que cuando ambos contrayentes estén recíprocamente obligados, pueda cada uno de ellos, cuando el otro no cumple su obligación, optar libremente por una de estas dos soluciones: o constreñir a la otra parte a realizar la prestación o pedir la resolución del vínculo.⁵⁶

“...el Codice y la doctrina italiana son particularmente ricos en el estudio y sistematización de las figuras de resolución negocial. En efecto, los artículos 1453, 1463 y 1467 de aquel cuerpo legal precisan tres grandes causas de resolubilidad en el derecho italiano: la resolución por incumplimiento (que a su vez se subdivide en una resolución por incumplimiento propiamente dicha, la *exceptio inadimpleti contractus* y la suspensión de la prestación

⁵⁵ Idem.

⁵⁶ Cfr. DE RUGGIERO, Roberto. Op. Cit., p. 300.

debida por alteración de las condiciones económicas de la contraria), la imposibilidad superveniente y la onerosidad excesiva, asimismo sobrevinida. Con base en esta triple distinción de causas, la doctrina y la legislación clarifican tres distintos tipos de resolubilidad que lógicamente responden, aun en la denominación, a cada una de dichas motivaciones”.⁵⁷

El tratadista Ramón Sánchez Medal, al hablar de la resolución del contrato por incumplimiento de las partes, comenta: “...la resolución del contrato por incumplimiento no es propiamente la realización de una condición resolutoria, ni supone tampoco la existencia de un pacto implícito entre las partes contratantes, sino que constituye en realidad sólo un medio de tutela al derecho del contratante-acreedor que le concede directamente la ley y se traduce en un restablecimiento del equilibrio contractual, haciendo efectiva la interdependencia de las obligaciones recíprocas en los contratos sinalagmáticos durante la etapa de ejecución de los mismos, para que la falta de contraprestación haga desaparecer la prestación íntimamente ligada a aquélla”.⁵⁸

2.2 EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN

Refiriéndose a los efectos de la resolución, el autor argentino Juan M. Farina comenta que la locución latina *Ex tunc*, significa: “desde entonces”. “En Derecho se emplea esta locución cuando la revocación del dominio o la disolución del contrato produce efecto retroactivo; empleándose la locución *ex*

⁵⁷ MÁRQUEZ GONZÁLEZ, José Antonio, Op. Cit. p. 302.

⁵⁸ SÁNCHEZ MEDAL, José Ramón, La resolución de los contratos por incumplimiento, 5ª edición, Ed. Porrúa, S.A. de C.V., México, 1988, p.p. 2-3.

nunc, cuando dicho efecto no es retroactivo. En la disolución de los contratos, la resolución produce sus efectos *ex tunc*. La rescisión en cambio, los produce *ex nunc*".⁵⁹

Por su parte, el también autor argentino Eduardo A. Zannoni, comenta que la resolución implica siempre una ineficacia de futuro –*ex nunc*– del contrato como negocio o acto jurídico, pero respecto del pasado o situación ante *contractum*, puede o no importar la ineficacia del negocio, y así sucede que cuando se trata de prestaciones divisibles que, cumplidas en forma parcial, recíproca y equivalente, quedan firmes, la ineficacia no alcanza a estos efectos cumplidos. La ineficacia es sólo parcial y, por lo tanto, respecto de las prestaciones que fueron cumplidas de aquel modo, la relación contractual mantiene plenos efectos. El art. 1458 del Código Civil italiano de 1942 establece en este punto que “la resolución del contrato por incumplimiento tiene para las partes efecto retroactivo, excepto el caso de contratos de ejecución continuada o periódica, a cuyo respecto el efecto de la resolución no se extiende a las prestaciones ya cumplidas”. Además, la doctrina acepta que esta previsión se aplique a los casos en que, tratándose de prestaciones divisibles o fungibles a cargo de ambas partes del contrato, se hubiesen cumplido parcialmente y en forma equivalente antes de la resolución. Quedan fuera de la previsión los casos en que la prestación es indivisible, aunque pueda ser cumplida parcialmente. Ejemplo: si se contrató la compra de un juego de comedor, y se entregaron las sillas únicamente, no puede considerarse esa entrega parcial como prestación parcial divisible”.⁶⁰

⁵⁹ FARINA, Juan M., Op. Cit., p.18.

⁶⁰ Cfr. ZANNONI, Eduardo A., Op. Cit., p.p. 441-458.

En concordancia con lo anterior, respecto a la retroactividad de la resolución, los distinguidos autores franceses Jean, Henri y León Mazeaud, comentan que la retroactividad difiere según que el contrato sea instantáneo o sucesivo, pues en un contrato instantáneo, la resolución por incumplimiento borra el contrato, mientras que en el contrato sucesivo, la resolución no tendrá efectos retroactivos sino al día del incumplimiento. Ejemplo del primero es la compraventa ordinaria y del segundo, el arrendamiento:⁶¹

El tratadista José Antonio Márquez González, citando al doctor Salvador Darío Bergel, menciona unos principios de la resolución comunes a los contratos civiles y comerciales:

- A) Sólo rige respecto a los contratos bilaterales;
- B) Tiene efecto retroactivo;
- C) Debe existir ejecución culpable;
- D) La acción sólo se concede al contratante que sí cumplió;
- E) El incumplimiento que da base a la acción debe ser esencial y no fundarse en obligaciones accesorias;
- F) Debe declararse previamente la constitución en mora;
- G) El pago de la indemnización es subsidiario respecto a la demanda por resolución y la retroactividad reconocida a la resolución no tiene alcance real.⁶²

⁶¹ Cfr. MAZEAUD, Jean, Henri y León, Op. Cit., p. 9.

⁶² Cfr. MÁRQUEZ GONZÁLEZ. Op. Cit, p.p. 302 y 303.

La finalidad principal de la resolución del contrato bilateral por incumplimiento es dotar de una tutela completa al derecho del acreedor o contratante cumplido frente al incumplido, explica el distinguido tratadista Ramón Sánchez Medal, quien agrega que no se debe reducir esa tutela sólo a conceder al acreedor el derecho a obtener el cumplimiento forzoso de la obligación, así como el derecho a obtener el resarcimiento de daños y perjuicios causados, así que de esta finalidad protectora del derecho del acreedor dimanarán los efectos de la resolución.⁶³ Dicho autor menciona que hay tres efectos invariables de la resolución y son los siguientes:

- a) Liberar al acreedor perjudicado con el incumplimiento del deudor, de las obligaciones a cargo del propio acreedor. Lo anterior, para evitar un enriquecimiento ilegítimo del deudor incumplido que se produciría si se obligara al acreedor cumplido a continuar con la obligación a su cargo.
- b) Extinguir las obligaciones a cargo del deudor incumplido en forma concomitante a la extinción de las obligaciones del acreedor perjudicado, como una consecuencia ineludible de la reciprocidad o interdependencia de las obligaciones de ambas partes en los contratos sinalagmáticos.
- c) Resarcir el deudor incumplido al acreedor perjudicado, de los daños y perjuicios causados con el hecho ilícito del incumplimiento. Dentro de esta responsabilidad por daños y perjuicios podrían también comprenderse tanto los frutos que

⁶³ SÁNCHEZ MEDAL, José Ramón, La resolución de los contratos por incumplimiento, Op. Cit., p.119.

hubiera producido la cosa entregada por el acreedor que ha cumplido al deudor incumplido, como el deterioro o demérito experimentado por dicha cosa después de su entrega al mismo deudor y antes de la devolución de ella al acreedor que ha cumplido. Las partes pueden, de antemano, establecer las bases de la cuantificación de los daños y perjuicios (art. 2117 Código Civil Federal), salvo el caso de la compraventa que tiene al respecto normas imperativas (art. 2311 Código Civil Federal).⁶⁴

El autor antes citado, señala además un cuarto efecto de la resolución que no aparece en todos los casos de resolución, y que es *la retroactividad de la resolución*, que implica el restablecimiento de las cosas al estado anterior que existía al momento de celebrarse el contrato.

Continúa explicando que se debe advertir que hay casos en que la restitución al estado anterior al contrato o la devolución recíproca de prestaciones no es posible, lo cual ocurre cuando la prestación efectuada por el acreedor que ha cumplido consistió en un “hacer” o en un servicio realizado por él, o cuando la cosa entregada por el acreedor que ha cumplido al deudor incumplido se destruyó, se transformó, se consumió o se enajenó por este último, o cuando se trata de prestaciones de ejecución continuada o de tracto sucesivo, ya que en los casos de imposibilidad de restitución íntegra de las cosas o de devolución de prestaciones recíprocas, la solución que se impone es la restitución “por equivalente”, que equivale a la entrega por parte del deudor incumplido de una suma de dinero de igual valor pecuniario a la prestación imposible de devolver, en substitución de la misma, o bien, se lleva a cabo

⁶⁴ Cfr. *Ibidem*, p.p. 119-120.

también, aunque no sea en dinero, en aquellos casos en que las cosas objeto de las prestaciones realizadas son cosas genéricas o bienes fungibles.⁶⁵

Al consistir la resolución del contrato bilateral por incumplimiento en la recíproca restitución de las prestaciones que se hubieran realizado, además de la condena del deudor incumplido a pagar los daños y perjuicios a la otra parte, este principio resulta escueto y demasiado general, al aplicarse a cada caso en particular, pues al matizarse puede dar lugar a cuestiones complejas, como son los problemas de la devolución de frutos, la erogación de los gastos de administración, el de la suerte que deban correr los actos de dominio y los actos de administración que con respecto de las cosas entregadas se hubiesen realizado antes de la resolución del contrato, y el de los daños y perjuicios que se hubieran ocasionado con motivo de las cosas objeto del contrato.

Por lo tanto, una postura tan radical como el completo restablecimiento del estado de cosas anterior al contrato resuelto y la consiguiente obligación de restituir todos los frutos producidos durante el periodo intermedio entre la celebración del contrato y la resolución del mismo, no podría admitirse, ya que ni siquiera la retroactividad real absoluta, que produce efectos contra terceros a partir del momento de la inscripción de la cláusula resolutoria en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, llega al extremo de exigir como consecuencia la restitución de frutos y la anulación de todos los actos de administración.

⁶⁵ Cfr. *Ibidem* p. 121.

Por otra parte, si la cosa que recibió el contratante incumplido ya pereció, tal pérdida debe sufrirla a su perjuicio dicho deudor incumplido que la tenía en su poder.

La retroactividad de la resolución produce normalmente sus efectos entre las partes, y lo más justo y racional es que esos efectos no alcancen a los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso. Lo anterior encuentra su fundamento jurídico en la necesidad de dotar de seguridad a las transacciones y evitar que los bienes queden prácticamente inmovilizados ante el temor de que las operaciones sobre los mismos estén expuestas siempre a perder la validez aparente con que se presenten. Además, dicho principio general con las salvedades que impone el Registro Público de la Propiedad, encuentra apoyo en los artículos 1950, 1951, 2300, 2310, y 3003 del Código Civil Federal, así como también de los preceptos que regulan los actos celebrados en fraude de acreedores en los artículos 2163 a 2165, 2168 y 2169 del Código referido.⁶⁶

2.3 DIFERENCIAS CON FIGURAS AFINES

1.- Para el tratadista Manuel Borja Soriano las palabras resolución y rescisión son sinónimas, pues así están empleadas generalmente en los códigos civiles de 1884 y de 1928 en numerosos artículos de ambos códigos colocados en la reglamentación de los contratos civiles.⁶⁷

⁶⁶ Cfr. *Ibidem*, p.p. 120-129.

⁶⁷ Cfr. BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, 16ª ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 2000, p.490.

En el mismo sentido, el autor Sánchez Medal, considera que la resolución y la rescisión deben considerarse como sinónimos, toda vez que en el proyecto de Código Civil de 1928, así como en el Capítulo Segundo del Título Cuarto que tenía como rubro “De la rescisión de las obligaciones” –y que finalmente no fue incluido por razones no explicadas en el texto final del Código Civil para el D.F. en materia común y para toda la República en materia federal-, y aún en el Código Civil Federal vigente se emplea la palabra “resolución”, aplicada a la resolución del contrato por incumplimiento (art. 1787 del proyecto y art. 1949 del Código Civil Federal vigente), como sinónimo de “rescisión”, según puede afirmarse en diversos preceptos (arts. 2269 del proyecto y 2300 del Código Civil Federal vigente y arts. 2465 del proyecto y 2489 del Código referido), al igual que también es de advertir que en el artículo 2011 del proyecto se equiparan expresa y directamente los efectos de la “rescisión” o “resolución” del contrato sinalagmático por incumplimiento, a los efectos que estableció para el caso de nulidad de un contrato bilateral el artículo 2000 del mismo proyecto, artículo que concuerda en su texto con el del artículo 2240 del vigente Código Civil Federal.⁶⁸

2.- La resolución se diferencia de la nulidad y la anulabilidad, porque éstas se originan en hechos anteriores o contemporáneos a la formación del contrato y tienen su fundamento en la existencia de vicios que lo hacen inválido ab initio. Esta observación es aplicable a la rescisión por lesión que consagra la legislación de varios países.⁶⁹

3.- Se diferencia de la rescisión por mutuo disenso, por cuanto éste es el medio por el cual las partes de común acuerdo ponen fin a un contrato existente y válido. Así mismo, se diferencia de la rescisión por mutuo disenso y de la

⁶⁸ Cfr. SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, La resolución de los contratos por incumplimiento. Op. Cit., p.p.54-56.

⁶⁹ Cfr. FARINA. Juan M.. Op. Cit., p. 39.

revocación, en cuanto estas últimas tienen su base en un acto de voluntad de las partes, posterior a la formación del contrato la primera, o en una disposición legal que otorga tal facultad, independiente de toda estipulación contractual, en la segunda..⁷⁰

2.4 RESCISIÓN. DEFINICIÓN Y GENERALIDADES

DEFINICIÓN. “La rescisión actúa como causa de extinción de los contratos, deshaciendo un vínculo contractual existente y válido.

Rescindir. (del latín “rescindere” de “re” y “scindere” rasgar). Significa en términos comunes, deshacer un contrato”.⁷¹

El prestigiado autor italiano Francesco Messineo dice que: “En general, la rescisión es el modo de quitar valor (retroactivamente: ex tunc) a un negocio (válido en sí) a causa de una desproporción o desequilibrio económico de una cierta importancia (lesión, o sea, daño económico) que el mismo crea entre los participantes en el negocio o bien, a causa de la iniquidad en daño de una de las partes, que está ínsita en el negocio, pero con el concurso de otros requisitos específicos”.⁷²

Dentro de la doctrina argentina, el prestigiado autor Eduardo A. Zannoni, dice que la rescisión se identifica con el distracto en los términos del art. 1200 del Código Civil argentino, aunque en esa norma se alude, impropiaemente, a

⁷⁰ Cfr. *Ibidem*, pág. 39 y 40.

⁷¹ *Ibidem*, p. 21.

⁷² MESSINEO, Francesco, Manual de Derecho Civil y Comercial, tomo II, Edit. EJE A. S.A. Buenos Aires, 1954, 1955, p.505.

revocación, que es siempre un acto unilateral, en tanto que el distracto, es un acto bilateral extintivo que requiere el mutuo consentimiento de quienes, en su momento lo otorgaron, pues lo que el consensus puede hacer, el contrario consensus puede destruir. Art. 1200 del Código Civil Argentino: *“las partes pueden por mutuo consentimiento extinguir las obligaciones creadas por los contratos, y retirar los derechos reales que se hubiesen transferido; y pueden también por mutuo consentimiento revocar los contratos, por las causas que la ley autoriza”*. Continúa explicando dicho autor que las partes del negocio pueden prever que una de ellas, o ambas, pero en todo caso, unilateralmente, podrán en el futuro dejar sin efecto el negocio, tratándose de una facultad “ex nunc”, en cuanto a la eficacia vinculante del negocio, siendo entonces una rescisión unilateral convenida con efectos para el futuro, operante respecto de actos de tracto sucesivo⁷³

El distinguido autor argentino, Juan M. Farina, dice que la rescisión presenta alguna similitud con la resolución y con la nulidad, y por ello, lo mismo en Argentina que en la legislación extranjera, - y entre ellas, México, como se estudió al tratar la resolución- se utiliza a veces impropriamente la palabra rescisión en el sentido de resolución y también de nulidad; encontrando que esto sucede frecuentemente también en la doctrina y jurisprudencia argentina.⁷⁴

Para que se produzca la rescisión del contrato, continúa explicando dicho autor, la ley argentina exige en su artículo 1200, el consentimiento de las partes: *“Las partes pueden por mutuo consentimiento extinguir las obligaciones creadas por los contratos”*.

⁷³ ZANNONI, Eduardo A., Op. Cit., p. 128-129.

⁷⁴ Cfr. FARINA M. Juan, Op. Cit., pág. 21.

Este mutuo consentimiento o mutuo disenso, conocido también así en doctrina, se funda en el principio de que lo que el contrato produce, el distracto puede dejar sin efecto, por la recíproca conveniencia de las partes derivada de motivos sobrevinientes.⁷⁵

“El mutuo disenso constituye la retractación bilateral de un contrato, mediante un nuevo contrato, de contenido igual y contrario y celebrado entre las mismas partes, debiendo revestir para su validez, igual forma que la exigida para el contrato originario”.⁷⁶

El jurista Márquez González cita al autor Puig Peña quien señala: “la rescisión es un caso particular de la anulabilidad: la doctrina entiende por tal aquella situación que se produce cuando un contrato es anulable por causa de lesión, es decir, cuando ha habido un evidente perjuicio económico para alguien”. Mientras que su compatriota De Los Pozos dice: La rescisión es una forma de ineficacia de los actos jurídicos motivada por la lesión o el perjuicio que aquéllos pueden causar a los otorgantes y a los terceros. Supone, pues, la rescisión un contrato o negocio válidamente celebrado y una lesión o un perjuicio para alguien.⁷⁷

Sobre el mutuo disenso el autor Ramón Sánchez Medial comenta: “es éste un modo general de poner fin a cualquier contrato, sin embargo, no en todos los casos es plenamente eficaz el consentimiento de ambas partes para dejar del todo sin efecto a un determinado contrato, toda vez que cuando se trata de contratos traslativos de propiedad o de otros derechos reales, es necesaria, además, una

⁷⁵ Cfr. FARINA M. Juan, *Ibidem* p.p. 21 y 22.

⁷⁶ *Ibidem* p. 23.

⁷⁷ MÁRQUEZ GONZÁLEZ, José Antonio. Op. Cit., p.310.

nueva retransmisión para volver las cosas al estado que guardaban antes de la celebración del contrato, siendo de advertir que a dicha retransmisión pueden oponerse de manera insuperable los derechos que durante el periodo intermedio hubieran adquirido los terceros sobre los bienes objeto del contrato en cuestión”.⁷⁸

La rescisión por mutuo disenso se produce sin necesidad de pronunciamiento judicial, por la sola voluntad de las partes, en cambio la rescisión por lesión, señala el autor argentino Juan M. Farina, no está contemplada en la legislación argentina, no obstante la lesión es causa de rescisión de contratos en varias legislaciones y tiene sus orígenes en el derecho romano, consagrándola el código civil francés, el alemán y el italiano, entre otros.⁷⁹

Por cuanto hace a la rescisión por lesión, el Código Civil para el Distrito Federal, en materia común, y para toda la República en materia Federal de 1928, -actualmente Código Civil Federal- establecía en el artículo 17 en su texto original: “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 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.” Sin embargo, por decreto publicado en el Diario Oficial de 27 de diciembre de 1983, en vigor a partir del 1º de octubre de 1984, se reformó el artículo transcrito, estableciéndose: “...el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del

⁷⁸ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. La resolución de los contratos por incumplimiento. Op. Cit., p.p.69 y 70.

⁷⁹ Cfr. *Ibidem* p.p. 23-32.

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”.

