



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

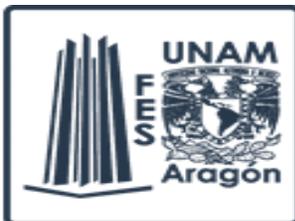
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ARAGÓN

“CONSECUENCIAS JURÍDICAS POR EL INICIO DEL TÉRMINO
PARA QUE CORRA LA PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES
EN CONTRA DE LOS ACTOS CELEBRADOS POR EL TUTOR
DEL MENOR DE EDAD, QUE VULNERA SU ESFERA
JURÍDICA, EN MATERIA MERCANTIL, EN MÉXICO.”

T E S I S

PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADA EN DERECHO

P R E S E N T A :
C A R M E N L U C E R O A R R I A G A C A S T R O .



ASESORA: MTRA. DIANA SELENE GARCÍA DOMÍNGUEZ.

Nezahualcóyotl, Estado de México, Noviembre 2015.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



AGRADECIMIENTOS Y DEDICATORIAS

A DIOS:
GRACIAS POR
PERMITIRME VIVIR Y
APRENDER DE TODO
AQUEL QUE SE HA
CRUZADO EN MÍ CAMINO.

A MI HERMANA DEL ALMA:
DIANA SANTOS POLO, SIMPLEMENTE
SIN TU APOYO NO ESTARÍA EN ESTE
MOMENTO FELIZ DE ENCONTRARME
EN DONDE ESTOY, ME SIENTO
ORGULLOSA DE TENERTE A MI LADO,
PARA QUE ME GUIES COMO SÓLO TÚ LO
SABES HACER. GRACIAS POR SER MÍ
HERMANA DEL ALMA, ESOS LAZOS DE
AMOR QUE NOS UNEN JAMÁS TENDRÁN FIN.

A MI MADRE:
REYNA CASTRO MARTÍNEZ, TE AGRADEZCO
PROFUNDAMENTE TODO EL ENORME CARIÑO
QUE ME PROFESAS Y TODO LO QUE HAS HECHO
POR MI, LA VIDA QUE ME HAS OTORGADO JAMÁS
PODRE RETRIBUIRLA CON NADA, TE AMO.

A MI FAMILIA:
MIS HERMANOS
GABRIELA, FLOR,
SANDRA Y FRANCISCO,
ME HAN ENSEÑADO
TANTO DE LA VIDA QUE
NI SIQUIERA PUEDEN
IMAGINAR LO AGRADECIDA
QUE ESTOY POR ELLO.





**A LA PROFESORA DIANA SELENE GARCÍA DOMÍNGUEZ:
UNA VERDADERA MAESTRA POR VOCACIÓN,
MUCHAS GRACIAS POR TODA LA PACIENCIA
QUE ME HA REGALADO, SU DEDICACIÓN,
ESFUERZO Y EMPEÑO EN ESTE PROYECTO,
ASÍ COMO EN SUS CLASES Y POR TODO EL
TIEMPO QUE ME HA OTORGADO, HA SIDO
UN HONOR CONOCERLA Y SER SU ALUMNA.**

**AL LICENCIADO ANTONIO LUNA CABALLERO:
GRACIAS POR TODO EL APOYO OTORGADO,
SU PACIENCIA Y CONSEJOS, LA CATEDRÁ SOBRE
CADUCIDAD JAMÁS LA OLVIDARÉ.**

**A: CLAUDIA Y LUIS,
LAS PERSONAS MÁS DIVERTIDAS
EN TODO EL MUNDO.
GRACIAS POR ESTAR CONMIGO
EN MOMENTOS DIFICILES.**

**A: MARICELA,
GRACIAS POR SER
SIEMPRE TAN LINDA,
AMABLE Y TIERNA CONMIGO.**

**A: JANETTE,
GRACIAS POR SER DIRECTA,
DIVERTIDA Y ANTE TODO HONESTA.**





A JUDITH Y ROSARIO:
DESPUÉS DE MÁS DE
DOCE AÑOS, SEGUIMOS
SIENDO EL TRIO PODEROSO,
GRACIAS POR TANTAS
ATENCIONES Y POR ESE APOYO
Y CONFIANZA DEPOSITADAS EN MÍ.

A: RAFAEL Y MIGUEL ÁNGEL
GRACIAS POR SER TAN AMABLES,
ATENTOS Y CONSIDERADOS CONMIGO,
NO PUEDEN IMAGINAR LO DIVERTIDO QUE FUE
CONOCERLOS Y COMAPARTIR MOMENTOS
DE MI VIDA QUE JAMÁS OLVIDARÉ.

A: LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO,
ASÍ COMO A LA FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN,
LO MUCHO QUE HE OBTENIDO EN ÉSTAS INSTITUCIONES NO PODRÉ
COMPENSARLO JAMÁS.
EL HABER ESTUDIADO EN ARAGON HA SIDO DE LAS SITUACIONES
MÁS COMPLICADAS Y MARAVILLOSAS
QUE LA VIDA ME HA REGALADO.
GRACIAS A TODOS LOS PROFESORES DE LA FACULTAD DE DERECHO PLANTEL ARAGON,
POR TODO EL APOYO BRINDADO DURANTE MI ESTANCIA COMO ESTUDIANTE.

ASIMISMO AGRADESCO PROFUNDAMENTE A TODOS
LOS INTEGRANTES DEL SÍNODO, QUE HIZO EL FAVOR DE APOYARME
EN LA REVISIÓN DE LA PRESENTE INVESTIGACIÓN.
GRACIAS POR SUS COMENTARIOS Y SU AMABLE ATENCIÓN.

A TODAS LAS PERSONAS QUE SE HAN
CRUZADO EN MÍ CAMINO DE ALGUNA U OTRA FORMA,
GRACIAS PORQUE HE OBTENIDO SIEMPRE LO MEJOR
DE CADA UNO DE USTEDES.

ES UN PLACER QUE FORMEN PARTE DE MI VIDA.



ÍNDICE.

	Pág.
Introducción.....	I
CAPÍTULO PRIMERO.	
GENERALIDADES DE LA CAPACIDAD E INCAPACIDAD.	
1.1 Capacidad.....	1
1.1.1 Concepto.....	5
1.1.2 Características.....	8
1.1.3. Tipos de capacidad.....	9
1.1.3.1. Capacidad de goce.....	9
1.1.3.2 . Capacidad de ejercicio.....	10
1.1.3.3 . Presupuestos de la capacidad de ejercicio.....	13
1.1.4. Regulación jurídica de la capacidad.....	15
1.1.5. Diferencia de la capacidad para actos civiles y mercantiles.....	16
1.2. Incapacidad.....	17
1.2.1. Concepto.....	17
1.2.2. Características.....	19
1.2.3. Tipos de incapacidad.....	20
1.2.3.1. Menores de edad.....	22
1.2.3.2. Interdictos.....	24
1.2.4. Causas de la incapacidad.....	27
1.2.4.1. En materia civil.....	27
1.2.4.1. En materia mercantil.....	29
1.3. Impedimentos a la capacidad.....	30
1.3.1. Incapacidad de ejercicio como impedimento a la capacidad.....	32
1.3.2. Incompatibilidad y prohibición.....	33
1.3.3. Inhabilitación a la capacidad.....	35
CAPÍTULO SEGUNDO.	
TUTELA, CURATELA Y REPRESENTACIÓN.	
2.1 Tutela.....	38
2.1.1. Concepto.....	39
2.1.2. Características.....	42
2.1.3. Finalidad de la tutela.....	44

2.1.4. Especies de tutela.....	46
2.1.4.1. Tutela testamentaria.....	46
2.1.4.2. Tutela legitima.....	49
2.1.4.3. Tutela dativa.....	54
2.1.5. Ejercicio de la tutela.....	58
2.1.5.1. Requisitos para ser tutor.....	66
2.1.5.2. Obligaciones del tutor respecto del tutorado.....	72
2.1.6. Limitaciones y prohibiciones de la tutela.....	75
2.2. Curatela.....	82
2.2.1. Concepto.....	83
2.2.2. Características.....	83
2.2.3. Finalidad de la curatela.....	84
2.2.4. Ejercicio de la curatela.....	84
2.2.4.1. Requisitos para ser curador.....	86
2.2.4.2. Obligaciones del curador con respecto al menor.....	86
2.2.5. Limitaciones y prohibiciones respecto a la curatela.....	88
2.3. Representación.....	88
2.3.1. Concepto.....	90
2.3.2. Características.....	91
2.3.3. Tipos.....	93
2.3.4. Finalidad de la representación.....	94
2.3.5. Efectos de la representación.....	94
2.3.6. Limitaciones y prohibiciones a la representación.....	95

**CAPÍTULO TERCERO.
DE LA PRESCRIPCIÓN.**

3.1. Prescripción.....	96
3.1.1. Concepto.....	97
3.2. Elementos de la prescripción.....	102
3.3. Término general de la prescripción.....	108
3.4. Términos especiales de la prescripción.....	114
3.5. Interrupción de la prescripción.....	116
3.6. Suspensión de la prescripción.....	118

CAPÍTULO 4.