Respecto de la reforma mencionada, el maestro Manuel Borja Soriano⁸⁰ explica que la palabra rescisión estaba tomada en el texto anterior como sinónimo de nulidad, de acuerdo con el artículo 2228 del Código Civil en comento, el cual establece: “...el error, el dolo, la violencia, la lesión, y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo”. Además, la reforma hace sentido en tanto que el artículo 17 de nuestro Código de 1928 está inspirado en los artículos 21 del Código Suizo de las Obligaciones y 138 del Código Civil Alemán. Al respecto, el artículo 138 del código alemán señala: “un acto jurídico que ataca las buenas costumbres es nulo. Es nulo, un acto jurídico por el cual alguno, explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de otro, obtiene para él o para un tercero, que en cambio de una prestación, se prometan o se suministren ventajas patrimoniales que excedan del valor de la prestación, de tal suerte que, teniendo en cuenta las circunstancias, estas ventajas estén en desproporción chocante con relación a la prestación”. Por ello, con mayor claridad, la reforma de el año de mil novecientos ochenta y tres señala que el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, substituyendo el término rescisión por el de nulidad. Faculta además el texto nuevo, de manera clara y expresa, para exigir, en caso de que se generen, el pago de los correspondientes daños y perjuicios.⁸¹

⁸⁰ BORJA SORIANO. Manuel, Op. Cit., p.237.

⁸¹ Cfr. Ibidem p.p. 234-237.

Con lo anteriormente expuesto, la reforma hace sentido con el artículo 2228 del Código Civil Federal, produciendo la lesión la nulidad relativa del acto, acción prescriptible transcurrido un año.

Por su parte el maestro emerito Ignacio Galindo Garfias comenta respecto al tema: “La rescisión tiene lugar en los negocios bilaterales y onerosos, cuando una de las partes por efecto del negocio jurídico, ha sufrido una lesión patrimonial notoriamente desproporcionada a lo que él por su parte se obligó. En nuestro derecho (art. 17 Código Civil Federal) se requiere además que la desproporción o desequilibrio burdo entre lo que se da y lo que se recibe, haya sido originado por la suma ignorancia de la víctima de la lesión.

Nuestros Tribunales y la SCJ, en algunas ejecutorias, emplean el vocablo rescisión para referirse a casos de resolución de contratos por incumplimiento, afirmando que (Informe 1975, segunda parte, tercera sala, p.64) la rescisión: “produce sus efectos no sólo para el tiempo venidero sino con alcance retroactivo...y el retorno al estado anterior al vínculo contractual deshecho por modo resolutivo...etc.”.⁸² De la misma manera tratándose de la resolución del contrato de arrendamiento tan alto tribunal no duda en emplear la voz rescisión para extinguir la resolución contractual por incumplimiento (Apéndice 1975, cuarta parte, tercera sala, tesis 56, p. 124 y tesis 91, p. 268).

El profesor emérito, Ignacio Galindo Garfias reitera su posición, al referirse a la lesión diciendo que ésta no es una acción de nulidad, sino de rescisión, a pesar de que el Código Civil Federal, incluya a la lesión como causa

⁸² GALINDO GARFIAS, Ignacio, Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano P-Z, 1ª ed., Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 2001, p.p. 3331-3332.

de nulidad.⁸³ El mismo jurista comenta que el aspecto tutelar de rescisión frente a la lesión económica que sufren quienes intervienen en un acto jurídico aparece también en el derecho sucesorio, en las “particiones que pueden rescindirse o anularse por las mismas causas que las obligaciones” (art. 1788 CC). Pero hace la observación de que en el precepto legal aludido se distingue nítidamente la rescisión de la nulidad, aunque ello no obsta para que el legislador en el art. 2230 del Código Civil., incida en el error de incluir a la lesión entre las causas de nulidad de los actos jurídicos.⁸⁴

“Esta confusión de lenguaje es frecuente, así en la teoría como en la práctica. Y no, se trata sólo de una cuestión de simple terminología; el tratamiento de situaciones diferentes y de efectos jurídicos distintos, exige el empleo de un vocabulario adecuado, también distinto que servirá para marcar la diferencia sustancial de conceptos. Tal vez el origen de esta deplorable confusión se encuentre en el derecho francés. En efecto, Bonnecase en su Suplemento al Tratado de derecho civil de Baudry-Lacantinerie dice que: “la rescisión por lesión y la reducibilidad por exceso, en su aplicación a los menores, integran la teoría de las nulidades y se relacionan con las nulidades que dependen de la apreciación del juez, al paso que la rescisión o lesión cuando se aplica a los mayores en la participación o en la venta de inmuebles, se incorpora a las nulidades de estricto derecho”⁸⁵

De allí fue tomado el concepto de rescisión por los códigos mexicanos de 1870 y 1884, en los que es sabido tenía una aplicación reducida al contrato de

⁸³ Cfr. GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho Civil, Op. Cit., p.234.

⁸⁴ Cfr. GALINDO GARFIAS, Ignacio, Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, Op. Cit., p. 3332.

⁸⁵ Idem.

compraventa y a la partición, sistema que difiere enteramente del que adoptó el Código Civil de 1928 en vigor, extendiendo en el a. 17 a todos los contratos onerosos la posibilidad de ser rescindidos por lesión.⁸⁶

Por cuanto hace a la materia mercantil, cabe aclarar, que no opera la rescisión por lesión, habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 78 del C. Com., el cual indica: “En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse...” además de lo dispuesto en el art. 385 del Cód. Com. que a la letra dice: Las ventas mercantiles no se rescindirán por causa de lesión; pero el perjudicado, además de la acción criminal que le compete, le asistirá la de daños y perjuicios contra el contratante que hubiese procedido con dolo o malicia en el contrato o en su cumplimiento.

Respecto de la rescisión unilateral, el autor argentino Juan M. Farina, puntualiza: “si una de las partes declara rescindido el contrato en forma unilateral, su comportamiento equivale al incumplimiento y por ello la contraparte puede reclamar directamente el resarcimiento de los daños causados por esa declaración con la sola demostración de su arbitrariedad, sin necesidad de reclamar a su vez, resolución por culpa del co-contratante.”⁸⁷

Para el autor Gutiérrez y González, a la rescisión también se le conoce con el nombre de pacto comisorio, y opera siempre de pleno derecho.⁸⁸

⁸⁶ Cfr. *Ibidem*, p.p.332-333.

⁸⁷ FARINA M. Juan, *Op. Cit.*, p.p. 28 y 29.

⁸⁸ Cfr. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, *Op. Cit.*, p.643.

El autor en comentario expone la siguiente definición sobre el tema: “RESCISIÓN.- LA RESCISIÓN ES UN ACTO JURÍDICO UNILATERAL, POR EL CUAL SE LE PONE FIN, SALVO QUE LA LEY LO PROHIBA, DE PLENO DERECHO “IPSO JURE” –SIN NECESIDAD DE DECLARACIÓN JUDICIAL- A OTRO ACTO, BILATERAL, PLENAMENTE VÁLIDO, POR INCUMPLIMIENTO CULPABLE, EN ESTE, IMPUTABLE A UNA DE LAS PARTES”⁸⁹

Al analizar este concepto proporcionado por el maestro Gutiérrez y González, se aprecia que para él, el incumplimiento culpable es elemento esencial dentro de la rescisión, situación que contrasta con la definición que sobre dicha figura jurídica vierten otros autores, como es el caso del jurista Miguel Angel Zamora y Valencia, en donde la rescisión se origina por causas lícitas posteriores a la celebración del contrato, ya sea por distrato o por causas permitidas por la ley o por un pacto contenido en un contrato; contrasta además en el sentido de que la rescisión, según criterio del catedrático Gutiérrez y González, puede o no operar retroactivamente, mientras que otros autores, como es el caso del catedrático y notario público antes mencionado, Miguel Angel Zamora y Valencia, expone que los efectos de la rescisión sólo se operan hacia el futuro; por ello transcribo a continuación lo expuesto por este último autor:

“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

⁸⁹ Ibidem p.636.

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.

Características:

1. Se origina por causas o situaciones lícitas posteriores a la celebración del contrato.
2. Se requiere el ejercicio de una o de ambas voluntades libres, esto es no forzadas mediante una acción jurisdiccional.
3. Los efectos sólo se operan hacia el futuro”.⁹⁰

Es interesante analizar las posturas que toman los dos juristas mexicanos recién mencionados, sin embargo, ni el maestro Gutiérrez y González, ni el respetable notario Zamora y Valencia, explican cómo llegaron a la conclusión de que la rescisión tiene las características que ellos plantean, únicamente mencionan categóricamente en que consiste la figura, contrastando fuertemente los matices que cada uno le otorga, no sólo entre sus respectivos puntos de vista, sino con la doctrina extranjera y con el mismo código, pues éste, como ya se vió, confunde a la rescisión con la resolución.

2.5 ANULACIÓN Y RESCISIÓN

Conviene ahora hacer distinción entre estas figuras, lo cual haré siguiendo la doctrina italiana, cuya profundización en el tema es mas basta que en la mayoría de los países.

⁹⁰ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel. Op. Cit. p. 461.

Las obligaciones pueden extinguirse mediante el ejercicio de acciones que tienen por objeto la anulación de las relaciones obligatorias o su rescisión cuando falte en ellas alguno de los requisitos necesarios para su validez, o cuando, sin que adolezcan de vicio que las invalide, impliquen lesión para el obligado. Para el primer caso se dan las acciones de anulación y para el segundo, las de rescisión (arts. 1300, 1311, 1038, 1529, 1530 y otros del Código italiano).

Para entender mejor el tema, conviene aclarar la determinación de los conceptos de nulidad, anulabilidad y rescisión. Poco claro es el sistema seguido por el legislador (pues prescindiendo de las causas históricas y tradicionales que lo justifiquen) quien habla solamente de la acción de anulación de las obligaciones como modo de extinción de las mismas, usando indistintamente los términos “acción de nulidad” y “acción de rescisión”, y prescindiendo de la distinción de ambas, originándose graves confusiones que repercuten en la doctrina, y en la jurisprudencia. Basta recordar, que de la nulidad del negocio debe distinguirse su anulabilidad, y de ambas su rescindibilidad. Nulo es el negocio en que falta uno de los elementos esenciales para su existencia jurídica, por lo que se designa también inexistente y radicalmente nulo; anulable es aquel que reúne todos los requisitos esenciales para su existencia, pero que carece de alguno de los indispensables para su validez por razón de un vicio que afecte a aquellos elementos. Rescindible es aquel cuyos elementos esenciales para su existencia y validez no están afectados de vicio alguno; pero como quiera que produce una lesión, puede ser impugnado y rescindido para impedir ésta.

En el caso de la relación nula, la acción tendrá por objeto conseguir el reconocimiento de su inexistencia. No puede haber extinción de la obligación

sino en aquellas que siendo jurídicamente existentes pueden ser invalidadas y rescindidas; y éste es el fin de las acciones de anulación y de rescisión.

La acción de rescisión tiene naturaleza judicial, finalidad y caracteres distintos de la acción de anulación: (1) Su supuesto es una obligación válida (2) que produce lesión: su objeto no es hacer nulo el negocio, sino el rescindirlo para impedir el efecto lesivo; así que, en definitiva, funciona como una restitución al primitivo estado. Esta acción corresponde a la parte lesionada y a sus herederos; en tanto no se ejercite, deja subsistentes los efectos jurídicos del negocio rescindible, exigiendo entonces una declaración judicial; y por último, está sujeta a prescripción.

DIFERENCIAS: La rescisión no anula todos los efectos jurídicos producidos por el negocio, ni perjudica a los terceros que hayan adquirido derechos en los inmuebles con anterioridad a la transcripción de la demanda de rescisión; por otra parte, es posible paralizar los efectos restitutorios de la acción rescisoria reparando la lesión, pagando el suplemento hasta el justo precio o hasta abonar la justa parte al copartícipe; remedio inútil para sanar el acto anulable: y por último, mientras el acto anulable puede ratificarse mediante la confirmación, ésta no puede aplicarse al acto rescindible por lesión, porque es contradictorio el sanar un acto jurídico válido.⁹¹

2.6 EFECTOS DE LA RESCISIÓN.

La consecuencia inmediata de la rescisión, es la declaración de que ambas partes deban restituirse las prestaciones recibidas. El comprador recibe intereses

⁹¹ Cfr. DE RUGGIERO, Roberto, Op. Cit. p.p. 242-246

legales sobre la parte del precio que haya pagado y el vendedor tiene derecho al pago de un alquiler por el uso de la cosa y una indemnización por el deterioro que eventualmente haya sufrido. Con relación a terceros, la rescisión no tiene efectos siempre que hayan obrado de buena fe.⁹²

La locución clásica “ex nunc” es una expresión latina que significa: desde ahora, de hoy en adelante, desde este día. En Derecho se emplea esta locución para referirse a los efectos de la disolución de los contratos y de la revocación del dominio. En la disolución de los contratos la rescisión produce efectos ex nunc.

La revocación ex nunc, es decir, aquella que por excepción, se opera sin retroactividad con respecto a terceros, deja subsistentes las enajenaciones efectuadas, así como las servidumbres e hipotecas que pueda haber constituido el propietario a quien se le revoca el dominio.

En todos los casos la extinción de las obligaciones y el retiro de los derechos reales que el contrato rescindido había hecho nacer, no actúan retroactivamente sino sólo para el futuro, tiene efectos ex nunc, por lo que tratándose de contratos de ejecución continuada o periódica, la rescisión no perjudica lo que ha sido ejecutado.

Por otra parte, los derechos del tercero subadquirente, obtenidos antes, quedan inalterados; los efectos del contrato ya realizado entre las partes (y por lo tanto, el derecho de disposición del causante del tercero) no son afectados por la rescisión.

⁹² Cfr. MÁRQUEZ GONZÁLEZ, Op. Cit., p.p. 312 y 313.

Cuando la rescisión del contrato de compraventa es la consecuencia del mutuo consentimiento de las partes, para que pueda “generar” una acción por daños y perjuicios, es menester que se haya dejado expresa constancia de tal reserva.⁹³

El maestro Gutiérrez y González, hablando de los efectos de la rescisión comenta que ésta puede o no destruir retroactivamente los efectos del acto según la naturaleza de éste, al constatarse el hecho ilícito del incumplimiento que da base a la rescisión, y ejemplifica diciendo que en el caso de compraventa los efectos podrán ser retroactivos, pero no podrán serlo en el caso de que el arrendador rescinda el contrato por falta de pago, pues no podría el arrendatario devolver el uso que hizo de la cosa.

Menciona además que la rescisión –ó pacto comisorio- opera ipso jure en Derecho mexicano, basándose para ello en que los Códigos civiles de 1870 (art. 1537) y de 1884 (art. 1421) expresamente exigían acudir a la autoridad judicial para obtener la resolución por incumplimiento del contrato bilateral, en tanto que el Código actual (art. 1949) ya no impone ahora expresamente tal exigencia.⁹⁴

En desacuerdo con lo dicho por el autor antes mencionado, el distinguido maestro Ramón Sánchez Medal cita al jurista Borja Soriano, quien expone: “Este argumento no es convincente, pues además de que implica una interpretación contraria a los antecedentes históricos de la cláusula resolutoria implícita y de que entraña sin ningún fundamento la supresión del derecho de la parte perjudicada a elegir entre la ejecución forzada del contrato o la resolución del

⁹³ Cfr. FARINA M. Juan, *Op. Cit.* p.p. 36 y 37.

⁹⁴ Cfr. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *Derecho de las Obligaciones*, *Op Cit.*, p.681-694.

mismo, no es de aceptarse de ninguna manera, dado que el contraste literal que se advierte en este punto entre los Códigos anteriores de 1870 y 1884, por un lado, y el Código actual de 1932, por otra parte, puede interpretarse satisfactoriamente en el sentido de que aquellos dos Códigos derogados no permitían el pacto comisorio expreso, sino que siempre exigían la intervención judicial, mientras que el Código vigente de acuerdo con la libertad contractual autoriza de cierto a prescindir de tal intervención judicial, mediante el pacto comisorio expreso o el plazo esencial concedido a una de las partes para cumplir con el contrato”.⁹⁵

2.6 FIGURAS AFINES. DIFERENCIAS.

1.- La rescisión se distingue de la nulidad:

a) Por cuanto que la rescisión se basa en la existencia de un perjuicio, mientras que la nulidad se funda en un vicio o defecto de los elementos integrantes del contrato.

b) Por cuanto hace a su eficacia, la acción de nulidad no se neutraliza con el ofrecimiento de una indemnización, mientras que en la rescisión sí.

c) La acción de nulidad se extingue por la confirmación del acto anulable –es decir-, siempre que se trate de una nulidad de características relativas-, en tanto que ello no sucede en el caso de la rescisión.

⁹⁵ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, La resolución de los contratos por incumplimiento. Op. Cit. p.57.

d) La nulidad es acción principal, mientras que la rescisión ostenta un carácter subsidiario, sólo utilizable a falta de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio.⁹⁶

2.- “La rescisión por mutuo disenso no constituye una renuncia, diferenciándose así de la remisión de la deuda”⁹⁷

3.- Jean, Henri y León Mazeaud, refieren que la rescisión se distingue de la revocación, en que “...éste término suele utilizarse cuando la supresión de los efectos del contrato emana del acuerdo de las mismas partes, y recae sobre un contrato cuyo cumplimiento no ha comenzado. Por el contrario, se habla con preferencia de rescisión, ya sea cuando la supresión de los efectos del contrato se impone por el legislador o el juez, ya sea porque, aun siendo amistosa, pone fin a los efectos de un contrato que estaba en curso de cumplimiento”.⁹⁸

4.- Se diferencia del pacto comisorio, en que éste constituye un medio otorgado al contratante de buena fe, contra el contratante que no cumple con su obligación. La rescisión unilateral por lesión procede en cambio, como medio autónomo al perjuicio sufrido por una de las partes, debido al desequilibrio entre las prestaciones.⁹⁹

“El problema se presenta en forma mucho más aguda cuando se trata de diferenciar entre los fenómenos de rescisión y resolución, donde autores como SPOTA, HEADRICK, BORJA SORIANO Y SÁNCHEZ MEDAL no encuentran

⁹⁶ Cfr. MÁRQUEZ GONZÁLEZ, José Antonio, Op. Cit., p.313.

⁹⁷ Cfr. FARINA, Juan M., Op. Cit., p. 23.

⁹⁸ MAZEAUD, Jean, Henri y León, Op. Cit. p. 10.

⁹⁹ FARINA, Juan M., Op. Cit. p. 36.

distinción alguna, en tanto que GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ consigna una relación de género a especie y otros autores como FARINA, DARÍO BERGEL, QUINTEROS, PUIG BRUTAU, MORELLO, BETTI, ÁLVAREZ, MARESCA, ZAMORA Y VALENCIA Y GALINDO GARFIAS plantean diferencias importantes en orden a sus causas de procedencia y despliegue de efectos –los cuales, en algunos casos, se apoyan en el criterio recientemente modificado en México de la lesión como causa específica de rescisión -”¹⁰⁰

Con lo expuesto en este capítulo, se puede apreciar la confusión que impera en la doctrina y en la ley respecto a los conceptos de resolución y rescisión, así como en lo referente a su procedencia y efectos, sin embargo, con el estudio realizado en este apartado, sostengo que se tienen elementos suficientes para diferenciar claramente ambas figuras, así como sus causas de procedencia y efectos, por lo que remito a las conclusiones plasmadas en este trabajo para sustentar lo recién dicho.

Considero que habiéndose abordado las figuras jurídicas de terminación de contrato que fueron objeto de estudio del presente capítulo, y que son indispensables para la cabal comprensión de esta tesis, se está en condiciones para efectuar el análisis del punto principal de este trabajo: El pacto comisorio.

¹⁰⁰ MÁRQUEZ GONZÁLEZ, Op. Cit., p. 314.