CONSECUENCIAS JURÍDICAS POR EL TÉRMINO PARA QUE CORRA LA PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES EN CONTRA DE LOS ACTOS CELEBRADOS POR EL TUTOR DEL MENOR DE EDAD, QUE VULNERA SU ESFERA JURÍDICA, EN MATERIA MERCANTIL, EN MÉXICO.

4.1. Problemática de que inicie el término para que corra la prescripción de las acciones del menor de edad, en contra del tutor, en materia mercantil, en México...	130
4.2. Consecuencias de que inicie el término para que corra la prescripción de las acciones del menor de edad, en materia mercantil, en México.....	132
4.2.1. Afectación del interés superior del menor.....	134
4.2.2. Estado de indefensión del menor de edad, por el inicio inmediato de la prescripción de las acciones mercantiles a que tiene derecho.....	140
4.3. Propuesta para suspender el término para correr la prescripción de las acciones del menor de edad, en materia mercantil.....	145
4.4. Reforma al artículo 1048 del Código de Comercio vigente en la República Mexicana.....	147
4.4.1. Beneficios.....	150
Conclusiones.....	152
Bibliografía.....	156

INTRODUCCIÓN.

En México, la figura jurídica de la prescripción, ha sido generalizada para todo el campo del derecho, sin embargo debe estudiarse a fondo, analizarse y entender las consecuencias, así como las posibles repercusiones que trae consigo, ya que no todo individuo está en un plano de igualdad frente al derecho, debido a que se hacen distinciones en cuanto a la capacidad de ejercicio de toda persona en materia civil, lo que es aplicable a cualquier rama del derecho, por consiguiente no es factible que la prescripción se aplique de la misma forma respecto del derecho mercantil, dado que este tiene como finalidad primordial la especulación y el lucro para obtener beneficios de toda negociación en la que participen las personas, ya que no solo son comerciantes los que llevan a cabo actos mercantiles, pues el artículo cuarto del Código de Comercio hace permisible que no solo los que se dedican al comercio como actividad profesional celebren este tipo de actos, sino que también los ejecuten las personas que no cuenten con esa calidad específica.

Sin embargo, una de las grandes diferencias que existen entre el derecho civil y el mercantil radica en la figura de la prescripción, desde la forma en que se regula, los sujetos a los que se aplica, los supuestos concretos en los que opera establecidos por la ley de la materia en cada uno de los casos; pero también es cierto que como existen diferencias, también lo es que se establecen similitudes, una de las más importantes y el principal interés de esta investigación es la finalidad de que opere la prescripción, debido a que en ambas materias trae consigo la pérdida a ejercer los derechos por parte del sujeto titular de los mismos, beneficiando así al sujeto que la oponga como excepción, al ser ésta la única forma para que sea válida dicha figura jurídica.

En el trabajo de investigación es centrado el tema principal, específicamente sobre la prescripción mercantil por lo que respecta a los menores de edad, ya que el derecho común hace énfasis en la protección que debe cubrirlo para la realización de cualquier acto jurídico que deba celebrar para la obtención y

satisfacción de sus necesidades, pero al no contar con capacidad de ejercicio y con la finalidad de no vedar cualquier derecho del que sea titular por disposición legal le otorga la representación, esto es, encargarle a un sujeto mayor de edad, con la madurez y discernimiento suficiente para ser capaz de celebrar actos jurídicos diversos por sí mismo, el cuidado y la vigilancia de la persona, así como los asuntos de dicho menor, para que este pueda ejercer sus derechos a través de los actos ejecutados por el segundo a quien se le da el nombre de tutor. A pesar de lo cual el derecho civil establece la prohibición de que comience y corra la prescripción contra los menores de edad; lo contrario sucede en materia mercantil al ser esto permitido por el artículo 1048 del Código de Comercio, por lo tanto se plantea el interés por las consecuencias que trae consigo dicha estipulación.

Con base en todo lo anterior, esta investigación se plantea en cuatro capítulos. El primero de ellos abarca, las generalidades de la capacidad en materia civil, comparándola así con materia mercantil, aunque es básicamente la misma se hacen algunas anotaciones respecto a lo contractual por consiguiente se titula "*Generalidades de la capacidad e incapacidad*"; el segundo capítulo expone las figuras jurídicas de tutela, curatela y representación, sin embargo sólo se tocan de forma simple y general con la finalidad de definir conceptos básicos por tal motivo se denomina "*Tutela, curatela y representación*"; el tercer capítulo explica el tema central que es la prescripción, primero desde la vertiente en materia civil para posteriormente hacerlo en materia mercantil, es así que lleva por título, "*De la prescripción*"; por último, en el cuarto capítulo se realiza la disertación sobre la propuesta de reformar el precepto legal referido, exponiendo las consecuencias negativas de la regulación actual y los posibles beneficios de materializar dicha reforma, por lo que el título de dicho capítulo es "*Consecuencias jurídicas por el inicio del término de la prescripción de las acciones en contra de los actos celebrados por el tutor del menor de edad, que vulnera su esfera jurídica, en materia mercantil, en México.*"

Por último, se hará referencia a la técnica y métodos empleados para la elaboración de la investigación, en primer lugar, se hizo uso de la técnica documental, puesto que el material utilizado consistió principalmente en libros jurídicos de consulta, diccionarios y enciclopedias jurídicas, además de la legislación pertinente, la cual es la base del proyecto de reforma del precepto jurídico 1048 del Código de Comercio vigente. Respecto a los métodos utilizados, principalmente consisten en el inductivo y deductivo, con la finalidad de analizar los conceptos básicos desde la raíz, es decir etimológicamente, hasta proyectarlo en ejemplos sencillos para lograr su demostración. Asimismo, los métodos analítico y sintético, para descomponer cada uno de los tópicos elementales de la investigación y posteriormente unirlos en una conclusión final; el método discursivo, es utilizado durante todo el desarrollo de la investigación, debido a que se exponen diversos puntos de vista de distintos autores sobre una misma definición, así confrontándolos y haciendo notar las similitudes entre ellos; otro método utilizado es el analógico, toda vez que se integran cuadros comparativos haciendo notar las semejanzas y las diferencias entre diversos conceptos, los cuales son esenciales para tener un panorama claro del tema de investigación de que se ocupa la misma. El método mayéutico, es usado para dejar en puerta incógnitas que atacan a la curiosidad de la autora de dicha investigación, pero que a la vez intenta responder por medio de suposiciones, cuidadosa y profundamente sustentadas en argumentos sólidos basados en opiniones de diversos autores e interpretación gramatical, doctrinal y legislativa y por ello también se aplicó el método exegético y hermenéutico.

CAPÍTULO 1.

GENERALIDADES DE LA CAPACIDAD E INCAPACIDAD.

1.1 Capacidad.

Para entender el concepto de capacidad es necesario considerar lo que se entiende por persona y personalidad; debido a que forman parte fundamental para explicar la definición de capacidad, ahora bien el término persona se refiere a ser susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones; el derecho mexicano señala dos tipos de persona, que son persona física y persona moral, entendiéndose la primera como ser humano, es decir un individuo y por la segunda un ente intangible; la ley otorga a ambos los llamados atributos de la personalidad, entre ellos la capacidad. Para efectos de estudio del tema que nos ocupa en el presente proyecto, exclusivamente se atenderá la capacidad respecto de la persona física.

El término persona, de acuerdo con el catedrático Carlos Rogel vide, “etimológicamente, viene de *“personare”*, siendo su significado inicial –máscara-. Posteriormente se llamó persona al actor de una comedia y a cada uno de los personajes de la misma, al final se llamó persona al actor de la vida social y jurídica, o lo que es lo mismo a los hombres.”¹ Así entonces, en un principio se llamó persona a cada papel desempeñado por algún actor en el teatro y posteriormente al hombre como actor social desempeñando un papel jurídico en la vida.

Asimismo, jurídicamente hablando, “son personas los hombres considerados como sujetos de derecho. Todo hombre es persona y en un sentido estricto, persona solo puede serlo el hombre”.² El término persona, doctrinalmente, es exclusivo al hombre como tal, sin embargo el derecho le da el carácter de persona moral a entes inmateriales, a los cuales le da la posibilidad de ser

¹ ROGEL VIDE, Carlos, Derecho de la Persona, Editorial J.M.Bosch, España, 1998, pág. 11.

² Ídem.

titulares de derechos y obligaciones, aunque para ejercitarlos deban recurrir a la representación por disposición legal.