CAPÍTULO TERCERO

PACTO COMISORIO.

En el presente capítulo pretendo realizar un estudio del pacto comisorio en varias vertientes: histórica, doctrinal, legal y de Derecho comparado, que permitan tener una visión integral de dicha figura jurídica, para que, llegado el momento de analizar su constitucionalidad a la luz de ciertos casos prácticos, cuente con suficientes conocimientos en la materia para asumir una postura sobre el particular.

3.1. DEFINICIÓN.

Etimológicamente, la acepción *pacto comisorio* se forma con los vocablos latinos *pacto* que significa estipulación y *comisorio* que denota lo obligatorio o válido por determinado tiempo u ofrecido para cierto día.¹⁰¹

Doctrinalmente, el jurista José María Abascal Zamora afirma que el pacto comisorio “es la llamada, también, condición resolutoria de las obligaciones sinalagmáticas en caso de incumplimiento que, aunque no se exprese, consagra el artículo 1949 del Código Civil, según el cual 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...”¹⁰²

¹⁰¹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, Op. Cit., p. 645.

¹⁰² ABASCAL ZAMORA, José María, “Pacto Comisorio”, Vid. *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo IV, 10ª ed., Porrúa, México, 1996, p. 2303.

Comentando la opinión del citado autor, debo decir que si bien este autor establece con exactitud el fundamento legal del *pacto comisorio*, pienso que confunde, erróneamente, esta figura con la condición resolutoria, pues como lo analizaré posteriormente en este mismo capítulo, son distintas. Asimismo, propiamente no define lo que es el pacto comisorio, limitándose a hacer una transcripción literal del artículo 1949 del Código Civil Federal, aplicable supletoriamente en materia mercantil.

El jurista Sergio Azúa Reyes comenta respecto al *pacto comisorio*: “... los contratantes pueden estipular válidamente que la rescisión opere de pleno derecho, es decir automáticamente, para el caso de que uno de ellos no dé cumplimiento a lo estipulado...”¹⁰³

El maestro Ernesto Gutiérrez y González, por su parte, define al *pacto comisorio* (al que también llama *rescisión*) como “un acto jurídico unilateral, por el cual se le pone fin, salvo que la ley lo prohíba, de pleno derecho – ipso jure – sin necesidad de declaración judicial, a otro acto bilateral plenamente válido, por incumplimiento culpable en éste, imputable a una de las partes”.¹⁰⁴

Analizando la definición planteada por el citado jurista, encuentro que el pacto comisorio reviste las siguientes características:

A) Consiste en una manifestación unilateral de la voluntad de una de las partes contratantes, que por regla general procede, excepción

¹⁰³ AZÚA REYES, Sergio T., *Teoría General de las Obligaciones*, 2ª ed., Porrúa, México, 1992, p. 283.

¹⁰⁴ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*. Op. cit., p. 686.

de aquellos casos en que no lo permite y que posteriormente explicaré.

B) No requiere de declaración judicial, bastando con que se notifique a la contratante incumplida sobre su voluntad de hacer valer el pacto comisorio, para que surta sus consecuencias legales.

C) Requiere que una de las partes contratantes incumpla con sus obligaciones y que le sea imputable, es decir, que no haya sido motivado por fuerza mayor o caso fortuito.

De tal suerte, el pacto comisorio “no constituye sino un atentado muy soportable al principio de fuerza obligatoria del contrato, y lo es más por cuanto se justifica en algunos contratos...”¹⁰⁵

Dentro de la doctrina argentina, el jurista Juan M. Farina, brinda la siguiente definición: “Pacto comisorio es la cláusula por la cual cualquiera de las partes contratantes, o una de ellas, pueden optar por la resolución del contrato si el otro contratante no cumple la obligación u obligaciones que contrajo”¹⁰⁶

Por su parte, el maestro Arturo Díaz Bravo, cree que “...el pacto comisorio es una dación en pago, sujeta a condición suspensiva.”¹⁰⁷

Por último, para el catedrático Ramón Sánchez Medal, el pacto comisorio es “...la cláusula por la que las partes convienen en que el contrato será resuelto si una u otra de ellas no cumplieren con su obligación...”¹⁰⁸

¹⁰⁵ MAZEAUD, Henri y León y Jean Mazeaud, Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda. Vol. III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1990, p. 16.

¹⁰⁶ FARINA, Juan M., El pacto comisorio, p.p. 48 y 49.

¹⁰⁷ DÍAZ BRAVO, Arturo, Contratos Mercantiles, Op. Cit., p.273.

¹⁰⁸ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, Delos contratos civiles, Op. Cit., p.130.

Atento a lo anterior, personalmente defino al pacto comisorio como el acuerdo expreso o tácito existente entre las partes, por el cual se les faculta para resolver o incumplir el contrato, cuando alguna de ellas incumpla, imputablemente, sus obligaciones contractuales, sin necesidad de pronunciamiento judicial si es expreso y con necesidad de él si es tácito, otorgando al acreedor de la prestación incumplida la posibilidad de liberarse de las obligaciones que son a su cargo y que se vinculan por un nexo de reciprocidad con aquellas que han dejado de ser cumplidas.

3.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

El Derecho, por ser un producto social, evoluciona como consecuencia de las transformaciones acontecidas en el seno de una sociedad, por lo que las instituciones y figuras jurídicas que lo conforman sufren cambios que es preciso conocer para saber de que modo un determinado Estado las ha regulado, comprendiendo así los términos en que actualmente se encuentra regido.

En tal sentido, conviene hacer una reseña histórica del pacto comisorio tanto en Roma, por ser la cuna del Derecho actual, así como en México, a efecto de saber los cambios que ha observado en los Códigos Civiles que han regido en nuestro país.

3.2.1. ANTECEDENTES EN ROMA.

El pacto comisorio existía en el derecho romano, admitiéndosele especialmente para el contrato de compraventa; pero debía ser expreso y la cláusula era conocida con el nombre de Lex comisoria. El pacto comisorio tácito no era admitido en el derecho romano, excepto en el contrato de locación, seguramente por cuanto el carácter sucesivo de las prestaciones hacía más sensible la correlación de las obligaciones.¹⁰⁹

En los contratos innominados, la parte que habiendo cumplido su prestación no obtenía la contraprestación, tenía una acción de restitución, pero no era técnicamente una resolución del contrato: la “conditio” fue establecida para sancionar un enriquecimiento sin causa.¹¹⁰

A decir del maestro Ramón Sánchez Medal, en el antiguo Derecho romano “no existía el derecho para que el contratante que hubiera cumplido, pudiera pedir la resolución del contrato en contra de la parte que hubiera dejado de cumplir con su respectiva obligación, ya que el acreedor tenía derecho únicamente a exigir la ejecución del contrato incumplido por el deudor”.¹¹¹

Cuando se presentaba el incumplimiento en el contrato de compraventa, no se autorizaba la resolución judicial, por incumplimiento del comprador o del vendedor, puesto que únicamente se les facultaba para exigir

¹⁰⁹ Cfr. FARINA, Juan M., El pacto comisorio, Op. Cit., p.p. 48 y 49.

¹¹⁰ Cfr. *Ibidem* p. 48.

¹¹¹ SÁNCHEZ MEDAL URQUIZA, José Ramón, La Resolución de los Contratos por Incumplimiento, Op. Cit., p. 5.

el cumplimiento del contrato, más no para obtener su resolución, lo cual resultaba peligroso para el vendedor, “pues quedaba expuesto a perder la cosa y el precio si el comprador se volvía insolvente”.¹¹² Ante tal circunstancia, el vendedor podía proteger sus intereses negándose a entregar la cosa hasta que el comprador le hubiera pagado el precio, oponiendo la *exceptio inadimpleti contractus*; y en caso de haber entregado la cosa, alegar que el vendedor conservaba la propiedad de la cosa aunque hubiera hecho su entrega material, hasta que se le pagara el precio.

En las compraventas al fiado, con la entrega de la cosa se traspasaba la propiedad, quedando privado el enajenante de la acción reivindicatoria, pudiendo sólo reclamar el precio. Empero, ante el peligro que corría el vendedor de que el deudor no cumpliera con su obligación y a la vez perder lo vendido, se introdujo como protección de aquél el pacto de la *lex commissoria* “que consistía en que al contrato de compraventa se le sumaba una cláusula, por virtud de la cual si dentro de cierto tiempo el comprador no cumplía con su obligación, el vendedor podía considerar el contrato como no concluido, y podía optar por exigir al comprador el precio, o bien considerar a la cosa como no vendida “*inempta...*”.¹¹³ Sin embargo, esta última decisión tenía el inconveniente de ser irrevocable, por lo que de haberse elegido, no podía después exigir el precio.

El jurista Floris Margadant por su parte, considera que el pacto comisorio constituyó una protección adicional de los acreedores prendarios e hipotecarios “por el cual las partes convienen que, en caso de incumplimiento

¹¹² GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, Op. cit., p.p. 689-690.

¹¹³ SÁNCHEZ MEDAL URQUIZA, José Ramón, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Op. cit., p. 6.

del deudor, el acreedor se convierte automáticamente en dueño del bien hipotecado o de la prenda...”¹¹⁴

En la compraventa al contado, el vendedor podía reivindicar la cosa cuando no le era pagado el precio, por estimarse no transmitido el dominio, aunque no por ello quedaba desligado del contrato, por lo que si después el comprador hacía el pago, podía exigir al vendedor la entrega de la cosa. En tal supuesto, el pacto comisorio se empleó como un medio concedido al vendedor para liberarse del vínculo y de la consiguiente incertidumbre que implicaba la subsistencia indefinida del mismo.¹¹⁵

El pacto comisorio fue considerado nulo por el emperador Constantino, en atención a que en el momento de conceder el préstamo, el deudor se encontraba, generalmente, en la posición más débil, teniendo que aceptar las condiciones que le eran impuestas por el acreedor, y como la prenda generalmente valía más que la cuantía del préstamo, dicho pacto le causaba mayores perjuicios económicos a aquél.¹¹⁶

De esta manera, siguiendo las ideas del jurista Ernesto Gutiérrez y González, el pacto comisorio en el Derecho romano tuvo las siguientes características:

- “a) Sólo se daba para el contrato de compraventa;
- b) Sólo se otorgaba al vendedor;

¹¹⁴ MARGADANT S., Guillermo Floris, El Derecho Privado Romano, 24ª ed., Esfinge. México, 1999, p. 294.

¹¹⁵ Cfr. RAMELLA, A. E., La resolución por incumplimiento, pacto comisorio y mora en los derechos civil y comercial, Depalma, Buenos Aires, 1975, pp. 25 y 26.

¹¹⁶ Cfr. MARGADANT S., Guillermo Floris, *Op. cit.*, p. 295.

- c) No requería declaración judicial y operaba ipso jure, por voluntad del vendedor”.¹¹⁷

Más adelante, dentro del derecho canónico, el pacto comisorio fue admitido, teniendo por fundamento asegurar el respeto de la fe dada y partiendo de la base de que no se puede obligar a una parte a respetar su promesa cuando la otra desconoce la suya, además, la resolución no operaba de pleno derecho y se necesitaba de una declaración judicial.¹¹⁸

Del derecho canónico la regla pasó al derecho consuetudinario francés y admitida por las prácticas judiciales, se convirtió en una institución del antiguo derecho francés. Al sancionarse el código Napoleón, el art. 1184 consagró la regla general por la cual se establece que la condición resolutoria por incumplimiento se halla sobreentendida en todos los contratos sinalagmáticos.¹¹⁹

“Era usual en Francia, en los países en donde regía el derecho consuetudinario, el que en los contratos sinalagmáticos las partes insertasen una cláusula especial (pacto comisorio) con la que se prevenía el caso de incumplimiento y se pactaba que la otra parte pudiese más bien que optar por la ejecución, solicitar del Juez la resolución del vínculo, y que tan corriente esta práctica, que en definitiva aun no insertándose tal cláusula, fue sobreentendida en todos los contratos bilaterales.

No ocurrió lo mismo en los países de derecho escrito que adoptaron los principios romanos, según los cuales para solicitar la resolución por

¹¹⁷ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, Op. Cit., p. 690.

¹¹⁸ Cfr. FARINA, Juan M., Op. Cit. p. 48.

¹¹⁹ Cfr. Idem.

incumplimiento se exigía que se estipulase expresamente el pacto comisorio.¹²⁰

3.2.2. ANTECEDENTES EN EL DERECHO MEXICANO.

El estudio de los antecedentes del *pacto comisorio* en México lo haré con base en los Códigos Civiles que han regido en nuestro país. *Código Civil de 1870*. Este ordenamiento reguló el pacto comisorio en los artículos 1465, 1466 y 1537, cuyo contenido fue inspirado casi totalmente por el artículo 1042 del Proyecto de Código Civil español de 1851.

El artículo 1465 dispuso: “*La condición resolutoria va siempre implícita en los contratos bilaterales, para el caso de que uno de los contratantes no cumpliera su obligación*”.¹²¹ La primera observación que cabe hacer es que en el Código Civil de 1870, el pacto comisorio era confundido con la condición resolutoria, siendo que, como lo explicaré posteriormente, se trata de dos instituciones totalmente distintas.

Puesto que el principio consagrado en el precepto transcrito podía afectar los intereses de terceros adquirentes de buena fe, el artículo 1467 del Código en comento exigió convenio expreso de rescisión de la obligación por falta de pago y el registro del contrato, para que la resolución pudiera perjudicar a terceros. En otras palabras, la condición resolutoria implícita en los contratos, por regla general, únicamente concedía efectos entre los contratantes, por lo cual, para que pudiera perjudicar a los terceros de buena fe se precisaban dos requisitos, a saber:

¹²⁰ DE RUGGIERO, Roberto, Op. Cit., p.p. 300 y 301.

¹²¹ Cfr. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ. Derecho de las Obligaciones, Ernesto, Op. cit., p. 693-694.

a) que hubiera pacto comisorio expreso y no la simple presunción de la cláusula resolutoria implícita;

b) que dicho pacto comisorio expreso se hubiera inscrito en el Registro Público de la Propiedad”.¹²²

Debo señalar que el Código Civil de 1870, en uso de la libertad contractual, reconoció la posibilidad de que por convenio expreso pudiera modificarse la responsabilidad civil derivada del incumplimiento de un contrato sinalagmático, de lo cual se infiere que el régimen jurídico del pacto comisorio no era rígido

El artículo 1466 del Código Civil de 1870 dispuso:

“El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento de la obligación o la resolución del contrato con el resarcimiento de daños y abono de intereses; pudiendo adoptar este segundo medio, aun en el caso de que habiendo elegido el primero, no fuere posible el cumplimiento de la obligación”.¹²³

El precepto transcrito previó las consecuencias jurídicas del pacto comisorio que podía alegar en su favor el perjudicado por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, las que como después se apreciará, no han variado respecto al Código Civil vigente. Si acaso la única diferencia es que en el Código Civil de 1870, se aludía a *resarcimiento de daños y abono de intereses*, de lo cual interpretamos que esta última expresión se refería a los

¹²² SÁNCHEZ MEDAL URQUIZA, José Ramón, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Op. cit., pp. 52-53.

¹²³ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, Op. cit., p. 688.

perjuicios, expresión empleada en el Código Civil de 1928 que nos parece con mayor técnica jurídica y que comprende mayores situaciones que el simple abono de intereses.

Por último, el artículo 1537 del Código Civil de 1870 dispuso: “*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*”.¹²⁴

Aunque aparentemente el precepto en mención da a entender que para que operara el pacto comisorio era preciso una sentencia dictada por el juez, después de haberse seguido el procedimiento respectivo y haber constatado su procedencia, el tratadista Manuel Mateos Alarcón establece que no siempre era así, lo cual dependía de si el pacto comisorio era expreso o tácito, obteniendo las siguientes diferencias, a saber:

1ª La resolución del contrato producida por el verificativo de la condición resolutoria expresa se produce de pleno derecho en el acto en que ésta se realiza; por el contrario, la resolución debida a la condición resolutoria implícita exige una sentencia judicial en juicio contradictorio.

2ª La resolución motivada por el verificativo de la condición resolutoria implícita depende de la voluntad del contrayente perjudicado, que tiene derecho para exigirla o para pretender el cumplimiento del contrato y la indemnización de daños y abono de intereses.

¹²⁴ Idem.

En la condición resolutoria expresa nada hay dependiente de la voluntad de los contrayentes, pues tan luego como se verifica el acontecimiento previsto por ellos, se resuelve el contrato de pleno derecho.

3ª La resolución producida por la condición expresa no da lugar al resarcimiento de daños y perjuicios a favor de alguno de los contrayentes, porque es el resultado natural de su voluntad y no el efecto de una falta imputable a alguno de ellos.

“Por el contrario, la resolución proveniente de la condición resolutoria implícita otorga derecho al perjudicado para exigir el resarcimiento de los daños y abono de intereses”.¹²⁵

De las ideas esgrimidas por el jurista Manuel Mateos Alarcón deduzco que la diferencia fundamental entre el pacto comisorio expreso y tácito radicaba en que el primero operaba de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial, bastando únicamente que tuviera lugar el incumplimiento a las obligaciones de alguno de los contratantes; a diferencia del pacto comisorio tácito en el que se requería la intervención del juez que determinara la procedencia del pacto comisorio con todos sus efectos legales.

Código Civil de 1884.

Este ordenamiento reprodujo íntegramente la forma de regular el pacto comisorio en el Código Civil de 1870. En lo único que cambió fue en el

¹²⁵ SÁNCHEZ MEDAL URQUIZA, José Ramón, La resolución de los contratos por incumplimiento, Op. cit., pp. 53-54.

número correspondiente a los preceptos que fueron: 1349, 1350 y 1421. Atento a ello, este código no amerita mayor comentario.

Código Civil de 1928.

Este cuerpo normativo conservó, en esencia, el mismo sentido de la regulación de los Códigos Civiles de 1870 y 1884, salvo por las siguientes diferencias:

- A) Condensó en un solo precepto (el 1949) toda la regulación.
- B) Empleó la acepción “resolución” en lugar de “condición resolutoria” para referirse al pacto comisorio.
- C) No contempló ningún precepto en el cual quedara previsto lo que los artículos 1537 y 1421 de los Códigos Civiles precedentes habían dispuesto.



De tal modo, el artículo 1949 del Código Civil vigente dispone:

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 aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

En virtud de que en lo restante de la presente investigación se analiza lo relativo al pacto comisorio, omitiré el estudio del precepto anterior, para evitar incurrir en redundancias innecesarias.

3.3. DIFERENCIAS CON LA CONDICIÓN RESOLUTORIA.

Para poder determinar las diferencias existentes entre el *pacto comisorio* y la *condición resolutoria*, es preciso conocer lo que implica ésta, a cuyo efecto hay que comenzar por definir lo que es la *condición*, “es el evento o acontecimiento futuro e incierto del cual los autores del negocio jurídico hacen depender en todo o en parte la eficacia o ineficacia del mismo”.¹²⁶

“...condición es el acontecimiento futuro e incierto del cual depende la existencia, o la resolución de una obligación. En el primer caso la condición se llama suspensiva y en el segundo, resolutoria...sólo un acontecimiento futuro puede constituir una condición...acontecimiento incierto significa que debe ser susceptible de acaecer o de no acaecer...es indispensable que la realización del acontecimiento, considerada en sí misma, sea incierta. En una palabra, se necesita una incertidumbre objetiva y no solamente una incertidumbre subjetiva”.¹²⁷

Al respecto, el artículo 1940 del Código Civil Federal dispone: “La condición es resolutoria cuando cumplida resuelve la obligación, volviendo las cosas al estado que tenían, como si esa obligación no hubiere existido”.

¹²⁶ Diccionario Jurídico Espasa, Espasa, Madrid, 1999, p. 208.

¹²⁷ BORJA SORIANO, Manuel, Op. Cit., p. 393.