La definición de persona, tomada del diccionario de la lengua española es, en primer término “individuo de la especie humana”³, sin embargo hace diferencia entre persona física y moral, por la primera expresa “individuo o miembro de una comunidad con derechos y obligaciones determinados por el ordenamiento jurídico”⁴ y respecto de la segunda se refiere a “individuo o entidad que sin tener existencia individual física, está sujeta a derechos y obligaciones”⁵; pero estos conceptos no son claros debido a que en el de persona moral lo define como individuo o ente, siendo que en realidad no puede ser un individuo, pues este es propio de la definición de persona física, lo cual lleva a confusión de ambos términos. Por lo que hace a que la persona, de forma general, está sujeta a derechos y obligaciones, es correcto que aun haciendo distinción entre los tipos de personas, específica que son propios del término referido.

Por otra parte, Bonnecase se refiere al término persona como “un ser susceptible de beneficiarse con las disposiciones de una regla de derecho o de una institución jurídica, y de sufrir también, eficazmente, su coacción y de cumplir sus mandamientos”⁶; como se observa, la palabra persona, de nuevo aluce a un ser vivo, apto para realizar actos permitidos por el derecho y cumplir obligaciones derivadas de esos actos o impuestas por la ley.

Ahora bien, Sánchez Márquez define persona diciendo, “en derecho la palabra persona expresa al sujeto de las relaciones jurídicas, el sujeto de los deberes jurídicos y de los derechos subjetivos”⁷; se observa nuevamente la idea de la persona sujeta a derechos y obligaciones como consecuencia de serlo, pero se

³ AGUILAR ESPAÑA, David, Et. Al., Diccionario General de la Lengua Española, Editorial Larousse, España, 2006, pág. 1459.

⁴ Ídem.

⁵ Ídem.

⁶ BONNECASE, Julien, Tratado Elemental de Derecho Civil, obra compilada y editada de Enrique Figueroa Alfonso, Editorial Harla, México, 1993, pág. 103.

⁷ SÁNCHEZ MÁRQUEZ, Ricardo, Derecho Civil. Parte General. Personas y Familia, Editorial Porrúa, México, 1998, pág. 167.

introduce un nuevo punto que es considerarlo como sujeto de relaciones jurídicas, lo cual explica de donde derivan esos derechos y obligaciones que posee la persona, toda vez que la misma sostiene relaciones de tipo legal con otras al celebrar distintas clases de actos jurídicos, como consecuencia de estos se da la oportunidad de ejercitar un derecho o el deber de cumplir una obligación para con la otra parte.

Asimismo Domínguez Martínez, define el término referido como “jurídicamente, persona significa todo ser o ente de derechos y obligaciones; con ello se alude tanto a los humanos como a las personas morales, precisamente los primeros como seres y los segundos como entes”⁸; al respecto se señala la existencia de la persona jurídica, pero la clasificación en dos tipos, y nuevamente se observa la definición sobre ser imputable de derechos y obligaciones por el simple hecho de ser persona.

Por su parte, Henri Capitant define persona como un “ente al que se le reconoce capacidad para ser sujeto de derecho”⁹; en este caso se introduce el término de capacidad para ser persona, pero si bien es cierto que una persona necesita ser capaz para ejercer los derechos de los que es titular, también lo es que se necesita tener la calidad de persona para poseer esos derechos; por otra parte esta definición solo se hace alusión a ser sujeto de derecho, sin embargo a todo derecho corresponde una obligación, por lo tanto esta definición resulta incompleta al no especificarlo.

En conclusión, persona es aquel individuo humano o ente jurídico que por el simple hecho de ser considerado persona, en base al derecho, tiene la posibilidad de ser titular de derechos y obligaciones, es decir, detentar o poseer derechos subjetivos y ejercerlos, asimismo obligarse y cumplir obligaciones, en el segundo caso por sí mismo o mediante representación.

⁸ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, Derecho Civil. Parte General, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez, Décima edición, Editorial Porrúa, México, 2006, pág. 131.

⁹ CAPITANT, Henri, Vocabulario Jurídico, Editorial De palma, Buenos Aires, 1979, pág. 426.

Una vez establecido lo que debe entenderse por persona, se procede a explicar lo que debe entenderse por personalidad. Aunque, puede confundirse con la capacidad de goce, tiene una connotación diversa y es que la personalidad se refiere a que la ley dota al ser humano, incluso al recién nacido o al concebido no nacido de la posibilidad de ser titular de derechos, aunque no pueda ejercerlos por sí mismo; verbigracia, un concebido no nacido puede tener derecho a heredar o a recibir un legado o donación, aun cuando, como ya se explicó no exista como persona física en el mundo real; puesto que esto es posible por una ficción jurídica para proteger los derechos de los concebidos no nacidos. El Estado hace un reconocimiento al posible ser que pueda llegar existir como persona, esto lo establece el artículo 22 del Código Civil Federal vigente; por lo tanto tampoco cuenta con la capacidad de goce, puesto que no existe en el mundo real y la personalidad exclusivamente es un medio jurídico para que se le protejan estos derechos previendo la posibilidad de que llegue a tener la calidad de persona.

Existen autores que mencionan que desde la concepción se tiene un mínimo de capacidad de goce, pues al ser susceptibles de la protección de los derechos a heredar, recibir donación y, recibir legado, se está velando sus intereses y éstos gozan de tenerlos, sin embargo, los mismos son excepciones a la regla de la capacidad de goce, pues están sujetos a una condición incierta que es, que cubran los requisitos para que la ley los considere persona y así ostentarse como titulares de los derechos mencionados, de no cumplirse la condición no podrían de ninguna forma ostentarse como dueños de esos derechos, además de que al momento de la materialización de los actos, es decir, al recibir la donación, legado o ser nombrado heredero, éste no puede hacer absolutamente nada, pues quien representa sus intereses es la madre, pero con la dependencia de la condición incierta para que se perfeccione la protección que se le otorga a la posible persona.

Ahora bien, de acuerdo con Manuel Broseta, la personalidad es, “el hombre, por serlo, está capacitado para poseer todos los derechos civiles contenidos en las

distintas instituciones, lo cual constituye su personalidad. Ahora bien, para ejercitar esos derechos necesita de dos condiciones: poseer el derecho y tener capacidad para ejercerlos”.¹⁰ En este tenor, se refiere a que la persona por el simple hecho de serlo es susceptible de ser titular de derechos y obligaciones, sin implicar que pueda tener capacidad para detentarlos y más aún para ejercerlos por sí mismo.

En ese mismo sentido, la personalidad se adquiere desde el momento de la concepción y se perfecciona hasta que el posible feto se concibe en la realidad como persona, es decir, aun y cuando no ha nacido, se protegen sus derechos en el entendido de que se ejercerán tales prerrogativas en el momento en que la ley le otorgue la calidad de persona.

1.1.1 Concepto.

El término capacidad es definido por el diccionario como “circunstancia o conjunto de condiciones, cualidades o aptitudes, especialmente intelectuales, que permiten el desarrollo de algo, en cumplimiento de una función, el desempeño de una carga”¹¹; como se aprecia es una condición o aptitud de forma intelectual que permite el desempeñar una labor específica, es decir, requiere elementos psíquicos en la forma de pensar, analizar y entender la información y alcances para llevar a cabo los actos y por ende hacerse responsable de las consecuencias obtenidas por la realización de cada conducta materializada por voluntad en el mundo jurídico.

De acuerdo con el autor Jorge Alfredo Domínguez Martínez, la capacidad es el principal atributo de la personalidad y la define diciendo “en su sentido amplio, es decir, por capacidad en general, entendemos la aptitud del sujeto. Se entiende por capacidad la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones, de ejercitar los primeros y de contraer y cumplir las segundas en forma personal y comparecer en juicio por derecho propio.”¹²En esta definición, el autor, hace

¹⁰ BROSETA PONT, Manuel, Manual de Derecho Mercantil, Editorial Tecnos, España, 1978, pág. 79.

¹¹ AGUILAR ESPAÑA, David, Et. At. Óp. Cit. Pág. 333.

¹² DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, Óp. Cit. Pág. 166.

referencia a que si bien existen varios atributos de la personalidad, la capacidad es el más importante, puesto que determina la posibilidad de actuar del sujeto, el poder celebrar actos jurídicos válidos, esto de forma general, pues existen condiciones especiales para celebrar actos específicos, de tal forma que en determinados casos se requiere de una capacidad específica. Asimismo, la definición menciona la capacidad de goce y de ejercicio de forma conjunta, debido a que estas dos componen la capacidad de modo general.

Para el autor Rojina Villegas, la capacidad es “el atributo más importante de las personas. Todo sujeto de derecho, por serlo, debe tener capacidad jurídica”¹³, queda establecido entonces que, la capacidad jurídica es una calidad del ser humano, es aquella cualidad que le permite ser titular de derechos y obligaciones, para ejercer los primeros así como contraer y cumplir las segundas, asimismo la posibilidad de actuar en juicio. Rojina Villegas continúa, “es la aptitud (o idoneidad) para ser sujeto de derechos subjetivos en general”¹⁴, es decir, es la investidura que se le otorga a la persona para que pueda ser titular de derechos, siempre y cuando cumpla con los requisitos específicos que determina la misma ley, en cada supuesto legal.

Bonnecase expresa respecto de la capacidad “designa la aptitud de una persona para ser titular de cualquier derecho, de familia o patrimonial, y para hacer valer por sí misma los derechos de que esté investida”¹⁵, se observa nuevamente que, es una cualidad que corresponde a la persona como ser humano, tanto en aspectos familiares, para actos personales, como en el aspecto patrimonial para manipular sus bienes, y así celebrar todo tipo de actos jurídicos haciendo valer los derechos que la ley le permite por ser persona.

¹³ ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano. Introducción y Personas, Tomo I, Sexta edición, Editorial Porrúa, México, 1990, pág. 431.

¹⁴ Ídem.

¹⁵ BONNECASE, Julien, Óp. Cit., pág. 164.

Por su parte, García Rendón se refiere a la capacidad como “aptitud del sujeto para adquirir y gozar derechos y como aptitud para ejercitar esos derechos”¹⁶, la aptitud a la que hace alusión el autor en cuestión se divide en dos vertientes, una es poder ser titular y la otra es poder ejecutar esos derechos como titular, es decir poseer los derechos por ser considerada persona, legalmente hablando, y el realizar por sí mismo los actos tendientes a ejecutar los actos jurídicos, así ejerciendo sus derechos.

Otra acepción de la capacidad, es la que expresa que es aquella “aptitud en que está el individuo o la facultad que tiene para ser sujeto de derechos y obligaciones y para ejercer por sí mismo estos derechos o cumplir por sí mismos obligaciones”¹⁷; por consiguiente, se entiende un estado en que se encuentra la persona en el momento preciso para celebrar determinado acto, o en su caso que cuenta con la facultad para realizarlo, siempre y cuando cubra los requisitos especiales que impone la ley, dependiendo del mismo acto.

El autor Gutiérrez y González define a la capacidad como “aptitud jurídica para ser sujeto de deberes y derechos, y hacerlos valer”¹⁸; este autor simplemente recurre a la definición básica sobre el origen lógico de los derechos subjetivos a que tiene la persona y asimismo a ejercerlos por sí mismo o mediante representante.

Así entonces se concluye que, la capacidad es definida como la cualidad que pertenece a la persona, inherente a ella por serlo, con la cual es factible que la ley le permita realizar y materializar actos jurídicos que tengan efectos positivos o negativos en su esfera jurídica, ya sea por sí mismo o mediante representante legal.

¹⁶ GARCÍA RENDÓN, Manuel, Sociedades Mercantiles, Segunda edición, Editorial Oxford, México, 1999, pág. 31.

¹⁷ CALVO MARROQUÍN, Octavio, Derecho Mercantil, Cuadragésima octava edición, Editorial Limusa, México, 2009, pág. 33.

¹⁸ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, Décimo novena edición, Editorial Porrúa, México, 2012, pág. 361.

1.1.2 Características.

Las características de la capacidad son aquellos elementos necesarios para describir el concepto como tal, para llegar a entender dicha definición y sin los cuales no se puede concebir, siendo los siguientes:

- ◆ Es exclusiva de la persona. Independientemente que sea física y ejercite por sí misma sus derechos así como cumpla sus obligaciones o que sea moral y realice esto mediante representante, ya sea de forma voluntaria o por ley; por el simple hecho de ser considerada persona por la ley, tiene un mínimo de capacidad aunque para ejercitarla al celebrar actos, materialmente, deba recurrir a otra persona que pueda hacerlo en auxilio de ésta.
- ◆ Es la regla general. Toda persona posee un mínimo de capacidad. Es decir, desde que nace y es considerado por ley como persona, tiene derechos específicos sin importar que necesite de representación para ejercerlo, por ejemplo, derecho a un nombre y apellido, como lo establece el artículo cuarto, párrafo octavo de la Constitución Política Mexicana.
- ◆ Se distinguen dos vertientes de la capacidad; la de goce y la de ejercicio, es decir, el poder detentar los derechos subjetivos que la ley le otorga y el ejercitarlos por sí mismo.
- ◆ Surge desde el nacimiento o constitución de la persona moral y culmina con la muerte de la persona física o con la desaparición de forma legal de la persona moral, en su caso.

Con lo anterior se entiende que la capacidad es la calidad, cualidad, atributo o aptitud que la ley le otorga a la persona, independientemente de que sea física o moral, desde su nacimiento o creación y hasta su muerte o desaparición, para ser titular de derechos, así como obligarse válidamente y ejercer esos derechos o en su caso cumplir con dichas obligaciones. Debe diferenciarse la capacidad con la personalidad, pues ésta última se le otorga exclusivamente al individuo

cuando aún no es considerado persona por la ley y solo para la protección de tres derechos que son heredar y recibir legados y donaciones.

1.1.3 Tipos de capacidad.

La capacidad, se divide en dos vertientes, debido a que existe una diferencia entre ser titular de derechos y obligaciones a la posibilidad de ejercerlos por sí mismo, sin limitaciones ni restricciones. Estas se conocen como capacidad de goce y capacidad de ejercicio, respectivamente, aunque los autores suelen denominarle de diversas maneras, se constituyen en el mismo sentido.

1.1.3.1. Capacidad de goce.

Domínguez Martínez señala que “la capacidad jurídica o capacidad de goce, que es la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones”¹⁹; así es como se refiere a la posibilidad que tiene la persona para detentar derechos y el poder obligarse válidamente, siempre y cuando se coloque en el supuesto jurídico que marca la ley sin implicar que lo ejecute por sí mismo o por tercera persona; por ejemplo, un menor de edad tiene el derecho a recibir cualquier donación, es decir, detenta el poder, pues la ley se lo permite sin requisito específico respecto de la capacidad de goce que ostenta el menor.

Así entonces la capacidad de goce, es entendida como “la personalidad jurídica, que se tiene desde la concepción y se pierde por la muerte; es ciertamente paralela y consecuencia necesaria de la personalidad jurídica misma a grado tal”²⁰; por eso es que todo individuo por el simple nacimiento, por la sencilla razón de ser humano tiene la capacidad de goce, independientemente de que cuente con los requisitos necesarios que la ley exige para poder adquirir la capacidad de ejercicio. También hace referencia a que se tiene capacidad de goce desde la concepción, aunque solo se protegen tres derechos, derecho a ser heredero, a recibir donaciones y a ser nombrado legatario, lo que es la personalidad.

¹⁹ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, Óp. Cit., pág. 167.

²⁰ Ídem.

Para Rojina Villegas, la capacidad de goce es “la aptitud para ser titular de derechos o para ser sujeto de obligaciones. Si se suprime desaparece la personalidad por cuanto impide al ente la posibilidad jurídica de actuar”²¹; en este sentido se encuentra, que la capacidad de ejercicio presupone la de goce y esto le da mayor importancia a la segunda, puesto que no es posible ejercitar un derecho que no se posee o del que no sé es dueño.

Finalmente para Bonnecase la capacidad de goce es, “la aptitud de una persona para participar en la vida jurídica por sí misma o por medio de un representante, figurando en una situación jurídica o en una relación de derecho, para beneficiarse con las ventajas o soportar las cargas inherentes a dicha situación o relación.”²² Es así como el sujeto, al detentar la capacidad de goce, adquiere el poder para celebrar cualquier acto jurídico, ya sea propiamente o por un tercero y que los efectos positivos o negativos tengan alcance en su esfera jurídica.

1.1.3.2. Capacidad de ejercicio.

Respecto de la capacidad de ejercicio Domínguez Martínez, expresa que “la capacidad de obrar o capacidad de ejercicio, es la aptitud del sujeto para ejercitar sus derechos y contraer y cumplir obligaciones en forma personal, así como para comparecer en juicio por derecho propio.”²³ Por lo tanto, la capacidad de ejercicio tiene lugar en un plano de acción, es decir, se refiere a ejecutar el acto, celebrar el negocio jurídico, por supuesto una vez que se tiene el derecho.

De este modo continua; la capacidad “se va alcanzando gradualmente en su madurez mental; se parte más bien de una plena incapacidad de ejercicio hasta una cabal capacidad de ejercicio, sin más limitaciones que las establecidas por la ley al efecto”²⁴, ¿pues si bien es cierto, toda persona por serlo tiene una

²¹ ROJINA VILLEGAS Rafael, Óp. Cit., pág. 432.

²² BONNECASE, Julien, Óp. Cit., pág. 164.

²³ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ Jorge Alfredo. Óp. Cit., pág. 167.

²⁴ Ibídem, pág. 168.

capacidad mínima de goce, no así de ejercicio, pues cualquier acto celebrado por un incapaz de actuar, aunque tenga el derecho, no surte efectos en la vida jurídica.