Es decir, la *condición* conlleva una de las modalidades que puede revestir la obligación, que puede acompañarla, pero sin afectar su esencia.

Mientras tanto, la condición es *resolutoria* “cuando cumplida, resuelve la obligación, volviendo las cosas al estado que tenían como si ésta nunca hubiera existido...”¹²⁸

Ejemplo: Juan vende su casa a Pedro, pero la compraventa se sujeta a la condición resolutoria de que en dos meses se cancele un gravamen trabado sobre la casa. En tal caso, si transcurridos los dos meses no se cancela el gravamen, entonces opera la condición resolutoria, el contrato se tiene por no realizado, ‘teniendo las partes que devolverse las prestaciones que se hubiesen dado, es decir, el vendedor, devolver el precio y el comprador el inmueble. En caso contrario, la obligación se convierte en pura y simple, como si no hubiera estado sujeta a dicha modalidad.

Luego entonces, en los actos jurídicos en los que existe una condición resolutoria las partes deben cumplir aquello a lo que se obligan, teniendo por consecuencia aquella determinar, no sobre la exigencia o no de las obligaciones que ya se vienen cumpliendo, sino sobre si subsistirán o no, pues como se ha apuntado, si se cumple la *condición resolutoria*, las prestaciones se reintegran, volviéndose las cosas al estado que tenían, como si nunca hubiera existido

Una vez que ya he explicado en qué consiste la *condición resolutoria*, cuento con los elementos suficientes para establecer sus diferencias con el pacto comisorio.

¹²⁸ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, Op. cit., p. 932.

1) El pacto comisorio se entiende implícito en todos los contratos, aunque no se exprese; esto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1949 del Código Civil Federal que determina que la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que haya incumplimiento de obligaciones a su cargo.

La condición resolutoria, por su parte, debe estar prevista expresamente en el acto jurídico para que se tenga por existente, puesto que no se entiende implícita.

2) Los efectos del pacto comisorio surgen como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contractuales por cualquiera de las partes. En tanto que la condición resolutoria nace como resultado de la verificación del acontecimiento futuro e incierto.

3) El pacto comisorio únicamente puede ser hecho valer por la parte que ha cumplido con sus obligaciones contractuales, no pudiendo ser invocado por la incumplida. La condición resolutoria, por su parte, puede ser invocada por ambas partes contratantes.

4) Como consecuencia del pacto comisorio, el perjudicado puede exigir el cumplimiento de la obligación o su rescisión, más el pago de los daños y perjuicios en ambos casos. En el caso de la condición resolutoria, las partes contratantes no tienen que pagar daños y perjuicios, sino únicamente devolver las prestaciones que se hubieren dado.

5) Uno de los efectos del pacto comisorio es rescindir la obligación, es decir, darla por terminada anticipadamente en virtud del incumplimiento de las obligaciones contractuales. En la condición resolutoria, se vuelven las cosas al estado que tenían, como si la obligación nunca hubiera existido.

6) En el pacto comisorio, la parte contratante perjudicada, no está obligada a devolver la prestación que hubiere recibido a la incumplida; a diferencia de la condición resolutoria en que ambas partes se las devuelven mutuamente.

3.4. NULIDAD DEL PACTO COMISORIO,

Existen ciertos casos en los cuales el pacto comisorio se considera nulo en virtud de existir ciertas circunstancias en las cuales no es válida su inclusión como cláusula dentro de los contratos. Tal nulidad deriva del hecho de que la ley lo prohíbe, y por tanto, la nulidad es absoluta, puesto que es contraria a las normas de orden público, no pudiendo convalidarse y destruyendo sus efectos desde el momento de creación del acto jurídico que le dio origen.

Tales casos en que el pacto comisorio es nulo son los siguientes:

- *En la prenda.*

En este contrato, el pacto comisorio es “la cláusula por la cual se crea y constituye un derecho real de prenda, y en la cual se determina que el acreedor se quedará con el objeto dado en prenda, por el precio que en la

misma cláusula se le fija al objeto, si no se cumple con la obligación que el derecho real de prenda garantiza”.¹²⁹

La nulidad del pacto comisorio en la prenda civil tiene fundamento jurídico en el artículo 2883 del Código Civil Federal que a la letra señala: *“El deudor, sin embargo, puede convenir con el acreedor en que éste se quede con la prenda en el precio que se le fije al vencimiento de la deuda, pero no al tiempo de celebrarse el contrato...”*.

La nulidad del pacto comisorio en la prenda mercantil, tiene fundamento jurídico en el artículo 344 LGTOC, al establecer: *“El acreedor prendario no podrá hacerse dueño de los bienes o títulos dados en prenda sin el expreso consentimiento del deudor, manifestado por escrito y con posterioridad a la constitución de la prenda”*.

Ejemplo de tal pacto comisorio es el siguiente: El comerciante “A” pide a el comerciante “B” que le preste cincuenta mil pesos, y éste acepta pero para garantizar su cobro le pide que se lo garantice con la constitución de un derecho real de prenda sobre certificados de depósito expedidos por alguna almacenadora nacional de depósito, que documentan los depósitos de ciertas mercancías que el comerciante “A” tiene depositadas y que puede disponer a través de los mencionados títulos representativos de mercancías, que tienen un valor aproximado de cien mil pesos, incluyendo la cláusula comisorio de que si llegado el día en que debe pagar no lo hace, el comerciante “B” se quedará con los certificados de depósito por el precio de la suma prestada.

¹²⁹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ. Ernesto, Derecho de las Obligaciones. Op. cit. p. 687.

Con las disposiciones en comento se trata de impedir que personas, abusando de la necesidad económica de otras, impongan condiciones contractuales a otras que en otras circunstancias no aceptarían, causándoles perjuicios económicos.

- En la hipoteca.

Respecto a este acto jurídico, el pacto comisorio es: “también una cláusula accesoría que se inserta en un contrato de garantía en el cual se constituye un derecho real de hipoteca, y en la cual se establece que el acreedor se adjudicará el bien gravado con hipoteca en el precio que se le fije al momento de constituirse la garantía”.¹³⁰

Este caso de pacto comisorio nulo se presenta, por ejemplo, en el siguiente caso: Una persona pide prestado a un banco un millón de pesos, constituyendo como garantía un derecho real de hipoteca sobre su casa que vale tres millones de pesos, estableciendo la cláusula comisoria de que si la persona no paga oportunamente su deuda, el banco se quedará con la casa por el millón de pesos prestados.

El sustento jurídico por el cual se anula este pacto comisorio se ubica en el segundo párrafo del artículo 2916 del Código Civil Federal, que a la letra dispone: “... *Puede también convenir 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*”.

¹³⁰ Ibidem, p.688.

Como se puede apreciar, este pacto comisorio previsto en la hipoteca, igual que sucede con el de la prenda, está prohibido por la ley y por tanto es nulo puesto que se trata de evitar que el acreedor asuma una posición ventajosa con respecto al deudor, abusando de la situación económica de éste, salvo lo dispuesto por el artículo 2916 del Código Civil Federal, es decir, que las partes lo convengan al momento de exigirse la deuda vencida.

Por ende, independientemente de que en materia contractual predomina el principio de la autonomía de la voluntad, en el sentido que las partes son libres para establecer la forma y términos en que quieren obligarse, siendo el pacto comisorio una cláusula que bien pueden incluir en el contrato, lo cierto es que en los casos planteados, el pacto comisorio no surte ningún efecto jurídico, ni tiene validez alguna.

3.5. PACTO COMISORIO Y REIVINDICACIÓN.

La propiedad es un derecho real, absoluto y oponible a cualquier tercero, que confiere a su titular diversos derechos: de usar, de disfrutar, de disponer de la cosa, pero además de ejercitar las acciones tendientes a su protección. Precisamente la *acción reivindicatoria* “constituye tanto el medio jurídico para obtener la restitución de una cosa que nos pertenece y que se encuentra en poder de otra persona, como la garantía misma en la efectividad del citado derecho”.¹³¹

¹³¹ ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo III, 8ª ed., Porrúa, México, 1995, p. 330.

La acción de reivindicación está prevista en el artículo 4° del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el cual dispone que la misma compete a quien siendo propietario de la cosa, no se encuentra en posesión de ella, siendo su efecto declarar que el actor tiene dominio sobre ella y se la entregue el demandado con sus frutos y acciones.

Pueden tener el carácter de demandados en reivindicación, aunque no posean la cosa, el poseedor que para evitar los efectos de la acción reivindicatoria dejó de poseer, y el que está obligado a restituir la cosa o su estimación, si la sentencia fuere condenatoria. Si el demandado paga la estimación de la cosa, puede ejercitar a su vez esta acción (artículo 7° del Código de Procedimientos civiles del D.F.).

No pueden reivindicarse las cosas que están fuera del comercio; los géneros no determinados al entablarse la demanda, las cosas unidas a otras por vía de accesión, ni las cosas muebles perdidas o robadas que un tercero haya adquirido de buena fe en almoneda, o de comerciante que en mercado público se dedica a la venta de objetos de la misma especie, sin previo reembolso del precio que se pagó.

Ahora bien, el pacto comisorio es distinto de la reivindicación por las siguientes razones:

- El pacto comisorio es un acuerdo tácito o expreso que faculta a resolver un contrato, mientras que la reivindicación es una acción.

- Los efectos rescisorios del pacto comisorio se actualizan como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contractuales, mientras que la acción reivindicatoria se intenta como resultado de la desposesión de un bien del cual el accionante es propietario.
- Los efectos del pacto comisorio son exigir el cumplimiento del contrato o rescindirlo, demandando daños y perjuicios en ambos casos; a diferencia de la reivindicación cuyo efecto será declarar que el acto tiene dominio sobre la cosa y se la entregue el demandado con sus frutos y acciones.
- El pacto comisorio implica un acuerdo entre los contratantes o su aplicación tácita por disposición legal, en tanto que la reivindicación no implica relación jurídica alguna entre actor y demandado.

3.6. PACTO COMISORIO EN OTROS PAÍSES.

El estudio de las figuras e instituciones del Derecho comparado ayuda a conocer la forma en que otros Estados las norman, dependiendo de la propia concepción que de ellos tengan, que en muchos casos sirve de inspiración para que otros Estados las introduzcan o modifiquen en los términos prescritos. En el caso del pacto comisorio, el estudio del mismo en otros países obedece a tal necesidad, a saber la forma en que lo reglamentan actualmente otros sistemas jurídicos.

a) Alemania.

Uno de los países con mayor tradición jurídica es el germano, quienes en materia del pacto comisorio han establecido una reglamentación vasta, en comparación con la mexicana, que sólo establece en un precepto, el 1949 del Código Civil, lo relativo a él. Los aspectos más trascendentes de la regulación los explico a continuación.

a) La resolución del contrato opera *ipso jure*, siendo suficiente que se haga una simple declaración dirigida a la parte incumplida, la cual es irrevocable, y en consecuencia, “las obligaciones contractuales extinguidas no podrían restablecerse sino mediante la conclusión de un nuevo contrato, que necesitaría, en su caso, la forma prescrita para el mismo”.¹³²

b) La declaración de resolución debe ser pura y simple, bajo ninguna condición.

c) Si hay varios interesados, desde el principio o con posterioridad a la celebración del contrato, el derecho de resolución sólo puede ejercitarse por todos y contra todos y si por cualquier causa el derecho de resolución se extingue para uno de los interesados, se extingue para los demás.

d) Si el objeto recibido peca o se menoscaba por caso fortuito, ello no excluye el derecho de resolución, de modo que si el receptor queda liberado o restituye el objeto menoscabado, puede repetir contra la otra parte el total de la prestación que hizo; igualmente, si hubiera conseguido por razón del objeto perdido o menoscabado una indemnización o una pretensión de

¹³² SÁNCHEZ MEDAL URQUIZA, La resolución de los contratos por incumplimiento. José Ramón, Op. cit., p. 43.

indemnización, tiene que entregar aquella o transferir ésta a la otra parte. “Pero si el perecimiento, el detrimento esencial u otra imposibilidad de la restitución del objeto o de una parte importante del mismo, se deben a culpa del titular del derecho de resolución, de su representante legal o de su auxiliar, se excluye el derecho de resolución, y lo mismo ocurre cuando una de estas personas ha causado la imposibilidad por acto libre, aunque sea culposo”.¹³³

e) La resolución tampoco puede tener lugar cuando cualquiera de las personas mencionadas en el inciso anterior transforma la cosa recibida, o una parte importante de la misma, en una cosa de otra especie diferente. Asimismo, si cualquiera de ellas enajena o grava el objeto recibido subiste el derecho de resolución, a no ser que el titular no pueda recuperarlo o liberarlo; aunque desaparece el mismo si el tercero que ha obtenido la cosa en virtud de la disposición, la transforma o hace imposible la restitución sin menoscabo, en virtud de una conducta que, si hubiese sido la del propio titular del derecho de resolución, hubiera excluido este derecho.

f) “El derecho de resolución se extingue si ha transcurrido el plazo convenido para su ejercicio y si no se ha pactado tal plazo, la otra parte puede fijárselo prudencialmente al titular para el ejercicio del derecho de resolución, el cual también se extingue una vez transcurrido dicho plazo”.¹³⁴ De esta cuestión se deduce que el pacto comisorio prescribe después de transcurrido el plazo fijado por las partes expresamente en el contrato, o el que fije la parte incumplida, situación no prevista en el Código Civil Federal.

¹³³ Idem.

¹³⁴ Ibidem., p. 44.

g) El derecho de resolución se torna ineficaz “si respecto a la restitución del objeto recibido o de una parte importante del mismo el titular de ese derecho incurre en mora, a virtud de haberse vencido el plazo prudencial que le hubiere fijado la otra parte, con la declaración de que se negará a recibir aquel objeto con posterioridad. En este caso el contrato vuelve a ser plenamente eficaz como si nunca hubiera sido resuelto”.¹³⁵

Luego entonces, en el Derecho Civil alemán se otorga un plazo perentorio para hacer valer el pacto comisorio, so pena, para el caso de no hacerlo, de perderlo, surtiendo el contrato todos sus efectos. Tal situación se explica, en una interpretación lógica de este concepto, en la búsqueda de que los actos jurídicos se rescindan cuando ya no quede otra alternativa de solución.

b) **Argentina.**

El Código Civil argentino regula en su artículo 1204 el pacto comisorio en similares términos al nuestro, entendiéndose implícito en todos los contratos bilaterales; si acaso, lo que resulta peculiar es que se refiere a obligaciones *emergentes*, las cuales presupongo se refieren a las principales, pues de otro modo carecería de sentido aludir a tal calificativo.

En cuanto a las diferencias que presenta con respecto al Código Civil Federal, en primer término existe el otorgamiento de un plazo no menor a quince días al incumplidor para que ejecute su obligación, salvo que los usos o un pacto expreso establezcan uno menor. Transcurrido dicho plazo sin que

¹³⁵ Idem.

la prestación haya sido cumplida, las obligaciones quedarán resueltas, teniendo derecho el contratante cumplido al resarcimiento de los daños y perjuicios causados.¹³⁶

Resulta oportuno decir que en el pacto comisorio expreso, el incumplimiento hace surgir la resolución *ipso jure*, aunque surte sus efectos hasta que comunica en forma indubitable al incumplidor sobre su voluntad de rescindir el contrato. Antes de esa exteriorización de voluntad recepticia de la parte inocente en el sentido de que prefiere la resolución del contrato, el incumpliente puede ejecutar la obligación, puesto que esa exteriorización de voluntad obra como *hecho obstativo* al cumplimiento posterior, pero al cumplimiento anterior.¹³⁷

c) España.

El pacto comisorio está previsto en España en términos semejantes al Código Civil Federal, y su fundamento legal se encuentra en el artículo 1124 del Código Civil, cuyo primer párrafo señala: "*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*".¹³⁸ Dicha institución se funda, igual que sucede en la mayoría de las legislaciones, en la idea de sancionar a quien incumple contractualmente y de proteger al contratante cumplidor.

¹³⁶ Cfr. *Ibidem*. p. 39.

¹³⁷ Cfr. SPOTA, A. G., *Instituciones de Derecho Civil*, Vol. III, Depalma, Buenos Aires, 1975, pp. 474-475.

¹³⁸ ESPINAR, Francisco, *Estudios de Derecho Civil*, Tomo II, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1980, p. 115.

Los presupuestos de aplicación de la facultad resolutoria son los que a continuación se mencionan:

a) La parte que está legitimada activamente para ejercer la facultad de resolver el contrato bilateral le corresponde a la perjudicada por el incumplimiento, esto es, el contratante que ha cumplido con todas sus obligaciones. A contrario sensu, el contratante incumplido no tiene derecho para ejercitar dicha acción, “salvo cuando haya incumplido a consecuencia de un incumplimiento anterior de la otra parte”.¹³⁹

b) La resolución del contrato únicamente tiene lugar respecto a los contratos sinalagmáticos, en los que existen obligaciones recíprocas, y “siempre que el incumplimiento se refiera a la obligación considerada como principal y no a los simples deberes de tipo accesorio o complementario”.¹⁴⁰

Esto último parece importante si se toma en cuenta que en tal acto jurídico, las partes pueden establecer una diversidad de obligaciones, algunas de las cuales son esenciales; verbigracia: en un contrato de compraventa, lo son entregar el bien y pagar el precio. Por tanto, si en este contrato se incumple con estas obligaciones, opera la rescisión, a diferencia de lo que sucedería en el caso de que el comprador pagara el precio en un lugar distinto al pacto, dado que esta obligación no es principal.

c) La resolución del contrato puede hacerse extrajudicialmente, por simple declaración unilateral de la voluntad; pero si existe alguna controversia, será necesaria una resolución del juez.

¹³⁹ SÁNCHEZ MEDAL URQUIZA, José Ramón, La resolución de los contratos por incumplimiento, Op. cit., p. 21.

¹⁴⁰ Idem.

d) Complementando las anteriores características de la resolución, conviene decir que para tener lugar, no es forzoso que el incumplimiento sea total, sino puede ser parcial o distinto a la forma convenida.

e) La parte perjudicada por el incumplimiento pueda optar por la resolución de la obligación o el cumplimiento forzoso, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. Igualmente, puede pedir la resolución, aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resulte imposible.¹⁴¹

f) En torno a los efectos de la resolución, la misma extingue la relación obligatoria de manera retroactiva; por ende, cada una de las partes debe reintegrar o restituir a la otra las cosas o las prestaciones que hubiesen sido entregadas o ejecutadas. En los casos en que la restitución específica no sea posible, debe producirse por medio del equivalente pecuniario. Cuando la resolución afecta a una relación obligatoria duradera parcialmente consumada, se extingue el vínculo con puros efectos *ex nunc*, y la retroacción se refiere sólo a aquellas prestaciones consumadas respecto de las cuales el correspectivo no se haya producido.¹⁴²

De lo dicho hasta el momento acerca de la resolución en España, su rasgo más sobresaliente, a mi entender, radica en que el pacto comisorio sólo se presenta como consecuencia de un incumplimiento esencial, a diferencia de lo que sucede en México en que el mismo opera por el simple incumplimiento.

¹⁴¹ Cfr. ESPINAR, Francisco, Op. cit., p. 115.

¹⁴² Cfr. DÍEZ-PICAZO, L. y A. Guillón, Sistema de Derecho Civil, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1976, pp. 207-210.

d) Francia.

En el sistema civil francés, la resolución del contrato se produce “siempre que éste es destruido retroactivamente por una causa distinta de una nulidad inicial y dicha destrucción retroactiva es reconocida válida por la ley, bien sea por virtud de una voluntad expresa o de una voluntad tácita de las partes, siendo imposible atribuirle una causa diferente”.¹⁴³

De lo antes dicho, se colige que el pacto comisorio puede ser expreso, cuando las partes lo reglamentan como una cláusula en el contrato; y tácito, cuando aún no contemplándolo, se entiende implícito por disposición legal.

Por lo que respecta a las maneras de operar la resolución se tienen:

a) *La resolución de pleno derecho.* La cual tiene lugar una vez que alguno de los contratantes incumple con sus obligaciones, en virtud de existir pacto expreso. La consecuencia jurídica de esta consiste en que deja de surtir efectos jurídicos el contrato en forma retroactiva, de donde resulta que si la obligación ya se había ejecutado, tiene lugar la restitución de lo que se hubiere recibido.

b) *La resolución pronunciada por el juez.* En este supuesto, la resolución no opera *ipso jure*, sino que requiere la intervención de la autoridad judicial, la cual, después de valorar el caso concreto resolverá lo conducente.

¹⁴³ SÁNCHEZ MEDAL URQUIZA, José Ramón, La resolución de los contratos por incumplimiento. Op. cit., p. 18.

Dicho de otro modo, se trata de una acción de resolución que “se concede a la parte que está presta o dispuesta a ejecutar la obligación o que ya la ha ejecutado, no teniendo la otra parte el derecho de hacer que se resuelva el contrato”.¹⁴⁴

El juzgador ante el cual se presenta la demanda de resolución no está obligado a despacharla inmediatamente, ya que se le autoriza conceder un plazo (en atención a las circunstancias) al deudor para que cumpla su obligación, transcurrido el cual sin haberlo hecho, deberá decretar la procedencia de aquella.

La resolución del contrato decretada por el juez otorga derecho al actor no sólo a recuperar o conservar el objeto de la obligación a su cargo, sino a cobrar los daños y perjuicios que le causa la inexecución efectiva del contrato. Asimismo, sus efectos se retrotraen más allá del día de la demanda, ya que el contrato desaparece también para el pasado, como cuando se trata del efecto de una condición resolutoria.¹⁴⁵

En resumen, estimo que el hecho de que la legislación civil francesa permita que aún después de que alguna de las partes ha incumplido con sus obligaciones contractuales se le otorgue un plazo de gracia para que las cumplan, aparte de hacer más lento el procedimiento de resolución del acto jurídico, le resta eficacia al pacto comisorio, pudiendo favorecer a los desobligados.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 19.

¹⁴⁵ Cfr. PLANIOL, Marcelo Tratado Elemental de Derecho Civil, (trad. Lic. José María Cajica).Tomo II, 12ª ed., Puebla, 1945. p. 438.

e) Italia.

El Código Civil italiano, aprobado el 16 de marzo de 1942, contempla en su artículo 1453 lo relativo al pacto comisorio, al señalar lo siguiente:

En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando uno de los contratantes no cumpliera su obligación, el otro podrá a su elección pedir el cumplimiento o la resolución del contrato, sin perjuicio en todo caso del resarcimiento del daño.

La resolución podrá ser demandada también aunque el juicio hubiese sido promovido para obtener el cumplimiento; pero no podrá pedirse ya el cumplimiento cuando se hubiese demandado la resolución.

Desde la fecha de la demanda de resolución el incumplidor ya no podrá cumplir la resolución".¹⁴⁶

El precepto transcrito resulta prácticamente idéntico al 1949 del Código Civil Federal, salvo por las siguientes diferencias:

- De acuerdo al Código Civil de Italia, entre las prestaciones que puede reclamarse al contratante incumplido, ya sea que se opte por el cumplimiento o la resolución, es el pago de daños, siendo que en el Código Civil Federal mexicano son los daños y perjuicios.
- Resulta una novedad el último párrafo del artículo transcrito, siendo que en el Código Civil Federal hay omisión al respecto.

¹⁴⁶ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, Op. cit., p.p. 701-702.

El artículo 1454 del Código Civil italiano dispone lo siguiente:

A la parte incumplidora la otra podrá intimarle por escrito que cumpla dentro de un término conveniente, bajo apercibimiento de que, transcurrido inútilmente dicho término, el contrato, se entenderá sin más resuelto.

El término no podrá ser inferior a quince días, salvo pacto en contrario de las partes o que, por la naturaleza del contrato o de acuerdo con los usos, resulte conveniente un término menor.

Transcurrido el término sin que se haya cumplido el contrato, éste quedará resuelto de derecho”.¹⁴⁷

Lo anterior conduce a afirmar que de acuerdo al ordenamiento civil sustantivo, para que opere el pacto comisorio, es menester que previamente transcurra una especie de plazo de gracia para que cumpla con su obligación contractual, lo que implica un procedimiento más lento con relación al señalado en el Código Civil Federal, que perjudica los intereses de la parte contratante que ha cumplido con sus obligaciones.

3.7. PACTO COMISORIO EXPRESO Y TÁCITO.

Las formas en que puede presentarse el pacto comisorio entre los contratantes son tácito o expreso.

- *Pacto comisorio tácito.*

¹⁴⁷ Ibidem. pp. 702.

El maestro Ernesto Gutiérrez y González comenta que este pacto “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 la establece supletoriamente a lo que pactan las partes”.¹⁴⁸

Luego entonces, el *pacto comisorio tácito* está presente en todos los contratos, aunque no lo contemplen los contratantes, dado que en cualquier contrato bilateral tiene aplicación lo dispuesto en el artículo 1949, como una protección para las quienes cumplen con todos las obligaciones a su cargo, respecto de aquellos que así no lo hacen. Por ello se trata de una cláusula natural, ya que la misma es un complemento a la regulación principal acordada por las partes en las cláusulas esenciales del contrato.

- *Pacto comisorio expreso.*

En torno a éste, el prestigiado autor Ernesto Gutiérrez y González, comenta que “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”.¹⁴⁹

Por su parte, el jurista José María Abascal comenta que el *pacto comisorio expreso* “es cuando las partes lo regulan, modificando o

¹⁴⁸ Ibidem p. 694.

¹⁴⁹ Idem.

adicionando las reglas del Código; p.e.: cuando estipulan que opere sin necesidad judicial, o cuando establecen los casos de incumplimiento resolutorio, otorgan plazos de gracia, avisos o requerimientos previos, regular sus efectos, etc.”.¹⁵⁰

Tomando en consideración las opiniones doctrinales citadas, se desprende que el *pacto comisorio expreso* es aquél que como cláusula natural insertan los contratantes en el acto jurídico, sea limitándose a transcribir literalmente la disposición legal que lo regula o estableciendo la regulación que ellos convengan.

Aunque aparentemente no reviste mayor importancia la distinción entre el pacto comisorio expreso y el tácito, en realidad sí la tiene, puesto que de ello depende que la resolución opere *ipso jure* o se requiere el pronunciamiento del juez sobre el particular.

El connotado doctrinario Ernesto Gutiérrez y González estima que el pacto comisorio (sea expreso o tácito) opera *ipso jure*, sustentando su postura en el hecho que “...aunque no se plasme en forma expresa, al estar implícito en los contratos y como lo dice el artículo 1949, éste como norma supletoria debe hacer operar el pacto de pleno derecho, y rescindir el contrato sin necesidad de declaración judicial”.¹⁵¹ Lo anterior lo fundamenta en el hecho de que los Códigos Civiles de 1870 y de 1884 exigían expresamente acudir a la autoridad judicial para obtener la resolución por incumplimiento

¹⁵⁰ ABASCAL ZAMORA, José María, Op. cit., p. 2304.

¹⁵¹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, Op. cit., pp. 694-695.

del contrato bilateral, en tanto que el Código actual de 1928 ya no impuso tal exigencia.¹⁵²

El prestigiado jurista Ramón Sánchez Medal,¹⁵³ por el contrario, afirma que para que la rescisión opere *ipso jure* es necesario que se promueva el juicio correspondiente para que sea el juez quien la determine, a menos que exista *pacto comisorio* expreso en el contrato. “El argumento (del maestro Gutiérrez y González) no es convincente, pues el contraste literal entre ambos ordenamientos en este punto, puede interpretarse satisfactoriamente en el sentido de que los dos Códigos anteriores no permitían el pacto comisorio expreso, sino que exigían siempre la intervención judicial, mientras que el Código vigente autoriza implícitamente prescindir de la intervención judicial, mediante el pacto comisorio expreso.”¹⁵⁴ Tal punto de vista es reforzado por la Suprema Corte mediante el siguiente criterio:

“El pacto comisorio expreso es legítimo y en virtud de él y diversamente a lo que acontece en el tácito en que en el incumplimiento se requiere la declaración judicial para lograr la rescisión, el contrato se resuelve automáticamente por el 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 impone. Si el pacto

¹⁵² Cfr. *Ibidem.*, p. 695.

¹⁵³ Cfr. SÁNCHEZ MEDAL, José Ramón, La resolución de los contratos por incumplimiento. Op. Cit., p. 63.

¹⁵⁴ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, De los contratos civiles, Op. Cit., p. 129.

*comisorio, o sea la cláusula por la que las partes convienen en que el contrato será resuelto si una u otra de ellas no cumpliere con su obligación, no figura expresamente en el documento en que consta el contrato respectivo, es evidente que tal pacto no pudo operar de pleno derecho”.*¹⁵⁵

De lo anterior, infiero que la resolución del contrato requiere de la declaración judicial para que opere, salvo que exista *pacto comisorio* expreso, cuya utilidad consiste “en que para que el contrato quede resuelto válidamente no se requiere interpelación al deudor, ni que se dicte la sentencia judicial declarando la extinción del contrato para que el deudor quede obligado a cubrir los daños y perjuicios consecuencia de ese incumplimiento”.¹⁵⁶

Así las cosas, independientemente de la apreciación del maestro Ernesto Gutiérrez y González, lo cierto es que de acuerdo con la docta opinión del jurista Ramón Sánchez Medal, y tomando en cuenta el criterio actual sustentado por nuestro máximo tribunal, debe concluirse que cuando el pacto comisorio es expreso la resolución opera *ipso jure*, en tanto que cuando es tácito, es preciso la intervención judicial que haga el pronunciamiento respectivo, por lo que, si los contratantes quieren evitarse la pérdida de tiempo y dinero que representa acudir a los tribunales a promover el juicio respectivo, deben incluir como cláusula el pacto comisorio.

¹⁵⁵ Semanario Judicial de la Federación, 6ª Época, 4ª Parte, Vol. I, p. 119. Amparo de México Tractor and Machinery Co., S.A. y en igual sentido el amparo 5061/1952, Banco de Crédito Ejidal. (27 enero 1955).

¹⁵⁶ GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Teoría General de los Contratos*. Op. Cit., p. 428.

De esta manera, puedo concluir el presente capítulo afirmando que el pacto comisorio en México constituye una figura jurídica que está presente en todos los contratos sinalagmáticos, lo pacten o no las partes, lo cual se justifica por el hecho de tratar de proteger a los contratantes cumplidos contra aquellos que no lo son, dándoles la oportunidad de rescindirlos unilateralmente.

La importancia de la figura en comento se deja entrever, por un lado, por el hecho de haber estado prevista desde el Derecho romano; y por otro, porque diversos países con sistemas jurídicos de gran importancia a nivel mundial contemplan el pacto comisorio, siendo en términos generales su regulación de forma similar con relación a México, salvo por algunas diferencias que ya han quedado explicadas.

CAPÍTULO CUARTO

CASOS DEL PACTO COMISORIO REGULADOS EN EL DERECHO MEXICANO.

Después de que en los capítulos precedentes de la presente investigación he planteado los contextos teórico-conceptual e histórico del pacto comisorio, en éste corresponde estudiarlos a la luz de los actos jurídicos en que se regula en nuestro derecho mexicano: la prenda, el fideicomiso en garantía, la caución bursátil y el contrato de seguro, en los cuales las partes pueden darlos por terminados, de manera unilateral y sin necesidad de declaración judicial, para el caso de que alguna de ellas incumpla con las obligaciones contractuales a su cargo.

Ahora bien, lo interesante de dichos casos de pacto comisorio radica en analizar si son constitucionales o no, sustentando tal interrogante en su posible contravención a la garantía individual prevista en el artículo 17 de la Ley Fundamental que ordena a todo gobernado abstenerse de hacerse justicia por sí mismo, lo que resulta cuestionable en los casos planteados, ya que sin requerirse de una decisión jurisdiccional, los contratantes pueden dar por terminado el contrato, analizando unilateralmente si su contraparte incumplió con alguna de sus obligaciones.

En tal contexto, para poder formular una opinión al respecto, se requiere saber en que consisten tales contratos mercantiles, para tener una clara idea de ellos y entender el papel que juega el pacto comisorio como una

cláusula contractual que unilateralmente puede rescindir el contrato, sin necesidad de una resolución judicial.

4.1. LA PRENDA.

Gramaticalmente, la *prenda* es una “alhaja que se da para seguridad de una deuda o contrato”.¹⁵⁷ Naturalmente que este significado no aporta mayores elementos para tener una idea clara de lo que es la prenda. Si acaso el único elemento que es cierto en alguna medida, es su función de aseguramiento.

Jurídicamente, y de conformidad con el artículo 2586 del Código Civil Federal:

“La prenda es un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago”.

Discerniendo la definición legal, se colige lo siguiente:

1) Es un *derecho real*, esto es, “un poder jurídico que se ejerce en forma directa e inmediata sobre un bien para su aprovechamiento total o parcial, siendo este poder jurídico oponible a terceros”.¹⁵⁸ Como todo derecho real, la *prenda* es un derecho *erga omnes*, esto es, se hace valer contra

¹⁵⁷ GARCÍA-PELAYO Y GROSS, Ramón, *Pequeño Larousse Ilustrado*, Ediciones Larousse, México. 1980. p. 834.

¹⁵⁸ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, Tomo Sexto, Vol. II, 6ª ed., Porrúa, México. 1997. p. 90.

cualquier persona, a diferencia, por ejemplo, del derecho personal, que nada más es con relación al deudor.

2) La prenda se constituye sobre un *bien mueble enajenable*. Un *bien*, desde el punto de vista jurídico, es “todo aquello que puede ser objeto de apropiación”.¹⁵⁹ En tanto que un *bien mueble* es, en términos generales, aquellos objetos que “pueden trasladarse de un lugar a otro, ya sea por sí mismos, como los animales, semovientes, o por efecto de una fuerza exterior”.¹⁶⁰

Ahora bien, para que tales bienes muebles puedan darse en prenda, es menester que puedan ser objeto de apropiación, lo cual acontece con todas las cosas que no están excluidas del comercio (artículo 747 del Código Civil Federal). Sobre el particular, se debe tener presente lo señalado por el artículo 749 del Código Civil Federal que a la letra indica:

“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”.

3) La finalidad de la prenda es garantizar el cumplimiento de una obligación. Esto es, de las relaciones jurídicas entabladas entre las personas, surgen derechos y deberes recíprocos; en el caso de éstos últimos se da lo que se conoce como *obligación* que, a decir del autor Carlos Sepúlveda Sandoval, es la “situación jurídica de sujeción o sometimiento

¹⁵⁹ ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo Tercero, 8ª ed., Porrúa, México, 1995, p. 269.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 273.

por el cual una persona, denominada deudor, se encuentra constreñida o compelida a ejecutar en favor de otra, denominada acreedor, una prestación o una abstención de carácter patrimonial".¹⁶¹

Consecuentemente, cuando las partes convienen en constituir una prenda sobre determinado objeto, que quede en posesión del acreedor prendario, lo hacen con el fin de que la parte deudora cumpla, en tiempo y forma, con la prestación a su cargo de dar, hacer o no hacer, a favor del acreedor. Resulta indiscutible que con el cúmulo de relaciones económicas que actualmente se realizan la *prenda* constituye un instrumento valioso que otorga una mayor certeza jurídica a todos los que intervienen en las actividades comerciales.

4) Otorga un derecho de *preferencia* consistente en que "el acreedor prendario tiene preferencia frente a cualquier otro acreedor, para que se le pague con el producto de la venta de la cosa dada en prenda".¹⁶² Sin duda, esta potestad establecida a favor del acreedor prendario garantiza de mejor manera los intereses del acreedor prendario.

Cabe señalar que en la definición legal de *prenda* a la cual me refiero, no se contempla el derecho de persecución a que sí se refieren los tratadistas, como se verá en las siguientes opiniones doctrinales.

¹⁶¹ SEPÚLVEDA SANDOVAL, Carlos, De los derechos personales, de crédito u obligaciones, Porrúa, México, 1996, p. 31.

¹⁶² PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, Contratos Civiles, 6ª ed., Porrúa, México, 1999, p. 339.

El jurista español Eduardo Vázquez Bote define a la *prenda* como un “derecho real de garantía consistente en la transmisión de la posesión de la cosa al acreedor o a un tercero para garantizar el cumplimiento de una obligación”.¹⁶³ Examinando la presente definición se observa que la *prenda* tiene las siguientes características:

La anterior definición de prenda coincide con la legal a que antes se hizo referencia. Si acaso la única novedad radica en indicar que con motivo de ella se da una transmisión de la posesión, mas no la propiedad. Al respecto, conviene explicar que la *posesión* es según Rafael Rojina Villegas, “una relación o estado de hecho, que confiere a una persona el derecho exclusivo de retener una cosa para ejecutar actos materiales o de aprovechamiento, *animus dominii* o como consecuencia de un derecho real o personal, o sin derecho alguno”.¹⁶⁴

En el caso de la prenda, otorga al acreedor prendario el derecho de poseer la cosa sobre la que recae, el cual deriva del contrato celebrado con el deudor para garantizar el cumplimiento de la obligación de que se trate.

Otra definición de *prenda* corresponde al jurista Bernardo Pérez Fernández del Castillo, para quien “es un contrato por virtud del cual se constituye un derecho real sobre un bien mueble enajenable, para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago”.¹⁶⁵

¹⁶³ Voz de Eduardo Vázquez Bote, *Diccionario Jurídico Espasa*, Espasa, Madrid, 1999, pp. 779-780.

¹⁶⁴ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, Op. Cit., p. 586.

¹⁶⁵ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, Op. Cit., p. 339.

Este autor concibe a la *prenda* como un contrato, en que existe un acuerdo de voluntades entre el acreedor y el deudor prendarios, en el sentido de que éste entrega a aquél un objeto mueble, a fin de garantizar el cumplimiento puntual de la obligación. Pero además refiere un derecho a favor del acreedor prendario a que no se refiere la ley ni los tratadistas anteriores: el de *persecución*, que “consiste en que la garantía prendaria se puede hacer valer en contra de cualquier propietario o poseedor de la cosa”¹⁶⁶. De ahí el carácter *erga omnes* de la prenda.

En cuanto a su forma de constitución, la prenda es un contrato real, en virtud de que para tener por constituida la prenda, debe entregarse al acreedor, real o jurídicamente. Por ello, si la cosa no ha sido entregada, no hay contrato de prenda; a lo más habrá un contrato preparatorio o de promesa de prenda. Al respecto, baste señalar los casos que contempla el artículo 334 la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, a saber:

- Por la entrega al acreedor de los bienes o títulos de crédito si éstos son al portador;
- Por la entrega al acreedor del título o del documento que en el crédito conste, cuando el título o crédito materia de la prenda no sean negociables, con inscripción del gravamen en el registro de emisión del título o con notificación hecha al deudor, según que se trate de títulos o de créditos respecto de los cuales se exija o no tal registro;

¹⁶⁶ Idem.

- Por la entrega o endoso del título representativo de los bienes objeto del contrato, o por la emisión o el endoso del bono de prenda relativo.

Excepcionalmente no se hace entrega del objeto prendario al acreedor, en los siguientes casos también contemplados en el citado numeral:

- Por el endoso de los títulos de crédito a favor del acreedor, si se trata de títulos nominativos, y por este mismo endoso y la correspondiente anotación en el registro, si los títulos son de los que exige la ley tal requisito.
- Por el depósito de los bienes o títulos, si éstos son al portador, en poder de un tercero que las partes hayan designado y a disposición del acreedor.
- Por el depósito de los bienes, a disposición del acreedor, en locales cuyas llaves queden en poder de éste, aun cuando tales locales sean de la propiedad o se encuentren dentro del establecimiento del deudor.
- Por la inscripción del contrato de crédito refaccionario o de avío.
- Por el cumplimiento de los requisitos que señala la Ley General de Instituciones de Crédito tratándose de descuento de crédito en libros.