Esto es, la capacidad de ejercicio es el realizar todos los actos tendientes a ejercitar los derechos, así como cumplir todas las obligaciones que se tienen por la capacidad de goce. Al materializar estos por sí mismo, sin necesidad de representante alguno, se dice que se tiene la capacidad jurídica, pues es presupuesto, como ya se mencionó anteriormente, que para ejercitar un derecho, se presume que se tiene ese derecho, es decir, es titular del mismo la persona que lo ejercita; en cambio no podría ser de forma contraria, pues no hay manera de ejercer un derecho que no se tiene. Por esto se concluye que, si se tiene capacidad de ejercicio con respecto a un derecho, también se tiene la capacidad de goce.

De acuerdo a Carlos Rogel Vide, la capacidad de ejercicio se conoce como, la capacidad de obrar y se entiende “la aptitud de la persona para realizar actos con eficacia jurídica; la posibilidad, conferida a ésta, de producir con sus actos, efectos jurídicos para sí misma y su patrimonio.”²⁵ Esto es, participar en la vida jurídica propiamente tomando decisiones sobre su persona y su patrimonio, de tal forma que la persona actúa por sí mismo. Sin embargo, “la plena capacidad de ejercicio es consecuencia de haber llegado a la mayoría de edad que comienza a los dieciocho años. A partir de ese momento, la persona normalmente dispone libremente de sí mismo y de sus bienes”²⁶; pero esto solo aplica a las personas que cumpliendo la mayoría de edad no se encuentran privadas de sus facultades mentales y pueden actuar con pleno discernimiento y madurez, a ello Galindo Garfias denomina estado personal al referirse a la capacidad de ejercicio de una persona, según sea menor de edad, mayor de edad o interdicto; la “idoneidad de la persona para valerse por sí misma considerando su madurez intelectual, para ejercer sus derechos y cumplir sus

²⁵ ROGEL VIDE, Carlos, Óp. Cit., pág. 13.

²⁶ GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho Civil. Primer Curso. Parte General. Personas. Familia, Vigésima cuarta edición, Editorial Porrúa, México, 2005, pág. 409.

obligaciones”²⁷, que legalmente se denomina capacidad. Menciona que llamar a la capacidad estado personal sería muy confuso, porque podría confundirse con el estado político o civil del individuo.

Asimismo, Domínguez Martínez comenta que, “de ambas capacidades, la de goce y la de ejercicio, la primera prevalece en importancia, pues está condicionada a la segunda, y al contrario, es decir, puede haber y de hecho hay, capacidad de goce sin capacidad de ejercicio, pues pueden tenerse ciertos derechos y carecer de la posibilidad legal de celebrar actos jurídicos para ejercitarlos; pueden igualmente contraerse obligaciones mediante la celebración de los actos jurídicos que den lugar a ello sin estar en condiciones legales de hacerlo personalmente”²⁸ como sucede con ciertos incapaces, que por circunstancias alternas se encuentran en este supuesto, por ejemplo los menores de edad y los interdictos, quienes tienen capacidad de goce pero no de ejercicio.

Algunos autores como Rojina Villegas manifiestan, que tanto la capacidad de goce como la de ejercicio admite graduaciones; pero otros exponen que no se puede medir, es decir, la ley hace diferencias en actos celebrados por sujetos capaces para determinadas situaciones jurídicas, los autores se refieren a que la capacidad que admite graduaciones es únicamente la capacidad de ejercicio, esto es, existen personas investidas de capacidad de goce para ser partícipes legalmente en situaciones específicas, siempre y cuando se los permita la ley al otorgarles capacidad de ejercicio, de obrar plenamente o con restricciones.

Dado que, “La capacidad de ejercicio implica estar en condiciones legales de otorgar dichos actos y éstos consisten a su vez en manifestaciones de voluntad”²⁹. Es así como se explica que la capacidad de ejercicio se ve reflejada en hechos materiales que realizan las personas, sobre quienes el derecho marca incompatibilidades, limitaciones o prohibiciones; por esta razón la

²⁷ Ibídem, pág. 398.

²⁸ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. Óp. Cit., pág. 167.

²⁹ Ibídem, pág. 176.

capacidad de ejercicio es la única que se puede clasificar en grados al externarse en actos que nacen a la vida jurídica y que tienen efectos de la misma índole.

Cabe aclarar que la capacidad de ejercicio también tiene dos subdivisiones que son “capacidad de ejercicio substancial y capacidad de ejercicio procesal o formal; la primera se refiere a la aptitud para obligarse, para celebrar actos y negocios jurídicos, para contraer y cumplir personalmente obligaciones, para administrar y disponer libremente de los bienes, en tanto que la segunda se refiere a la posibilidad de comparecer en juicio sin necesidad de hacerlo mediante representante legal.”³⁰ Esta cuestión doctrinal se refleja en la ley; verbigracia, en materia laboral, el mayor de dieciséis años, pero menor de dieciocho, puede solicitar empleo y ser contratado con ciertas reservas de ley, hacerse cargo de un puesto de trabajo como tal; pero no le es reconocida la capacidad para demandar por sí mismo, es necesario que tenga un representante para ello. Otro ejemplo claro es; en materia civil, el menor puede administrar los bienes, producto de su propio trabajo, pero no puede comparecer en juicio por cualquier problemática legal relacionada con los mismos, para esto deberá estar apoyado por quien legalmente pueda representarlo en Tribunales, es decir, su padre o madre y en caso de no contar con ninguno de ellos, será un tutor quien haga valer sus derechos en juicio. Además de que la misma ley establece que para gravar o hipotecar bienes inmuebles deberá contar con la autorización del Juez competente o con el apoyo de un tutor especial para negocios jurídicos.

1.1.3.3. Presupuestos de la capacidad de ejercicio.

Los presupuestos de la capacidad de ejercicio son dos, el discernimiento y la madurez. El primero de ellos, según De Gasperi, “es la facultad que nos permite distinguir lo verdadero de lo falso, lo justo de lo injusto, señalar la diferencia que existe entre ellos y medir las consecuencias posibles de nuestras acciones. El discernimiento es así la inteligencia, instrumento del conocimiento y fundamento

³⁰ *Ibidem*, pág. 177.

de la imputabilidad, y por consiguiente de la responsabilidad.”³¹ Es así como un ser humano distingue lo permitido por la ley de lo prohibido por la misma, siendo de total relevancia para tomar decisiones al participar en la vida jurídica, las cuales afectarán su esfera tanto en lo patrimonial como en sus derechos personales.

Respecto del segundo rubro, que es la plena madurez, este es un aspecto completamente psicológico, debido a que es la aptitud mental del individuo para considerar y analizar una situación, los efectos y alcances de tomar una decisión negativa o afirmativa respecto de la cuestión. Sin embargo, la ley mexicana determina que el individuo alcanza la madurez y el discernimiento a la edad de dieciocho años cumplidos, de acuerdo con el artículo 646 del Código Civil Federal vigente en la república mexicana, a esto se le denomina mayoría de edad, y en el caso contrario, es decir que el individuo no haya cumplido los dieciocho años, entonces se encuentra dentro de lo que se conoce como minoría de edad, es así que las leyes secundarias de la Constitución Mexicana hacen alusión a estos términos.

Pese a lo anterior, De Gasperi expresa que, “El discernimiento supone en el hombre cierta madurez de su desarrollo intelectual”³², en este tenor se entiende que existen personas que aun teniendo pleno discernimiento y por ende madurez en su pensar y actuar están impedidos para participar en la vida jurídica porque así lo determina la ley.

Respecto del menor de edad, la ley estima que no ha alcanzado discernimiento ni plena madurez antes de la edad de dieciocho años, por consiguiente es necesario protegerlo y para esto le veda la capacidad de ejercicio hasta que él mismo pueda tomar sus decisiones; pero no por esto deja de participar en la vida jurídica, pues existen actos que puede celebrar el menor sin necesidad alguna de ostentarse con capacidad de ejercicio; por ejemplo, un menor de

³¹ DE GASPERI, Luis, Introducción a la Teoría General de los Hechos y Actos Jurídicos, Editorial Tipografía, Argentina, 1964, pág. 20.

³² *Ibidem*, págs. 22 y 23.

edad puede celebrar un contrato de compraventa respecto de un bien mueble que no necesite requisito específico o manifestación de la capacidad de ejercicio e incluso representación del menor; por ejemplo, el comprar cualquier bien mueble consumible en una tienda de conveniencia, pues al ejecutar el acto mencionado no se requiere que sea un mayor de edad o representación alguna respecto del mismo, otro ejemplo claro es, el contrato de transporte que celebra el menor de edad al utilizarlo, es decir, no se requiere que cumpla con la mayoría de edad o que alguien lo represente para que un infante de dieciséis años utilice el transporte colectivo.

1.1.4. Regulación jurídica de la capacidad.

La capacidad, tiene su fundamento constitucional en el artículo cuarto, párrafo octavo al reconocer la personalidad del sujeto como persona y con el nacimiento su capacidad de goce. Dicha figura también tiene regulación jurídica en la ley adjetiva civil, en los artículos 22 a 24, asimismo en el artículo 646 y 647 expresamente para persona física y del 25 al 28 para persona moral, todos del Código Civil Federal vigente en la República mexicana. Se debe hacer la anotación que, el ordenamiento mencionado regula la capacidad jurídica, es decir la de goce y la ejercicio, de forma específica para cada acto a realizar, determinando cuando procede una y cuando la otra.