Por otro lado, la prenda es un contrato accesorio, en virtud de que “sigue la suerte y el destino de la obligación que garantiza, de tal manera que

extinguida esta obligación principal, ya sea por el pago, sea por *cualquier otra causa legal*, queda extinguido el derecho de prenda”.¹⁶⁷

Por ejemplo: una institución de crédito otorga un préstamo de dinero a un particular, pagadero a un año, exigiendo como garantía que se le entregue un automóvil. En tal hipótesis, el préstamo bancario es el contrato principal, y la prenda el accesorio, por lo que una vez extinguido el primero por cualquier causa legal, el segundo se extingue automáticamente.

Por otra parte, “...la dicotomía legislativa se hace patente aquí también: la prenda civil (arts. 2856-2892, C. Civ.) presenta su rostro mercantil en un inesperado cuerpo de leyes, como lo es la LGTOC; inesperado, porque su lugar está en el C. Com., de donde se sustrajo para llevarla, inexplicablemente, a su actual morada legislativa, en la que está encajada a golpes de martillo del legislador, pues no configura, por sí sola, operación de crédito alguna.”¹⁶⁸

Debe entenderse que una prenda es mercantil cuando es constituida para garantizar un acto de comercio, o cuando sea constituida por comerciantes dentro de su actividad profesional; al respecto, remito al punto 1.5 del capítulo primero de la presente investigación, para aclarar con mayor puntualidad lo relativo a la mercantilidad de los actos y contratos, la cual gira en torno a la figura del *acto de comercio*.

¹⁶⁷ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Derecho Mercantil*, Op. Cit., p. 233.

¹⁶⁸ DÍAZ BRAVO, Arturo, Op. Cit., p.230.

Por lo que respecta a nuestra legislación mercantil, el artículo 75 del Código de Comercio enlista una serie de actos que reputa como *actos de comercio*, entre los cuales se encuentran precisamente los contratos mercantiles, siendo uno de ellos el de prenda.

Lo anterior, permite concluir que la prenda es mercantil cuando:

1. La constituya un comerciante, verbigracia: una empresa de transporte.
2. Tenga por finalidad garantizar una obligación mercantil, como ocurre cuando la prenda garantiza un préstamo mercantil.
3. Se constituya sobre cosas mercantiles, como lo son los títulos de crédito.

En cuanto al pacto comisorio en el contrato de prenda, éste, de acuerdo con el jurista Arturo Díaz Bravo, "...es la estipulación escrita, de fecha necesariamente posterior a la de constitución de la prenda, por virtud de la cual se faculta al acreedor para hacerse dueño de los bienes pignorados."¹⁶⁹ En efecto, tal afirmación se desprende del artículo 344 de la LGTOC, cuyo texto dispone: "El acreedor prendario no podrá hacerse dueño de los bienes o títulos dados en prenda sin el expreso consentimiento del deudor, manifestado por escrito y con posterioridad a la constitución de la prenda." Al respecto, el jurista Arturo Díaz Bravo comenta: "No carece de interés la determinación del carácter jurídico del pacto comisorio, por cuanto aparentemene permite al acreedor hacerse justicia por propia mano, al apropiarse de bienes sin previo juicio y sentencia en contra del deudor. A mi juicio, la preautorización del

¹⁶⁹ Ibidem., p.239.

deudor conjura el peligro de ilegalidad en la conducta del acreedor, a condición de que la dicha autorización encuentre, a su vez, suficiente apoyo legal; y éste puede surgir de una sencilla combinación de dos figuras: la dación en pago y la condición suspensiva (arts. 1939 y 2095 Código Civil.). En efecto, no otro alcance deber darse a la autorización –contractual o no– conferida *ex nunc* por el deudor al acreedor para que, vencida la obligación principal y en caso de no cumplirse, reciba en pago los bienes pignorados. Creo, pues, que el pacto comisorio es una dación en pago, sujeta a condición suspensiva.”¹⁷⁰

No estoy de acuerdo con éste último punto expuesto por el maestro Díaz Bravo, pues no se debe considerar al pacto comisorio como una dación en pago sujeta a condición suspensiva, ya que, como se explicó en el capítulo anterior, el pacto comisorio tiene características propias que lo permiten distinguir de las figuras en mención.

Por otra parte, no considero que la prenda mercantil sea inconstitucional, toda vez que, además de requerir acuerdo posterior a la constitución de la prenda para poder operar, lo cual da oportunidad al deudor de decidir sobre el destino de la cosa dada en prenda después de celebrado el contrato en cuestión, y quizá, una vez habiendo incurrido en mora, de tal suerte que permite disponer al deudor de sus bienes para saldar la deuda contraída, o bien, permite no hacerlo, dando opción al deudor de acuerdo a su voluntad de pagar o no con la cosa dada en prenda, sin necesidad de acudir a una instancia judicial.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p.p. 239 y 240.

Lo anterior cobra importancia si el deudor, está plenamente consciente de lo que pacta y desea pagar con el bien dado en prenda, para dar por terminada una operación jurídica a la cual se obligó y por la cual no desea seguir mayores trámites como lo son los necesarios para la tramitación de la instancia judicial, lo cual implica invertir tiempo, dinero y esfuerzo.

Lo arriba expuesto, tiene apoyo además, en el hecho de que las actividades comerciales se han acrecentado ostensiblemente, lo que necesariamente implica que los contratos mercantiles, en sus distintas clases, se celebren, porque “la actividad de los comerciantes consiste esencialmente en contratar”.¹⁷¹ Es decir, quienes se dedican a producir, comercializar, prestar o intercambiar productos y servicios, lo hacen valiéndose del contrato mercantil, dado que éste es un instrumento jurídico que permite agilizar dichas transacciones, en condiciones de equidad y legalidad.

En consecuencia, en la medida en que los vínculos económicos y comerciales entre comerciantes y no comerciantes aumenta, la utilidad práctica del contrato mercantil es mayor, pues, permite que las transacciones y las operaciones comerciales se realicen con seguridad y agilidad, coadyuvando a que el proceso económico adquiera la rapidez y certeza que demanda la sociedad.

Precisamente, el pacto comisorio en el contrato de prenda mercantil encuentra justificación en el hecho de que quienes realizan tales actividades mercantiles deben tener una mayor seguridad jurídica, lo cual implica, entre

¹⁷¹ VÁSQUEZ DEL MERCADO, Óscar, Op. Cit., p. 55.

otras cosas, que los acreedores prendarios puedan acordar expresamente la rescisión unilateral del contrato y quedarse con el objeto prendario, sin necesidad de promover un juicio que redundaría en pérdida de tiempo y dinero para los que realizan actividades comerciales.

Por tanto, este caso de pacto comisorio regulado en el sistema jurídico mexicano está plenamente justificado, ya que mientras nazca del acuerdo de voluntades entre acreedor y deudor, y no contravenga una norma de orden público, resulta válido.

4.2. EL FIDEICOMISO EN GARANTÍA.

Siguiendo con el mismo sistema que en el inciso anterior, primeramente haré una explicación teórica del fideicomiso, para luego examinar como funciona el pacto comisorio en él.

El fideicomiso, en su sentido gramatical, es “la donación testamentaria hecha a una persona encargada de restituirla a otra o ejecutar alguna voluntad del testador”.¹⁷² Esta definición, desde luego, no tiene el alcance jurídico que le da la legislación.

Jurídicamente, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito trata de definir en su artículo 381 lo que es el *fideicomiso*, estableciendo: “*En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria*”.

¹⁷² GARCÍA-PELAYO Y GROSS, Ramón, Op. cit., p. 466.

El texto legal no es propiamente una definición del fideicomiso, sino una descripción de su contenido, que no aporta elementos suficientes para comprender cómo opera dicha figura, además de que no se aclara que se entiende por “afectación”.

Puesto que los anteriores conceptos no permiten saber con claridad lo que es el fideicomiso, me remito a las opiniones de connotados juristas.

Para el maestro Joaquín Rodríguez Rodríguez el *fideicomiso*: “es un negocio jurídico indirecto y fiduciario en virtud del cual la institución fiduciaria adquiere la propiedad de ciertos bienes que le transmite el fideicomitente, con obligación de dedicarlos a un fin convenido”.¹⁷³

Parece interesante la definición del citado jurista. En primer término, porque alude a *negocio jurídico*, que según el autor Hans Nawiasky “son actos tendientes a la creación, extinción o modificación de deberes jurídicos o legitimaciones, en los que rige, por tanto, la voluntad de obtener el efecto jurídico”.¹⁷⁴

Entiendo que el motivo por el cual el jurista Joaquín Rodríguez concibe al *fideicomiso* como *negocio jurídico* radica en que, como lo explicaré posteriormente, se da una libertad a quienes intervienen para que determinen su finalidad y como la llevarán a cabo. En otras palabras, la ley no es tan

¹⁷³ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, Op. Cit., p. 619.

¹⁷⁴ NAWIASKY, Hans, *Teoría General del Derecho*, 2ª ed., Editora Nacional, México, 1990, p. 284.

rígida en la regulación de este contrato, sino que da un margen mayor de maniobra para que pacten las partes.

Continuando con el análisis de la definición en comento, infiero que la ejecución del fin del fideicomiso se encomienda en forma exclusiva a una institución fiduciaria, que de acuerdo con el art. 85 de la LIC, así como con el art. 399 de la LGTOC, pueden serlo las instituciones de crédito, tales como la banca múltiple y banca de desarrollo, el Banco de México, afianzadoras, aseguradoras, casas de bolsa, almacenes generales de depósito y sociedades financieras de objeto limitado (SOFOLLES), pudiendo éstas dos últimas sólo ser fiduciarias en fideicomisos de garantía. Asimismo, los bienes que el fideicomitente entrega a la fiduciaria los entrega en propiedad, por lo que no es válido que aquél pueda exigir su devolución.

El jurista Dávalos Mejía, cita al autor Jorge Domínguez Martínez, y propone la siguiente definición de fideicomiso: “un negocio jurídico que se constituye mediante la declaración unilateral de voluntad de un sujeto llamado fideicomitente, por virtud de la cual destina ciertos bienes o derechos a un fin lícito y determinado, y la ejecución de los actos que tiendan a ese fin deberán realizarse por la institución fiduciaria que se hubiere obligado contractualmente a ello”.¹⁷⁵

Esta definición concuerda en términos generales con la anterior. Sin embargo, no estoy de acuerdo en que el fideicomiso se constituye con la declaración unilateral de voluntad, pues en mi opinión se concreta hasta el

¹⁷⁵ DÁVALOS MEJÍA, L. Carlos, Titulos y Contratos de Crédito, Quiebras, 5ª ed., Porrúa, México, 1991, p. 429.

momento en que existe un acuerdo de voluntades entre fideicomitente y fiduciaria acerca de la realización del fin de aquél.

Con las definiciones anteriores basta para comprender que el fideicomiso es un contrato mercantil (porque la LGTOC la regula como una operación de crédito), por el cual el fideicomitente encarga a una institución fiduciaria la realización de un fin determinado, a cuyo efecto le da en propiedad ciertos bienes.

Las principales características del fideicomiso, son, a decir del autor Carlos Dávalos, las siguientes:

- “Afectación de parte de un patrimonio a la realización de un fin.
- “Fin que deberá ser lícito (sic) y en todo caso determinado.
- “Realización del fin no queda a cargo de aquél que se desprendió de ciertos bienes, sino a cargo de una institución fiduciaria exclusivamente.
- “Realización de tal fin podrá o no tener un destinatario específico, el cual en la materia se denomina fideicomisario”.¹⁷⁶

En torno a la forma en que funciona el fideicomiso, me permito explicar la mecánica en los términos siguientes:

1. El fideicomitente se desprende de una parte de su patrimonio, destinándolo a un fin determinado, que debe ser lícito y físicamente posible.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 426.

2. Dicho patrimonio (puede comprender todos los derechos y bienes del fideicomitente, salvo los personales), desprendido del fideicomitente, se transmite en propiedad a la institución fiduciaria, que de acuerdo a la Ley de Instituciones de Crédito únicamente puede ser una institución bancaria, a efecto de que ésta se encargue de cumplir el fin del fideicomiso.

3. La fiduciaria no sólo es titular del patrimonio transmitido por el fideicomitente, sino de los derechos y obligaciones necesarios para cumplir el fin del fideicomiso.

4. Por lo general, la persona que se beneficia por la realización del fin del fideicomiso es el fideicomisario, el cual puede ser indeterminado al momento de constituirse aquél. Dicha persona puede exigir a la institución fiduciaria el cumplimiento del fin del fideicomiso, por ser la beneficiaria.

5. Una vez que se ha cumplido el fin del fideicomiso, las cosas vuelven al estado que tenían antes de constituirse el fideicomiso, salvo que fuera de transmisión de la propiedad.

Existen diversas clases de fideicomiso; aunque el único que interesa por cuanto hace a la presente investigación es el de garantía. Aplicando las anteriores consideraciones que he mencionado acerca del fideicomiso, se afirma que el *fideicomiso en garantía* es el contrato mercantil por el cual el fideicomitente encarga a una institución fiduciaria garantizar una obligación, a cuyo efecto le da en propiedad ciertos bienes.

El objeto o cosas sobre las cuales puede recaer el fideicomiso referido pueden ser: valores de renta fija o variables, inmuebles, dinero, etcétera.

En cuanto al pacto comisorio en el *fideicomiso en garantía*, si llegado el día en que el deudor, que debiendo haber cumplido en tiempo y forma, no cumpla con su obligación garantizada, se procederá en la forma que hubiesen acordado las partes. De lo contrario, el acreedor actuará de la forma en que lo indica el artículo 83 de la Ley de Instituciones de Crédito, que textualmente ordena:

“A falta de procedimiento convenido en forma expresa por las partes en el acto constitutivo de los fideicomisos que tengan por objeto garantizar el cumplimiento de obligaciones, se aplicará el procedimiento establecido en los dos primeros párrafos del artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, a petición del fiduciario”.

“Si el deudor no se opone a lo previsto en dicho artículo, el juez mandará que se dé cumplimiento a lo establecido en el acto constitutivo del fideicomiso o sus modificaciones”.

Haciendo remisión a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se encuentra que una disposición aplicable al contrato de prenda es aplicable al fideicomiso en garantía. Me refiero a su artículo 341, de cuya interpretación resulta que se faculta al acreedor para pedir al juez que autorice la venta de los bienes o títulos dados en fideicomiso cuando se venza la obligación garantizada.

De la petición del acreedor se da traslado al deudor para que oponga las excepciones y defensas que le asistan. Desde luego, aunque no lo dice el artículo en comento, también podrá el deudor oponerse a la venta exhibiendo el importe del adeudo. En caso contrario, se autorizará su venta.

4.3 LA CAUCIÓN BURSÁTIL.

Se entiende por ella: “Contrato por virtud del cual una persona denominada otorgante de la caución, afecta en garantía determinados valores depositados en una institución para el depósito de valores, a favor de otra, denominada acreedor, para asegurar el cumplimiento de obligaciones propias o de terceros, pudiendo convenirse en el mismo la ejecución extrajudicial en caso de incumplimiento, por medio de un ejecutor”¹⁷⁷

El contrato de caución bursátil se constituye sobre los valores que una casa de bolsa o una institución de crédito mantienen en guarda y administración, como consecuencia de la celebración entre éstos y el otorgante de la caución de un Contrato de intermediación bursátil (casas de bolsa) o de un contrato de depósito Bancario de Títulos de administración y Comisión Mercantil (instituciones de crédito); dichos valores deben estar inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios, cotizar en la Bolsa Mexicana de Valores, S.A. de C.V. (BMV) y estar depositados en una institución para el depósito de valores (Indeval o Banxico). Como se puede observar, se trata de valores bursátiles, los cuales aunque la LMV no lo especifique, es conveniente

¹⁷⁷ IGARTÚA ARAIZA, Octavio, Introducción al estudio del Derecho Bursátil mexicano, 2ª ed., Ed. Porrúa, S.A. de C.V., México, 1998, p. 345.

que sean de alta o media bursatilidad conforme a las publicaciones de la BMV.¹⁷⁸

De acuerdo con el art. 99 LMV, para la constitución de la caución bursátil no es necesario hacer endoso y entrega material de los títulos objeto de la caución, ni en su caso la anotación en el registro del emisor; “El espíritu de esta disposición lo constituye el hecho de que los títulos o valores que se negocian en bolsa no se encuentran, por lo general, en poder de su titular sino que se encuentran depositados en una institución para el depósito de valores concesionada para tales fines”.¹⁷⁹

El contrato, una vez suscrito por las partes que intervienen en él, deberá ser remitido por la casa de bolsa o institución de crédito que tenga el carácter de depositaria de los valores objeto de la garantía, al INDEVAL, junto con la solicitud para la apertura o incremento de la cuenta de valores depositados en garantía. Se podrá pactar en el contrato la venta extrajudicial de los valores, siempre y cuando al menos se observe el procedimiento de ejecución establecido en el artículo 99 LMV:

- a) Nombramiento de un ejecutor de la caución;
- b) Si al vencimiento de la obligación garantizada o cuando deba reconstituirse la caución bursátil, el acreedor no recibe el pago o se incrementa el importe de la caución, éste solicitará al ejecutor la venta extrajudicial de los valores afectos en garantía;

¹⁷⁸ Cfr. ÁLVAREZ MOSCOSO, Sarah, Contratos Bancarios, El contrato de caución bursátil, Textos jurídicos Bancomer, México, 1999, p. 294.

¹⁷⁹ CARVALLO YAÑEZ, Erick, Nuevo Derecho Bancario y Bursátil mexicano, 5ª ed; Ed. Porrúa, S.A. de C.V., México, 2000, p.211.

- c) Notificación al otorgante de la caución y al Indeval para que ésta última inmovilice los valores afectos en garantía. El otorgante de la caución podrá oponerse a la venta, únicamente exhibiendo el importe del adeudo o el comprobante de su entrega al acreedor, o aportando la garantía faltante. Antes de que se hagan dichas notificaciones, podrá pactarse la facultad del otorgante de la caución, de sustituir a satisfacción del acreedor los valores dados en garantía.
- d) El ejecutor procederá a la venta de los valores caucionados, si el otorgante de la caución no exhibe o acredita el pago o incrementa la caución en cantidad suficiente; dicha venta se hará a través de la BMY y al precio de mercado del día de su venta. El importe de la venta lo entregará el ejecutor al acreedor, y si hubiere un remanente, tanto en efectivo como en valores, queda a disposición del otorgante de la caución.

De acuerdo con el art. 99 LMV, para la constitución de la caución bursátil no es necesario hacer endoso y entrega material de los títulos objeto de la caución, ni en su caso la anotación en el registro del emisor; “El espíritu de esta disposición lo constituye el hecho de que los títulos o valores que se negocian en bolsa no se encuentran, por lo general, en poder de su titular sino que se encuentran depositados en una institución para el depósito de valores concesionada para tales fines”.¹⁸⁰

“En la práctica no tiene ningún sentido la celebración de un contrato de caución sin pacto para la venta extrajudicial de los valores afectados, siendo éste la parte medular del contrato de caución bursátil, evitar un proceso

¹⁸⁰ Ibidem p.212.

judicial que puede tomar meses, o hasta años, a través de la venta extrajudicial de los valores en la bolsa de valores correspondiente.”¹⁸¹

4.4. UN CASO INCONSTITUCIONAL DE RESCISIÓN SIN DECLARACIÓN JUDICIAL REGULADO EN EL CONTRATO DE SEGURO.

La inclusión de este punto dentro de la presente investigación sin ser un caso de pacto comisorio, tiene su explicación en el hecho de poder comparar un caso en donde opera una rescisión de pleno derecho que permite a una de las partes hacerse justicia por sí misma, para así poder confrontar esto con los casos de pacto comisorio regulados por la ley.