Estableciendo la supletoriedad de la materia civil respecto de la mercantil, contenida en los artículos 2 y 81 del Código de Comercio que establece que se aplicará dicha supletoriedad, respecto de la capacidad y en relación con el 5 del Código de Comercio vigente, el cual expresa que toda persona que con arreglo a las leyes comunes tengan capacidad para contratar y obligarse la tienen en materia mercantil, es así que hace alusión a la capacidad civil como general, posteriormente contempla restricciones para celebrar determinados actos mercantiles.

Respecto de las demás leyes mercantiles, cada una de ellas establece la aplicación supletoria del Código de Comercio y asimismo del Código Civil

Federal. Por ejemplo; la Ley General de Títulos y operaciones de Crédito en su artículo 2, fracción cuarta en relación con el artículo 3 de la misma ley; establecen la capacidad para contratar y obligarse, en caso de existir la necesidad de aplicarse la supletoriedad, será conforme al Código Civil Federal.

1.1.5. Diferencias de la capacidad para actos civiles y mercantiles.

Como se ha visto, la capacidad es la regla general para realizar actos jurídicos diversos, pero es la misma tanto para actos civiles como para actos mercantiles, dado que si se tiene capacidad en materia civil, también se tiene en materia mercantil, ya que sólo se necesita que la persona cumpla con los requisitos de ser mayor de edad y estar en pleno uso de sus facultades mentales para ejecutar cualquier acto permitido por la ley, siempre y cuando cumpla los requisitos establecidos por la ley específica que rija el acto de que se trate; sin embargo, la diferencia radica en la incapacidad que funciona como excepción a la regla general y a ésta se suman en materia mercantil la incompatibilidad, inhabilitación, y prohibición para ejercer el comercio; sin embargo éstas se refieren respecto de la calidad de comerciante de los sujetos que celebrarán el acto en cuestión.

Como bien lo expresa Degasperi, la capacidad tanto en materia civil como en materia mercantil es semejante, pero “es la regla general y la incapacidad que es la excepción es la diferente.”³³ Esto es, todas las personas tienen capacidad por el simple hecho de serlo, es decir, son titulares de derechos y le es posible contraer obligaciones, pero algunas de ellas están imposibilitadas por ley para ejercer los primeros y cumplir las segundas por sí mismos, esto es, los sujetos al ser considerados personas, legalmente hablando, por lo general la ley les reconoce un mínimo de capacidad de goce, más no de ejercicio, que es la relevante en el momento de celebrar actos jurídicos y aunque toda persona cuenta con los derechos que le reconoce la propia ley, no todos pueden ejecutar los actos tendientes a ejercitar esos derechos; siendo la excepción los incapacitados para realizarlos, esto por disposición legal, aunque cumplan con

³³Ibídem, pág. 28.

los requisitos que la misma ley establece para cada acto. Asimismo aquellas personas que la ley les reconoce capacidad jurídica plena, refiriéndose a la de goce y a la de ejercicio, pero les limita participar en el comercio o actividades similares ostentándose como comerciantes, pues si bien es cierto que la persona cuenta con capacidad de acuerdo a las leyes civiles, están impedidos para ejercer el comercio por disposiciones mercantiles.

1.2. Incapacidad.

En general son incapaces todos aquéllos sujetos sin condiciones mentales de otorgar actos jurídicos, ya sea porque están privados de sus facultades mentales o por la minoría de edad en la que se encuentran, debido a que, a ambos se los determina la ley. Además, la incapacidad también demuestra grados de la misma, debido a que tiene restricciones y mientras más limitaciones tenga el sujeto será mayor el grado de su incapacidad.

1.2.1. Concepto.

La incapacidad se define como el estatus contrario a la capacidad, es decir, es la ineptitud de la persona de ser titular de derechos asimismo contraer y cumplir obligaciones. Esto se aplica exclusivamente a la capacidad de ejercicio, debido a que como ya se explicó anteriormente, la capacidad de goce se reconoce por el hecho de ser persona, nadie puede ser privado de ella, por lo tanto las personas tienen un mínimo de capacidad de goce independientemente del grado de capacidad que tenga; en cambio la incapacidad se ve reflejada en la capacidad de ejercicio, dado que son los actos (la voluntad externada) los que tienen efectos jurídicos.

Capitant define la incapacidad expresando, “es la ineptitud para gozar de un derecho, o para ejercerlo por sí mismo, o sin asistencia o autorización”³⁴. Es evidente que la incapacidad es la posición contraria del individuo respecto de la capacidad para celebrar actos jurídicos, pues en ésta, el individuo no goza de ellos o no puede ejercitarlos por sí mismo; sin embargo la importante es la

³⁴ CAPITANT Henri, Vocabulario Jurídico, Óp. Cit., pág. 314.

incapacidad de ejercicio y ésta queda subsanada por el derecho al permitir la representación de incapaces. Esto en beneficio de las personas, pues es inhumano que a una persona le sea vedada su capacidad jurídica en su totalidad, esto equivaldría a la muerte civil del individuo, quedando así impedido para realizar incluso los actos indispensables para supervivencia, alejándolo de la sociedad y cometiendo una aberración para el ser humano.

Por otra parte, el diccionario define el término incapacidad como “falta de aptitud jurídica para hacer determinado trámite o acción”³⁵ esta alusión a la falta de capacidad para que la ley permita al individuo ejercitar o cumplir un determinado acto jurídico es lo que hace la incapacidad; así mismo contempla la incapacidad como “la carencia de condiciones, cualidades o aptitudes, especialmente intelectuales, que permiten el desarrollo de algo, el cumplimiento de un fin común, el desempeño de un cargo”³⁶; confirmando de este modo que la capacidad es la aptitud para realizar el acto jurídico determinado y la incapacidad es la ineptitud o falta de esa aptitud que la ley establece para permitirle ejecutar el acto en cuestión.

En conclusión, los autores hacen referencia a la incapacidad como un estado contrario a la capacidad, sin embargo no la definen como tal y los pocos que llegan a conceptualizarla lo hacen separando la incapacidad de goce de la de ejercicio, como González y Gutiérrez expresando; “la ley establece que determinadas personas no puedan tener ciertos derechos, creando así una incapacidad de goce”³⁷, refiriéndose al poder de detentar o ser titular de los derechos subjetivos que la ley establece para las personas y al denominar incapaces a ciertos individuos les restringe gozar esos derechos, respecto de la capacidad de ejercicio menciona “la ley determina que, teniendo esos derechos, les está vedado ejercitarlos por sí, de donde resulta la incapacidad de ejercicio”³⁸; por lo tanto el individuo, aunque posea esos derechos, la ley le

³⁵ AGUILAR ESPAÑA, David, Et. Al., Óp. Cit., pág. 1027.

³⁶ Ídem.

³⁷ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, Óp. Cit., pág. 362.

³⁸ Ídem.

veda la posibilidad de ejecutar los actos necesarios para ejercitar los derechos proporcionados por la capacidad de goce que tiene.

En este sentido, el autor Muñoz hace alusión a la incapacidad natural y a la incapacidad legal para definir la incapacidad misma expresando, “la incapacidad natural...es aquella que por razón de la naturaleza defectuosa que afecta al sujeto éste carece de la madurez conveniente y justa para realizar negocios jurídicos. La incapacidad legal es aquella que la ley fija de manera taxativa y que impide que el sujeto pueda realizar aquellos actos que la norma le prohíbe por razones puramente inherentes a su persona.”³⁹ Por tanto, la incapacidad, ya sea natural o legal es entendida como la falta o ausencia de la cualidad denominada capacidad para poder ejecutar los derechos subjetivos que, aunque la ley le confiere a toda persona por serlo, no le es posible materializarlos en la realidad, no importa que sea derivada de la naturaleza del individuo o por determinación legal, pues al final debe ser decretada mediante sentencia judicial a excepción de la minoría de edad en el caso específico de que sobreviva alguno o ambas personas que ejerzan la patria potestad sobre dicho menor.

Con base a lo anterior se entiende que, así es como la ley restringe la capacidad de actuar por medio de limitaciones del individuo en su capacidad de ejercicio, sin implicar que la propia ley otorgue o reconozca esos derechos, por ejemplo; un menor de edad goza de ciertos derechos que la ley le confiere, pero para ejercitarlos, por lo general necesita de la representación de sus padres, claro que existen excepciones como en casos de administrar los bienes muebles propios obtenidos por medio de su trabajo, en este caso puede el menor hacerlo por sí mismo.

1.2.2. Características.

Son características de la incapacidad los siguientes elementos consustanciales a ella:

³⁹ MUÑOZ, Luis, Teoría del Contrato, Editorial Cárdenas, México, 1973, pág. 205.