De acuerdo con el art. 1º de la LCS, por el contrato de seguro, la empresa aseguradora se obliga, mediante una prima, a resarcir un daño o a pagar una suma de dinero al verificarse la eventualidad prevista en el contrato.

En el caso de este contrato, dada su vasta regulación jurídica, únicamente me limitaré a mencionar el caso de rescisión de pleno derecho inconstitucional regulado dentro de él.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 52 de la LCS, el asegurado, dentro de las 24 horas siguientes a su conocimiento, debe informar a la empresa aseguradora de cualquier agravación esencial del riesgo, pues, si no lo hace, o si la agravación es provocada por él, cesarán de pleno derecho las obligaciones de dicha empresa. Por agravación esencial se entiende todo

¹⁸¹ IGARTÚA ARAIZA, O., op. Cit. p. 349.

hecho importante para la apreciación de un riesgo, de tal suerte que la empresa habría contratado en condiciones diversas si al celebrar el contrato hubiese conocido una agravación análoga. (art. 53 LCS)

Pues bien, haciendo referencia al riesgo dentro del contrato en mención, el cual consiste en la posibilidad de que ocurra un acontecimiento dañoso, así como a la terminación anticipada que del contrato puede hacer la empresa aseguradora, el Dr. Arturo Díaz Bravo comenta: “He aquí un ejemplo, entre tantos otros que ofrece el derecho de seguros, de que, con la bendición legal, la empresa de seguros puede hacerse justicia por propia mano, pues, por sí y ante sí, le es dado calificar de esencial una agravación, y con ello negar el pago en su momento, sin declaración judicial de rescisión del contrato.”¹⁸²

En efecto, según se desprende del artículo 56 de la LCS, la empresa aseguradora podrá rescindir el contrato, en el caso antes mencionado, mediante simple comunicación de ello al asegurado.

Creo que éste es un caso en el que una de las partes puede hacerse justicia por sí misma que opera ipso iure, violando con ello el art. 17 Constitucional, toda vez que no se basa propiamente en un pacto entre las partes, sino en una disposición de la LCS, que no da oportunidad al asegurado de pactar al respecto, sino que deliberadamente se incluye en los contratos de seguro, disposición a mi parecer inconstitucional, que permite a la empresa hacerse justicia por sí misma, ante el incumplimiento del asegurado de haber dado aviso a la empresa aseguradora sobre la agravación esencial del riesgo, agravación que, como ya se dijo, es calificada unilateralmente por la

¹⁸² DÍAZ BRAVO, Arturo, op. Cit. p. 156.

aseguradora. La anterior disposición, en mi opinión es violatoria del artículo 17 Constitucional, pues no media consentimiento recíproco de las partes para resolver el contrato en la hipótesis planteada por las partes. Al efecto, explicaré ahora lo relativo a la constitucionalidad o no del pacto comisorio en nuestro derecho mexicano.

4.5. ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DEL PACTO COMISORIO.

Para poder determinar si el *pacto comisorio* es constitucional o no, hay que partir de la base de que la Constitución, siendo el ordenamiento fundamental de nuestro sistema jurídico, contiene en su parte dogmática, la cual comprende de los artículos 1° al 29, lo que se conoce como *garantías individuales o garantías del gobernado*, que a decir del maestro Luis Moral Padilla, son el “el conjunto de normas jurídicas que imponen deberes y a la vez otorgan facultades a todo individuo, y que el Estado concede como garantía mínima para frenar el abuso del poder estatal; o como el conjunto de derechos fundamentales que tiene el individuo por el sólo hecho de ser humano, y que le sirven para hacerlos valer frente al Estado, frenando con ellos el abuso del poder estatal”.¹⁸³

El prestigiado jurista Ignacio Burgoa, por su parte, comenta que las garantías individuales, a las que acertadamente denomina *derechos de los gobernados*, son: “la consagración jurídico-positiva de esos elementos (derechos del hombre), en el sentido de investirlòs de obligatoriedad e

¹⁸³ MORAL PADILLA, Luis, *Notas de Derecho Constitucional y Administrativo*, 1ª ed., McGraw-Hill, México, 1997, p. 79.

imperatividad para atribuirles respetabilidad por parte de las autoridades estatales y del Estado mismo”¹⁸⁴.

Consecuentemente, las garantías individuales o derechos de los gobernados constituyen un freno a la actuación estatal; una esfera jurídica que no debe ser violentada, sino en los casos y bajo las condiciones y requisitos que la propia Ley Fundamental señala.

Dichas garantías individuales son de diversas clases, a saber:

- De seguridad;
- De libertad;
- De propiedad; y
- De legalidad.

Ahora bien, la razón por la cual realizo estos comentarios previos en torno a las garantías individuales es porque para analizar la constitucionalidad del pacto comisorio debo hacerlo a la luz de dos preceptos de la Carta Magna, que consagran garantías de seguridad jurídica, a los cuales pudiera oponerse aquél: 14 y 16.

Antes de ello, conviene decir que las garantías de seguridad son “el conjunto general de condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas a que debe sujetarse una cierta actividad estatal autoritaria para

¹⁸⁴ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, Las Garantías Individuales, 29ª ed., Porrúa, México, 1997, p. 187.

generar una afectación válida de diferente índole en la esfera del gobernado, integrada por el *summum* de sus derechos subjetivos”.¹⁸⁵

Artículo 14 constitucional.

Este precepto consagra en su segundo párrafo la garantía de audiencia, que a la letra ordena:

“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”.

La garantía de audiencia a que alude el párrafo transcrito, está integrada, a decir del jurista Ignacio Burgoa, por cuatro garantías específicas de seguridad jurídica:

1. El juicio previo al acto de privación;
2. Que dicho juicio se siga ante tribunales previamente establecidos;
3. El cumplimiento o la observancia de las formalidades procesales esenciales; y
4. La decisión jurisdiccional ajustada a las leyes vigentes con anterioridad a la causa que origine el juicio.¹⁸⁶

¹⁸⁵ Ibidem p. 504.

¹⁸⁶ Ibidem. p. 537.

En pocas palabras, lo que la garantía de audiencia implica es que a nadie puede privársele de algún derecho sin antes ser oído y vencido en juicio.

Ahora bien, en el caso del pacto comisorio, una de sus consecuencias jurídicas es dar por terminado un contrato de manera unilateral y sin previo juicio ante los tribunales previamente establecidos, por haberse pactado así previamente. En tal sentido, la interrogante que se plantea es si las partes pueden así pactarlo, o se precisa de un juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en que después de cumplirse las formalidades esenciales, la autoridad jurisdiccional competente resuelva dar por terminado el contrato.

Sobre este punto, el doctrinario Jorge Treviño Martínez citado por el maestro Gutiérrez y González refiere: “Ciertamente, la resolución del contrato en los términos del artículo 1949 del Código Civil Federal tiene el carácter de una sanción de los compromisos contractuales y como tal, es interpretativa de la voluntad de las partes; es una sanción que no necesita llevarse a juicio para que opere, en tanto que la parte en contra de la cual se aplica, así lo ha querido al manifestarse tácitamente su voluntad de incumplir con sus obligaciones”.¹⁸⁷

Por lo tanto, si las partes contratantes, al momento de elaborar el contenido de un contrato, insertan una cláusula en la cual establecen como sanción el pacto comisorio a quien incumpla con sus obligaciones, evidentemente lo hacen a sabiendas de que en el momento en que tal situación se presente, la parte cumplida podrá resolver unilateralmente el contrato, sin necesidad de acudir ante los tribunales, situación que tiende a proteger a los

¹⁸⁷ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, Op. Cit., p. 705.

contratantes de buena fe, por lo que resulta equitativa y justa, evitando juicios que sólo entorpecen y retardan los contratos mercantiles.

Artículo 17 constitucional.

Los dos primeros párrafos del artículo 17 de la Carta Magna disponen:

“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”.

Para entender el sentido de la garantía de seguridad jurídica citada, hay que partir del hecho de que en todas las sociedades y en todos los tiempos han existido y seguirán existiendo conflictos entre los individuos, motivados por un sinfín de cuestiones. Lógicamente, aquellos tienen que resolverse para aspirar a una armonía y orden sociales, siendo por tanto imprescindible que la propia colectividad establezca los mecanismos a través de los cuales se van a resolver los conflictos, cuya naturaleza depende sin duda del grado de evolución de las ideas y del derecho, en un lugar y tiempo determinados.

El primer mecanismo de solución de los conflictos fue la autodefensa o legítima defensa, en que imperaba la ley del más fuerte o hábil.

Posteriormente, surge la autocomposición, en donde la solución de controversias se resolvían a través de mutuas concesiones de las partes (transacción) o por la aceptación de la pretensión de su contraparte (allanamiento). Finalmente, la heterocomposición, que constituye el medio más avanzado de solución de controversias, en que se deja a un tercero ajeno a las partes la resolución del conflicto, nombrado por las partes (árbitro) o por el Estado (juez), y cuyas decisiones son obligatorias para los contendientes.

De esta forma, en este último supuesto el Estado crea tribunales jurisdiccionales encargados expresamente de resolver las controversias surgidas entre las partes, a los cuales puedan acudir las partes en conflicto para solucionarlo, siendo precisamente a través de la acción como los particulares pueden acudir ante los tribunales, incitándolos a que intervengan y apliquen la norma abstracta al caso concreto, constituyendo la acción un derecho público subjetivo.

Luego entonces, lo que el artículo 17 constitucional prohíbe es que se retorne a viejas prácticas en que imperaba la *Ley del Talión* (verbigracia: en la Edad Media en que se permitía la venganza privada); que se vuelvan a ejercer actos de barbarie que nada tienen que ver con el Estado moderno. Igualmente impide que los gobernados hagan uso de la fuerza para reclamar sus derechos, ya que el artículo 8° constitucional consagra el derecho de petición, que puede ser ejercido por los particulares para hacer alguna reclamación, a condición de que se haga de manera escrita, pacífica y respetuosa, teniendo las autoridades la obligación de responder en un breve término.

El prestigiado jurista Ignacio Burgoa afirma que el artículo 17 constitucional impone a los gobernados un deber de abstenerse de ejercer justicia por sí mismos, correlativo al derecho de acudir ante los tribunales a incitarlos a que actúen para resolver la contienda. Del mismo modo, el Estado, a través de sus órganos jurisdiccionales, tiene la obligación de administrar justicia, respetando el derecho público subjetivo que consagra el multicitado precepto constitucional, con lo cual garantiza la paz y orden sociales.¹⁸⁸

Por su parte, los juristas Emilio Rabasa y Gloria Caballero, comentan que el artículo 17 de nuestra Ley Fundamental: “afirma el derecho que cualquier persona tiene para acudir ante los tribunales y que éstos hagan justicia, ya que las contiendas que surgen entre particulares cuando éstos no puedan resolverlas en forma pacífica y de común acuerdo, es necesario que lo haga un órgano del Estado facultado para ello, órgano que debe emitir sus resoluciones lo más pronto posible, con imparcialidad y juzgar el conflicto sujeto a su consideración en todos sus puntos”.¹⁸⁹

Me parece interesante destacar la observación que hacen los citados autores en el sentido de que los conflictos que surgen entre los gobernados deben tratar de resolverse primeramente en forma amistosa entre los involucrados, dejando como una última vía recurrir a los órganos jurisdiccionales. Esto tiene una utilidad mayúscula tratándose del tema que nos ocupa, es decir, la constitucionalidad o no del pacto comisorio.

¹⁸⁸ Cfr. BURGOA ORIHUELA, Ignacio, Op. Cit., p. 637 y 638.

¹⁸⁹ RABASA, Emilio O. y Gloria Caballero, Mexicano: ésta es tu Constitución, 9ª ed., Porrúa, México, 1994, p. 77.

Para ello, tengo que tomar como punto de partida que el contrato mercantil constituye uno de los instrumentos jurídicos que mayor utilización tienen en la época actual, dados los vínculos económicos establecidos entre todos los agentes económicos que se multiplican cada día más, gracias al fenómeno llamado globalización.

Naturalmente que en el contrato prevalece la autonomía de la voluntad, la cual implica no sólo la *libertad de contratar*, entendida como la facultad que tienen las personas “para celebrar o no celebrar el contrato y para escoger a la persona con que va a contratarse”,¹⁹⁰ sino de la *libertad contractual*, relativa a la potestad de decisión “en cuanto a la forma y al contenido del contrato”.¹⁹¹ Y precisamente en este último aspecto es en el que se piensa tiene cabida el pacto comisorio, ya que si es un acuerdo de las partes establecerlo en el contrato, es perfectamente válido, ya que no es contrario a la ley ni a las buenas costumbres.

En reforzamiento de tal aseveración, hay que tener presente que la ley faculta a las partes contratantes para estipular las cláusulas que crean convenientes, precisamente en virtud de constituir la autonomía de la voluntad el principio que rige en materia de contratos.

Igualmente, si en materia de contratos cada uno se obliga en la manera y términos que quiso obligarse, resulta lógico que si en un contrato mercantil se estableció el pacto comisorio expreso, para el caso de que alguna de las partes incumpliera con las obligaciones a su cargo, resulta

¹⁹⁰ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los Contratos Civiles*, Op. Cit., p. 5.

¹⁹¹ Idem.

perfectamente válido. Porque insisto, es el fruto de la voluntad negocial de las partes que tiene por objeto reservarse ellas la facultad de resolver total o parcialmente el contrato mercantil en virtud del incumplimiento injusto de las obligaciones consignadas en el pacto.

Por otra parte, el *pacto comisorio* no contraviene el principio que determina que *la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes*, habida cuenta que son ambas partes las que lo acuerdan libremente al momento de celebrar el contrato. Luego, no puede afirmarse que uno de los contratantes impone su voluntad al otro respecto al pacto comisorio. Y aunque ciertamente, quien hace valer el pacto comisorio ante el incumplimiento del otro contratante, lo hace unilateralmente, ello no significa que éste actúe arbitrariamente.

El *pacto comisorio* tampoco contraviene lo ordenado por los artículos 6º, 7º y 8º del Código Civil para el Distrito Federal, puesto que la voluntad de los contratantes de ningún modo implica una inobservancia de ninguna ley de orden público, ni contraviene leyes prohibitivas.

De lo dicho con antelación, evidentemente el pacto comisorio es perfectamente legal.

Ahora bien, para precisar si es constitucional o inconstitucional, particularmente en su oposición o no con el artículo 17 de la Carta Magna, debemos dejar en claro que “hacerse justicia por sí mismo” es un acto prohibido por la norma fundamental referida, porque atenta contra el Estado

moderno y la seguridad y paz social, además de que le corresponde únicamente a los tribunales estatales la impartición de justicia.

En el caso del pacto comisorio, la parte que lo hace valer en el contrato en específico, dándolo por resuelto, no está haciéndose justicia por sí misma, sino únicamente ejerciendo una facultad contractual determinada por un acuerdo de voluntades previamente fijado en el acto jurídico. Porque el hecho de que una persona rescinda unilateralmente el contrato cuando la otra ha incumplido con lo pactado, no es actuar arbitrariamente, sino en la forma pactada y de manera equitativa, pues si ella fuera la incumplida, la otra sería la que tendría el mismo derecho. Por tanto, están en plena igualdad.

Al respecto, el tratadista Jorge Treviño Martínez, citado por el jurista Gutiérrez y González, expresa que no es correcto afirmar que “el contratante que se vea afectado por el incumplimiento de su contraparte, se esté haciendo justicia por su propia mano, pues no está usando de una justicia por violencia, por vías de hecho, sino que por el contrario la propia ley se la concede, siempre y cuando se cumpla el requisito por ella establecido: la voluntad de la contraparte consiste en el no cumplimiento de sus obligaciones”.¹⁹²

Más aún, cuando las partes convienen en el pacto comisorio, lo que hacen es prevenir el posible incumplimiento de alguna de ellas, las consecuencias jurídicas que de aquél se derivarán, así como evitar perder tiempo en acudir ante los tribunales a que se declare la resolución del contrato, cuando ello se puede hacer desde un principio.

¹⁹² GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, Op. Cit., p.706.

Si se me permite, la disertación diría que la persona que justificadamente hace valer el pacto comisorio hace un acto justo, puesto que si la otra contratante incumplió con sus obligaciones, a la otra no puede pedírsele que siga cumpliendo con las prestaciones que a ella corresponden. Pero no es hacerse justicia por sí misma en el sentido que cabe interpretar del artículo 17 constitucional.

Un último argumento probatorio de que el pacto comisorio no viola el artículo 17 constitucional lo proporciona el jurista Jorge Treviño Martínez, quien es citado por el autor Gutiérrez y González, al señalar que en todo caso, “el deudor tendrá siempre el derecho de defensa para hacerlo valer en contra de un acreedor que en forma injusta e ilegal pretenda rescindir el contrato entre ellos celebrado, en los términos del artículo 1949 del Código Civil”.¹⁹³

Como conclusión, el pacto comisorio es constitucional, ya que no viola ningún precepto de la Ley Suprema, ni disposiciones legales mexicanas.

Luego de lo expuesto en la presente investigación, es dable concluir que es importante que el pacto comisorio se incluya como cláusula en los contratos mercantiles de manera expresa, no sólo porque responde a un acuerdo de voluntades, sino porque evita que la parte perjudicada por el incumplimiento de sus obligaciones de la contraparte tenga que esperar una resolución judicial para resolver un contrato que, por justicia y economía procesal puede hacerse unilateral y extrajudicialmente.

¹⁹³ Cfr. Idem.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El contrato mercantil es el acuerdo de dos o mas voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones cuyo contenido sean actos de comercio.

SEGUNDA.- Las figuras jurídicas de resolución y rescisión son distintas, con causas de procedencia y efectos propios, por lo que no considero adecuada la postura de los muy respetables autores Ramón Sánchez Medal y Manuel Borja Soriano en el sentido de catalogar a las referidas figuras jurídicas como sinónimas, pues ello me parece que desnaturaliza la concepción que tradicionalmente se ha vertido sobre las figuras en comento; creo más bien, que debieron haber dicho que para los Códigos Civil Federal y del Distrito Federal, dichas figuras resultan sinónimas, pues así las reguló el legislador en los cuerpos legales referidos, sin hacer distinción clara entre ambas figuras, y utilizándolas indistintamente.

TERCERA.- Considero que el hecho de que el legislador no haya distinguido con claridad la resolución de la rescisión, utilizándolas indistintamente, denota una deficiente técnica jurídica que refleja un entendimiento confuso de las figuras en mención, lo que no autoriza a decir que dichas figuras son sinónimas, sino más bien que el legislador de 1928 las reguló como tales.

CUARTA.- Por lo anterior, propongo que se haga una reforma al Código Civil Federal tendiente a delimitar claramente los alcances de cada caso en el ordenamiento legal aludido, pudiendo quizá dichas reformas ser inspiración

futura de los Códigos Civiles nacionales, dando con ello certidumbre jurídica a quienes recurran a esas formas de terminación de contratos.

Las reformas que propongo son las siguientes:

Por cuanto hace a la rescisión, es necesario respetar la concepción clásica que tuvo su origen en el Derecho Romano, sobre la cual se ha insistido en la doctrina a través de autores como Messineo, De Ruggiero, Puig Peña, De los Mozos, Galindo Garfias, etc y que consagran los Códigos civil francés, el alemán, el italiano, y que entre otros, el nuestro consagró antes de que se reformara el art. 17 del Código Civil, consistente en considerar a la lesión como causa de rescisión; asimismo, debe añadirse como causa de rescisión lo expuesto en el párrafo siguiente.