- ◆ Es propio de la persona. Esto es, tal y como la capacidad recae sobre la persona, asimismo la falta de capacidad o incapacidad afecta la esfera jurídica de la persona; ya que pertenece a esta por tener la calidad que la ley otorga como persona.
- ◆ Es el estado contrario a la capacidad. Se traduce en la ineptitud del ser humano, considerado persona, legalmente hablando, para ser titular de derechos y obligaciones y ejercerlos por sí mismo, es decir, detentar derechos subjetivos y la posibilidad de hacerlos valer por sí mismo.
- ◆ Funciona como excepción a la regla general, que es la capacidad. Puesto que la ley reconoce en la persona ser capaz de detentar derechos subjetivos, siempre y cuando cumpla con ciertos requisitos, no es posible que pueda ejecutarlos si la ley no lo permite, ya que sólo algunas personas están imposibilitados legalmente, para ejercer esos derechos.
- ◆ Se aplica exclusivamente a la capacidad de ejercicio. Siendo ésta la que tiene un plano de acción para materializar los actos jurídicos, pues la incapacidad se ostenta en vedar los derechos subjetivos de la persona aunque legalmente sea el titular de esos derechos; por tanto no ha todos se les permite ejecutarlos teniendo efectos en el campo de acción de la persona.

Por tanto, la incapacidad es la falta de aptitud o ineptitud para ser titular, o detentar derechos subjetivos, así como estar en la posibilidad de obligarse y cumplir dichas obligaciones por sí mismo, esto no significa de ninguna manera que al sujeto no le sea admisible tener, poseer o llamarse titular de esos derechos conferidos al mismo por ser inherentes a su personalidad, sino que simplemente no puede realizar los actos en un plano material debido a que no cumple con los requisitos que la ley señala para denominarlo capaz.

1.2.3. Tipos de incapacidad.

Doctrinalmente se hace distinción entre incapacidad natural e incapacidad legal, a la primera se refiere Domínguez Martínez como "...hay situaciones

independientes de una madurez y plenitud mentales, respecto de las cuales la ley considera, mediante lineamientos generales, que el sujeto está impedido para celebrar personalmente actos jurídicos y le niega esa posibilidad. Tal es el caso del menor de edad a quien el sistema legal lo califica incapaz, aunque naturalmente esté en condiciones favorables, sobre todo al acercarse a su mayoría de edad; ese es el caso también del quebrado no rehabilitado”⁴⁰

De lo anterior se deduce que si bien es cierto, la mayoría de edad la determina la propia ley, aun cuando un individuo puede tener discernimiento y por ende plena madurez respecto de la toma de decisiones; por ejemplo un menor de edad en uso de sus facultades mentales y que está próximo a la mayoría de edad cuenta con la capacidad de goce. También lo es que por ley está impedido para tomar decisiones y ejercer sus derechos por sí mismo.

Por otra parte, respecto a la incapacidad legal, “ésta implica la consideración directa de la ley de que un sujeto no está en condiciones de ese querer y de ese entender, aun cuando en la realidad sí pueda hacerlo; esto acontece con un menor de edad, legalmente incapaz aun cuando sus condiciones mentales sí sean adecuadas para el otorgamiento de cualquier acto jurídico. Lo mismo sucede con el quebrado no rehabilitado quien desde el punto de vista natural no tiene afectación ni restricción mental alguna y sin embargo, la ley lo declara incapaz para determinados actos”.⁴¹ Es evidente, que el autor manifiesta que la incapacidad legal, es la que interesa, debido a que el legislador toma como base la incapacidad natural para determinar la primera; y no siempre es eficiente, ya que un menor próximo a la mayoría de edad puede presentar discernimiento y madurez para tomar decisiones, pero por disposición legal está impedido para ello.

Asimismo, se establece la incapacidad absoluta y la incapacidad relativa. Esto se explica considerando los efectos de los actos jurídicos celebrados por los

⁴⁰ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. Óp. Cit., pág. 187.

⁴¹ Ídem.

incapaces, en la primera el acto es nulo totalmente y en la segunda el acto puede ser convalidado.

De Gasperi expresa al respecto que, la incapacidad absoluta se refiere a una persona capaz de obrar por sí misma, pero en virtud de una disposición legal queda privada de toda participación en un acto jurídico determinado y se refleja en la imposibilidad de cambiar el estado de su derecho. Por ejemplo, cualquier acto celebrado por un menor está afectado de nulidad absoluta, debido a su edad, y el menor no puede hacer nada para cambiar su estado de menor de edad.

Con relación a la incapacidad relativa, dice que “tiene lugar cuando la ley mediante una prohibición expresa, niega al hombre la adquisición de ciertos derechos”⁴²; esto es, la legislación determina que actos están afectados de nulidad relativa si se llegan a realizar, sin embargo, la diferencia entre la incapacidad relativa y la absoluta es que la primera puede subsanarse si el sujeto que realizó el acto lo consciente de manera libre y voluntaria.

1.2.3.1. Menores de edad.

El término edad, en un sentido jurídico se define como, “aquella cantidad de años que el derecho exige a la persona para que pueda realizar los actos que la ley estrictamente le autoriza; o bien aquella cantidad de años que la ley estima como causa suficiente para eximir o aminorar las efectividad de las obligaciones de la persona a la que se hace referencia.”⁴³ Por lo tanto, es meramente un requisito establecido por la misma ley para otorgar a la persona la capacidad, ha cambiado a lo largo del tiempo, pero siempre es determinada taxativamente.

Ahora bien, la minoría de edad se define como “aquella que confiere a la persona jurídica la capacidad de realizar cuantos actos le permiten las leyes civiles, políticas y administrativas.”⁴⁴ Es decir, la ley determina expresamente la

⁴² *Ibidem*, pág. 26.

⁴³ MUÑOZ, Luis, *Óp. Cit.*, pág. 198.

⁴⁴ *Ídem*.

cantidad de años que debe cubrir la persona para ser considerada capaz, de acuerdo con cada grado de la misma, para poder realizar actos específicos con base al grado de capacidad que le otorgue la legislación.

De acuerdo con el artículo 646 del Código Civil Federal, a contrario sensu el menor de edad es aquel que no tiene dieciocho años cumplidos para ser considerado como mayor de edad. Al respecto Sánchez Márquez manifiesta que la mayoría de edad “es la edad que el legislador considera adecuada para que una persona física alcance su madurez, motivo por el cual a partir de ella le autoriza para que válidamente pueda celebrar todo tipo de actos jurídicos.”⁴⁵ Por este motivo esa edad es la determinada para que la persona alcance su mayoría de edad y con ella la capacidad de ejercicio para celebrar actos jurídicos por sí mismo, sin embargo esa edad puede ser modificada por disposición legal, sobre todo al ser evidente que los elementos psíquicos que llevan a una persona a actuar con madurez no se define con la edad de ésta y mucho menos que al llegar a los dieciocho años cumplidos se alcance la misma.

El diccionario define al menor de edad como aquella “persona que no ha llegado a la edad adulta que legalmente se establece en un país como requisito para tener determinados derechos”⁴⁶; dado que en México señala el artículo 646 del Código Civil Federal que la mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos, es así entonces que el menor de edad, definido primeramente como persona y por ende sujeto de derechos y obligaciones, se podrá ostentar capaz al llegar a los dieciocho años cumplidos al momento en que lo haga.

Ahora bien, “la incapacidad de los menores de edad, presentan grados: el menor de edad permanece en estado de incapacidad en tanto no haya sido emancipado. La emancipación, hace salir parcialmente al menor de edad, del estado de incapacidad”⁴⁷ Si bien, el menor de edad emancipado tiene cierto

⁴⁵ SÁNCHEZ MÁRQUEZ, Ricardo, Óp. Cit., pág. 186.

⁴⁶ AGUILAR ESPAÑA, David, Et. Al., Óp. Cit., pág. 1232.

⁴⁷ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. Óp. Cit., pág. 177.

grado de capacidad, no es total ni plena, al requerir la aprobación del juez competente para algunos actos. También se establecen limitaciones al grado de capacidad que ostenta. “El derecho presume que el menor no tiene el necesario discernimiento, para decidir, por propia voluntad, la realización de actos jurídicos. Es jurídicamente, incapaz.”⁴⁸ Sin embargo, como ya se ha comentado en el presente trabajo de investigación, cuando un menor está próximo a la mayoría de edad, tiene cierta madurez, así como discernimiento en su pensar y actuar. Esta calidad no se modifica con el simple hecho de cumplir dieciocho años, pues al ser un factor psicológico, se genera durante la vida del menor y no puede decirse que al tener diecisiete años no tenga esta capacidad reflexiva para entender consecuencias de derecho, pero que la adquiere a los dieciocho años cumplidos.

1.2.3.2. Interdictos.

El estado de interdicción como lo refiere Muñoz es “una restricción a la personalidad jurídica”⁴⁹; debido a que se refiere a las personas privadas de inteligencia, las cuales no cuentan con discernimiento ni madurez suficiente para tomar decisiones por sí solos, por tal motivo no cuentan con capacidad jurídica. Asimismo, los menores de edad incapacitados para realizar actos jurídicos por sí mismos, pues solo lo podrán realizar por medio de un tutor.