Considero útil la regulación que se hace en Argentina respecto de la lesión en el art. 1200 del Código Civil de aquel país, considerando que la rescisión actúa como causa de extinción de los contratos, deshaciendo un vínculo contractual existente y válido, por decisión de ambas partes (distracto o mutuo disenso) a través de un convenio, así como lo que explica el tratadista argentino Zannoni en el sentido de que las partes involucradas en un negocio jurídico pueden prever que una de ellas, o ambas, pero en todo caso, unilateralmente, podrán en el futuro dejar sin efecto el negocio jurídico, tratándose de una facultad “ex nunc”, en cuanto a la eficacia vinculante del negocio, siendo entonces una rescisión unilateral convenida con efectos para el futuro, operante respecto de actos de tracto sucesivo.

Luego entonces, el concepto que propongo de rescisión para ser plasmado en nuestro Código Civil Federal contiene lo antes mencionado, además del clásico concepto de rescisión, y es el siguiente:

Rescisión.- Es un convenio por virtud del cual ambas partes, o una de ellas previamente facultada para ello en un contrato o por la ley, deja(n) sin efectos un contrato previamente celebrado y declara(n) extinguidas con proyección hacia el futuro y sin cumplimiento total las obligaciones emanadas del mismo; o bien, la ineficacia de los actos jurídicos motivada por lesión, con privación de efectos para lo futuro.

Ejemplos de casos particulares:

1.- Podría ser rescindible el contrato de asociación en participación por virtud del cual se otorgaran de manera lesiva utilidades considerablemente mayores al socio que aportó menos dinero, y menores utilidades al socio que aportó una suma de dinero considerablemente mayor, no existiendo otro tipo de aportaciones sino las pecuniarias. (arts. 16, 252 y 258 LGSM)

2.- El acuerdo de todos los miembros de una sociedad en el sentido de disolverla. (art. 229 f. III LGSM)

3.- El acto por medio del cual un socio que no está conforme con el cambio de objeto de la sociedad acordado por los socios que representen cuando menos las tres cuartas partes del capital, decide separarse de la sociedad. (art. 206 en relación con el 182 f. IV y 190 todos de la LGSM)

4.- El acto por medio del cual el arrendador o el arrendatario que hayan celebrado un contrato de arrendamiento de predio urbano sin expresión de tiempo determinado, se de aviso por escrito a la otra parte con quince días de anticipación sobre la terminación del mismo. (art. 2478 Código Civil Federal)

Por cuanto hace a la resolución, considero que, como se expuso en este trabajo, la misma procede ante el incumplimiento culpable de una de las partes; si se realiza un hecho que se previó incierto en el contrato; o bien, si se vence el plazo pactado en el contrato, por lo que propongo que debe entenderse por resolución para ser plasmado en nuestro Código Civil Federal la siguiente definición:

RESOLUCIÓN: Es la terminación o privación de efectos jurídicos de un negocio jurídico por sí mismo válido con efectos retroactivos cuando la naturaleza del acto jurídico lo permite, como consecuencia del incumplimiento de la obligación de una de las partes en un contrato, o bien por haberse realizado la condición resolutoria prevista por las partes que celebraron el acto jurídico, o finalmente, por vencerse el plazo pactado en el contrato

Características:

- 1.- Requiere siempre la producción de un acontecimiento sobreviniente, previsto por las partes o por la ley para que puedan operarse sus efectos.
- 2.- Se origina por circunstancias o situaciones ajenas a la voluntad de los interesados, cuando se trata de actos condicionados, o por el

incumplimiento de las obligaciones de un deudor en un contrato bilateral, o bien, por el vencimiento del plazo pactado en un contrato.

3.- El motivo de la resolución siempre es posterior a la celebración del contrato.

4.- Los efectos operan retroactivamente cuando la naturaleza del acto jurídico lo permite.

Ejemplos:

1.- La realización del hecho incierto previsto en un contrato, del cual se hizo depender la extinción de una obligación: Condición resolutoria. (art. 1938 Código Civil Federal);

2.- El vencimiento del plazo pactado en un contrato, del cual se hizo depender la existencia o la extinción de una obligación; (art. 1953 Código Civil Federal);

3.- El incumplimiento de la obligación del comprador de pagar el precio cierto y en dinero: Pacto comisorio. (art. 1949 Código Civil Federal)

QUINTA.- Personalmente defino al pacto comisorio como el acuerdo expreso o tácito existente entre las partes, por el cual se les faculta para resolver el contrato, cuando alguna de ellas incumpla, imputablemente, sus obligaciones contractuales, sin necesidad de pronunciamiento judicial si es expreso y con necesidad de él si es tácito, otorgando al acreedor de la prestación incumplida la posibilidad de incumplir las obligaciones que son a

su cargo y que se vinculan por un nexo de reciprocidad con aquellas que han dejado de ser cumplidas.

SEXTA.- El pacto comisorio tácito no opera ipso iure como lo menciona el tratadista Gutiérrez y González, sino que se requiere de declaración judicial para lograr la rescisión, toda vez que el contraste literal de los Códigos Civiles de 1870 y 1884 con el vigente de 1928 no se debe a que el legislador suprimiera la exigencia de acudir a la autoridad judicial para obtener la resolución por incumplimiento del contrato bilateral, con la intención de hacer que el pacto comisorio tácito funcionara ipso iure, sino que los Códigos anteriores al no permitir el pacto comisorio expreso, exigían siempre la intervención judicial, mientras que el Código Civil Federal vigente autoriza implícitamente prescindir de la intervención judicial, mediante el pacto comisorio expreso.

SÉPTIMA.- Después del estudio realizado en el capítulo cuarto de la presente investigación, concluyo que el pacto comisorio es una figura jurídica que no es violatoria del artículo 17 constitucional, pues no puede pensarse que un acuerdo de voluntades puede implicar hacerse justicia por propia mano, toda vez que las partes están determinando previamente y por libre voluntad la manera en que resolverán una posible controversia que se suscite con motivo de incumplimiento de contrato. A mayor abundamiento, diré que se estudia al pacto comisorio como una figura autocompositiva, que lo mismo que el arbitraje comercial, son maneras que las partes pactan previamente como métodos de resolución de controversias. Luego entonces, el hecho de utilizar el pacto comisorio implica el ejercicio de una facultad contractual determinada por un acuerdo de voluntades previamente establecido por las partes.

OCTAVA.- El pacto comisorio no contraviene el principio que determina que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, habida cuenta que son ambas partes las que lo acuerdan libremente al momento de celebrar el contrato, no pudiendo afirmarse que uno de los contratantes impone su voluntad al otro respecto del pacto comisorio, y el hecho de que el que hace valer el pacto comisorio lo hace unilateralmente, no significa que éste actúe arbitrariamente.

NOVENA.- El pacto comisorio tampoco contraviene lo dispuesto en los artículos 6º, 7º y 8º del Código Civil Federal, toda vez que la voluntad de los contratantes de ningún modo implica inobservancia de ninguna ley de orden público, ni contraviene leyes prohibitivas.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ MOSCOSO, Sarah, Contratos Bancarios, El contrato de caución bursátil, 1ª ed., Textos jurídicos Bancomer, México, 1999.

AZÚA REYES, Sergio T., Teoría General de las Obligaciones, 2ª ed., Ed. Porrúa, S.A. de C.V., México, 1992.

BORJA SORIANO, Manuel, Teoría General de las Obligaciones, 16ª ed., Ed., Porrúa, S.A. de C.V., México, 2000.

BRANCA, GIUSEPPE, Instituciones de Derecho Privado, traduc. de la 6ª edición italiana por Pablo Macedo, México, 1978.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio, Las Garantías Individuales, 29ª ed., Ed. Porrúa, S.A. de C.V., México, 1997.

CARVALLO YAÑEZ, Erick, Nuevo Derecho Bancario y Bursátil mexicano, Ed. Porrúa, S.A. de C.V., México, 1997.

CERVANTES AHUMADA, Raúl, Derecho Mercantil, Ed. Porrúa, S.A. de C.V., México, 2000.

DÁVALOS MEJÍA, L. Carlos, Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras, 5ª ed., Ed. Porrúa, S.A. de C.V., México, 1991.

DE RUGGIERO, Roberto, Instituciones de Derecho Civil, traduc. de la 4ª edición italiana del Tomo II, vol. I, por Ramón Serrano Suñer y José Santacruz Tijeiro, Instituto Editorial Reus, S.A., Madrid, 1977.

DÍAZ BRAVO, Arturo, Contratos Mercantiles, 5ª. ed. Editorial Harla, S.A. de C.V. México, 1995.

DÍEZ-PICAZO, L. y A. Guillón, Sistema de Derecho Civil, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1976.

ESPINAR, Francisco, Estudios de Derecho Civil, Tomo II, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1980.

FARINA, Juan M., El Pacto Comisorio, Editorial Bibliográfica Argentina, S.R.L., Buenos Aires, 1961.

GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho Civil, 12ª. ed., Ed., Porrúa S. A. de C.V., México, 1993.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, Introducción al estudio del Derecho, 35ª. ed., Ed., Porrúa S.A. de C.V., México, 1984.

GAUDEMET, Eugene, Teoría General de las Obligaciones, traducción por Pablo Macedo, Ed. Porrúa, S.A. de C.V., México, 1984.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, 12ª. ed., Ed., Porrúa, S.A. de C.V., México, 2001.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, Derecho Sucesorio, Ed. Porrúa, S.A. de C.V., México, 1995.

IGARTÚA ARAIZA, Octavio, Introducción al estudio del Derecho Bursátil mexicano, 2ª. ed., Ed. Porrúa, S.A. de C.V., México, 1998.

Instituciones de Justiniano, por M. ORTOLAN, edición bilingüe, Ed. Heliasta, S.R.L., Buenos Aires, 1976.

MARGADANT S., Guillermo Floris, El Derecho Privado Romano, 24ª. ed., Ed. Esfinge, México, 1999.

MÁRQUEZ GONZÁLEZ, José Antonio, Teoría General de las nulidades, Ed. Porrúa, S.A. de C.V., México, 1992.

MAZEAUD, Jean, Henri y León, Lecciones de Derecho Civil, traduc. de la 1ª edición francesa de los títulos II, III y IV del libro I, Tomo II, por Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1969.

MAZEAUD, Jean, Henri y León, Lecciones de Derecho Civil, parte segunda, traduc. de la 1ª edición francesa de los títulos II, III y IV del libro I, Tomo II, por Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1969.

MESSINEO, Francesco, Manual de Derecho Civil y Comercial, tomo II, Edit. EJEA, S.A., Buenos Aires, 1954.

MORAL PADILLA, Luis, Notas de Derecho Constitucional y Administrativo, 1ª ed., Ed. McGraw-Hill, México, 1997.

NAWIASKY, Hans, Teoría General del Derecho, 2ª ed., Editora Nacional, México, 1990.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, Contratos Civiles, 6ª ed., Ed. Porrúa, S.A. de C. V., México, 1999.

RABASA, Emlío O. y Gloria Caballero, Mexicano: ésta es tu Constitución, 9ª ed., Ed. Porrúa, S.A. de C.V., México, 1994.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquin, Curso de Derecho Mercantil, Ed., Porrúa, S.A. de C.V. México, 1991.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo tercero, 8ª ed., Ed. Porrúa, S.A. de C.V., México, 1995

ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo quinto, Obligaciones, 7ª. ed. , Ed., Antigua Librería Robledo, México, 1960.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo sexto, Vol. II, 6ª ed., Ed. Porrúa, S.A. de C.V., México, 1997.

SÁNCHEZ MEDAL URQUIZA, José Ramón, La resolución de los contratos por incumplimiento, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., 5ª Ed., México, 1988.

SÁNCHEZ MEDAL URQUIZA, José Ramón, De los contratos civiles, 15ª. ed., Ed., Porrúa, S.A. de C.V., México, 1997.

SEPÚLVEDA SANDOVAL, Carlos, De los derechos personales, de crédito u obligaciones, Ed. Porrúa S.A. de C.V., México, 1996.

SPOTA, A. G., Instituciones de Derecho Civil, Vol. III, Depalma, Buenos Aires, 1975

TENA, Felipe de Jesús, Derecho mercantil mexicano, 12º. ed., Ed. Porrúa, S.A. de C.V., México, 1986.

VÁSQUEZ DEL MERCADO, Oscar, Contratos Mercantiles, 5ª. ed. Ed. Porrúa S.A. de C.V., México, 1994.

ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel, Contratos Civiles, Ed. Porrúa, S.A. de C.V., 8ª. ed., México, 2000.

ZANNONI, Eduardo A., Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L., 2ª ed., Buenos Aires, 1996.

HEMEROGRAFÍA

BARRERA GRAF, Jorge, “El comerciante individual en el Derecho Mercantil Mexicano”. REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MÉXICO. Ed. UNAM (Facultad de Derecho). México, D.F., tomo XVIII, Núm. 71, julio-septiembre 1968.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

ABASCAL ZAMORA, José María, “Pacto Comisorio”, Vid. Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo IV, 10ª ed., Ed. Porrúa S.A. de C.V., México, 1996.

Diccionario Jurídico Espasa, Espasa, Madrid, 1999.

GALINDO GARFIAS, Ignacio, Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano Tomo P-Z, Porrúa, S.A. de C.V., México, 2001.

GARCÍA-PELAYO Y GROSS, Ramón, Pequeño Larousse Ilustrado, Ediciones Larousse, México, 1980.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

Código Civil Federal, publicado en el D.O.F. del 26 de mayo, 14 de julio, 3 de agosto y 31 de agosto de 1928 y reformado por decreto publicado en el D.O.F. del 29 de mayo de 2000 respecto a su actual denominación.

Código Civil para el Distrito Federal, publicado en el D.O.F. del 26 de mayo, 14 de julio, 3 de agosto y 31 de agosto de 1928, y reformado por decreto publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 25 de mayo de 2000 respecto a su actual denominación.

Código de Comercio, expedido por decreto de 4 de junio de 1887 y publicado en D.O.F. del 7 al 13 de octubre de 1889.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, promulgada el 5 de febrero de 1917.

Ley de Instituciones de Crédito, publicada en D.O.F. del 18 de julio de 1990.

Ley de Inversión Extranjera, publicada en D.O.F. del 27 de diciembre de 1993.

Ley del Mercado de Valores, publicada en D.O.F. del 2 de enero de 1975.

Ley Federal de Correduría Pública, publicada en D.O.F. de 29 de diciembre de 1992.

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, publicada en D.O.F. del 27 de agosto de 1932.

Ley sobre el Contrato de Seguro, expedida por decreto de 29 de diciembre de 1934 y 1º de enero de 1935.

FE DE ERRATAS

En la página 53 de la tesis elaborada, mencioné que en la materia mercantil no opera la rescisión por lesión, habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 78 del C. Com., el cual indica: “En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse...” además de lo dispuesto en el art. 385 del C. Com que a la letra dice: “Las ventas mercantiles no se rescindirán por causa de lesión; pero el perjudicado, además de la acción criminal que le compete, le asistirá la de daños y perjuicios contra el contratante que hubiese procedido con dolo o malicia en el contrato o en su cumplimiento”.

Lo afirmado en el párrafo anterior fue una opinión personal que sostuve cuando elaboré el segundo capítulo de mi trabajo recepcional, sin embargo, al continuar la investigación, llegué a la conclusión contraria, percatándome que la lesión sí opera en materia mercantil, habida cuenta de lo dispuesto en el mismo artículo 385 del C. Com que cité para sostener que no operaba dicha figura en materia mercantil, pues en aquel entonces omití interpretar lo dispuesto por dicho numeral a contrario sensu, pues si así se hace se llega a la conclusión de que si la lesión no opera en las ventas mercantiles, luego entonces, a contrario sensu, si aplica en las demás figuras mercantiles, lo cual implica que si el C. Com. establece esa anotación lo hace como una simple situación de excepción y no porque pretenda lo contrario.

Así las cosas, continué mi trabajo con este nuevo criterio, pero incurriendo en el grave error de haber omitido enmendar dicha falta en el capítulo segundo, motivo por el cual, se imprimió con el criterio anterior, lo cual aclaro para subsanarlo a través de este medio.

Por otro lado, en la página 104, primer párrafo dice: “El jurista Eduardo Vázquez Bote define a la prenda como un “derecho real de garantía consistente en la transmisión de la posesión de la cosa al acreedor o a un tercero para garantizar el cumplimiento de una obligación”. Examinando la presente definición se observa que la prenda tiene las siguientes características:

Debe decir: “El jurista Eduardo Vázquez Bote define a la prenda como un “derecho real de garantía consistente en la transmisión de la posesión de la cosa al acreedor o a un tercero para garantizar el cumplimiento de una obligación”.

ADDENDUM

El presente addendum tiene como propósito añadir lo correspondiente a las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día trece de junio de dos mil tres, y que se vinculan directamente con este trabajo por haber abarcado artículos citados en él; haciéndose la aclaración de que dichas reformas no fueron incluidas debido a que la tesis fue concluida y aprobada antes de la publicación de las mismas, concretamente, el día 22 de abril de 2003, bajo la asesoría y dirección del Lic. Gerardo Rodríguez Barajas, motivo por el cual, a efecto de actualizar la información contenida en la tesis, agrego las reformas referidas con los comentarios pertinentes.

Por cuanto hace a la definición que del fideicomiso se hace en el artículo 381 de la LGTOC, y transcrito en la página 111 de la tesis, el texto anterior a las reformas estableció: *“En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria”*. Mientras que el actual texto reformado dispone: *“En virtud del fideicomiso, el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria”*.

La reforma mencionada es mas amplia de lo que se entiende por fideicomiso, suprimiendo la palabra *“destina”*, que no era lo suficientemente clara para dar a entender que se trataba de una transmisión de propiedad, y agregando que se transmite la propiedad de bienes, o la titularidad de derechos a una institución fiduciaria. Tal transmisión también se encuentra regulada en el artículo 384 LGTOC reformado.

Por otro lado, en la página 113 del trabajo recepcional, mencioné quienes son los que tienen la encomienda exclusiva para la ejecución del fin del fideicomiso, fundando tales facultades en los artículos 85 de la LIC y 399 de la LGTOC; sin embargo, acorde con las reformas y completando lo dicho con anterioridad, el fundamento actual se encuentra en el art. 46 fracción XV de la LIC, en el art. 7 fracción XI de la Ley del Banco de México, en el art. 85 Bis de la LGTOC y en el reformado art. 395 de la LGTOC, pudiendo ser fiduciarios las instituciones de crédito, el Banco de México, Instituciones de Seguros, Instituciones de Fianzas, casas de bolsa, Sociedades Financieras de

Objeto Limitado y Almacenes Generales de Depósito, y resultando en concordancia con las reformas al art. 395 de la LGTOC, que éste autoriza a ser fiduciarias a las instituciones y sociedades señaladas con antelación, con excepción del Banco de México.

Anteriormente, el artículo 399 de la LGTOC era el que señalaba quienes podían actuar como fiduciarias de los fideicomisos de garantía, debiendo señalarse que no contemplaba a las casas de bolsa, como ahora lo dispuso el reformado art. 395 de la ley en mención.

Por cuanto hace a la caución bursátil, la regulación de ésta también sufrió reformas, y en lo relativo a la tesis a la que ahora se le agrega este adendum, se hace mención que en la página 118, en el tercer párrafo se dice que podrá pactarse en el contrato de caución bursátil la venta extrajudicial de los valores, siempre y cuando se observe el procedimiento de ejecución; siendo el caso que la fracción II del artículo 99 de la Ley del Mercado de Valores, citada en la página referida, fue modificada contemplando ahora otras dos hipótesis además de las mencionadas en el inciso b) de la página de referencia para quedar como sigue: “Si al vencimiento de la obligación garantizada o cuando deba reconstituirse la caución bursátil, el acreedor no recibe el pago o se incrementa el importe de la caución, *o no se recibe el documento que compruebe la prórroga del plazo o la novación de la obligación, éste, por sí o a través del administrador de la garantía solicitará al ejecutor que realice la venta extrajudicial de los valores afectos en garantía*”.