En esa misma tesitura, De Pina Vara define la interdicción o estado de interdicción como, “la situación de una persona a quien judicialmente se ha declarado incapaz de los actos de la vida civil privada de la administración de su persona y bienes”⁵⁰; es decir, es la incapacidad de la persona para realizar actos jurídicos, la cual debe ser declarada por autoridad competente. En este sentido, define al interdicto como, “el que está privado del ejercicio de derechos civiles en virtud de resolución judicial fundada que así lo disponga”⁵¹; de tal

⁴⁸ *Ibidem*, pág. 414

⁴⁹ MUÑOZ, Luis, *Óp. Cit.*, pág. 206.

⁵⁰ DE PINA VARA, Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano. Introducción, Personas y Familia, Volumen I, Décimo novena edición, Editorial Porrúa, México, 1995, pág. 399.

⁵¹ *Ídem*.

forma que en dicha declaración se debe establecer los alcances y límites de la incapacidad, es decir, los efectos que produce la interdicción respecto de la persona a la que se le declara en ese estado.

Sin embargo aclara que no debe entenderse como una pena o castigo, sino como “una medida de precaución para salvaguardar los intereses de aquél cuyos derechos se limitan, por no ser capaz del ejercicio de ellos”⁵²; de forma que se refiere a la capacidad de ejercicio del declarado interdicto, pues continúa conservando la capacidad de goce y por tanto es titular de derechos y obligaciones, aunque para ejercer los primeros y cumplir las segundas necesita tener un representante que lo auxilie en este sentido.

De acuerdo con los artículos 466 y 467 del Código Civil Federal se establece que interdicción es el estado en que se encuentran los que tienen incapacidad natural que son, las personas, sean menores o mayores de edad, disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o a la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.

El Código Civil Federal regula el Estado de interdicción en los artículos 635 a 640 estableciendo en ellos que serán nulos todos los negocios donde participen interdictos, la cual solo podrán interponer como acción u oponer como excepción ellos mismos y no la persona con la cual hallan contratado. Pero al ser insuficiente la regulación establecida por este ordenamiento se debe acudir al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el cual establece en su artículo 902 que el estado de interdicción debe declararse para lo cual expresa que si se refiere a las causas establecidas en el artículo 450 en su fracción segunda del ordenamiento sustantivo, entonces puede ser solicitada

⁵² Ídem.

por el mismo menor si ha cumplido 16 años, por su cónyuge, por sus presuntos herederos legítimos, por su albacea, por el ministerio público, por la Institución pública o privada de asistencia social que acoja al incapaz. Asimismo para acreditar la minoría de edad se requiere certificación del Registro Civil, de acuerdo con el artículo 903 del ordenamiento citado; en el caso de los privados de inteligencia se requerirá durante el juicio que, se acredite con dos dictámenes médicos hechos por especialistas.

La autoridad competente para hacer la declaración de interdicción es el Juez de primera instancia, esto con base en el artículo 25 del Código Federal de Procedimientos Civiles el cual expresa que, en los negocios relativos a la tutela de los menores o incapacitados, es juez competente el de la residencia del menor o incapacitado.

Los efectos de la declaración de interdicción con base con el artículo 905, fracción V y VI del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal son, que una vez que cause ejecutoria la sentencia de interdicción se procederá al nombramiento del cargo de tutor delimitando su responsabilidad de acuerdo a la ley; el tutor interino nombrado durante el procedimiento intervención del curador rendirá cuentas al tutor definitivo; y el menor queda bajo potestad del tutor nombrado hasta que por nueva declaración se le declare capaz .

La incapacidad, respecto de los llamados interdictos es igual a la de los menores de edad, la diferencia radica en que la minoría de edad tiene un punto final de culminación exacta, que es hasta que el menor en cuestión cumple dieciocho años, en cambio los declarados interdictos no tienen una fecha determinada de cesación de las causas de incapacidad, pues no es factible saber cuándo un incapacitado mental podrá tener entendimiento suficiente para alcanzar a entender las consecuencias de sus actos, como bien lo refiere Domínguez Martínez, “la capacidad de ejercicio requiere: a) que la persona tenga el discernimiento, para comprender las consecuencias de sus actos, y b)

que no haya sido declarada en estado de interdicción.”⁵³ Por esta razón, las personas privadas de sus facultades mentales aunque sean mayores de edad, no pueden tomar decisiones en relación a su persona ni a su patrimonio, debido a que no alcanzan a entender las consecuencias y efectos derivados de los actos legales y pueden caer fácilmente en fraudes.

1.2.4. Causas de incapacidad.

El derecho civil mexicano actual contempla dos situaciones por las que se considera a una persona incapaz, es decir cuando no se goza de la capacidad de ejercicio, debido a como bien lo refiere Domínguez Martínez “la capacidad y la incapacidad aluden a la posibilidad o imposibilidad para ejercer por sí misma en razón de su edad, los derechos y cumplir las obligaciones que realmente le corresponden (en los menores) o por su salud mental o deficientes aptitudes volitivas o sensoriales (en los mayores de edad incapacitados) unos y otros no pueden gobernarse por sí mismos”⁵⁴; en este sentido, se observa que la incapacidad solo afecta la capacidad de ejercicio, pues las consecuencias que resulta de celebrar cualquier acto jurídico afectan la esfera de la persona posee los derechos subjetivos, sin embargo la ley no le permite ejercerlos por sí mismo al ser incapaz y por tanto no gozar de la capacidad de ejercicio.

Para que un individuo sea incapaz de realizar determinados actos se requiere que carezca de la capacidad de ejercicio, no así de la de goce, como ya se explicó; al no tener capacidad de actuar por disposición legal está impedido para realizar actos jurídicos de cualquier naturaleza.

1.2.4.1. En materia civil.

Tratándose de materia civil, el ordenamiento aplicable es el Código Civil Federal, este prevé en su artículo 450 las únicas causas por las que una persona es incapaz; en su fracción primera menciona a los menores de edad; y en su fracción segunda hace alusión a los mayores de edad disminuidos o

⁵³ *Ibidem.*, pág. 176.

⁵⁴ *Ídem.*

perturbados en su inteligencia. En esta tesitura y de acuerdo con Muñoz, la edad, “en sentido jurídico, es aquella cantidad de años que el derecho exige a la persona para que pueda realizar los actos que la ley estrictamente le autoriza; o bien aquella cantidad de años que la ley estima como causa suficiente para eximir o aminorar la efectividad de las obligaciones de la persona a la que se hace referencia”⁵⁵. Presentándose la menor edad cuando la persona no ha alcanzado los 18 años cumplidos, y por consiguiente queda impedido por ley para ejercitar por sí mismo los derechos que la ley le otorga por ser persona; pero la misma subsana con la posibilidad de representación del menor.

La única excepción que se establece en la ley en cuanto a la edad de dieciocho años para ser capaz de celebrar actos jurídicos es respecto del menor emancipado, dado que en el artículo 641 del Código Civil Federal, establece el derecho a la emancipación al menor que contraiga matrimonio, para lo cual le es otorgada una dispensa, y de ésta forma poder contraerlo a partir de los dieciséis años cumplidos en el caso del varón y de catorce años en el caso de la mujer, de acuerdo con el artículo 148 del mismo ordenamiento; sin embargo el artículo 643 de la citada ley menciona que a pesar de que el menor emancipado tiene la libre administración de sus bienes, necesita durante su menor edad de un tutor para negocios judiciales y de la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces; de este modo se entiende que la capacidad que se le otorga al menor emancipado no es plena y por lo tanto solo es uno de los grados de capacidad que se tienen en el derecho civil.

Respecto de los mayores incapacitados, debido a la perturbación de la inteligencia en su actuar, la ley establece que pueden ejercitar los derechos, que por ser persona le son otorgados por la misma ley, por medio de un representante, de acuerdo a las reglas fijadas, que para ello señala el ordenamiento civil mencionado.

⁵⁵ MUÑOZ, Luis. Óp. Cit., pág. 198.

1.2.4.2. En materia mercantil.

Con base en la supletoriedad del derecho civil sobre del derecho mercantil establecida en el artículo segundo del Código de Comercio en donde se regula que, a falta de disposiciones de este ordenamiento y las demás leyes de la materia, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común contenidas en el Código Civil aplicable en materia federal. Asimismo el artículo segundo de la ley de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo segundo, fracción cuarta expresa que los actos y operaciones mercantiles se registrarán por leyes mercantiles y en su defecto por el derecho común, siendo aplicable en toda la República Mexicana el Código Civil del Distrito Federal. Otros ejemplos son; el artículo octavo en su fracción cuarta y quinta; el artículo sexto en su fracción séptima de la Ley de Navegación y Comercio Marítimos; el artículo cuarto en su fracción tercera de la Ley de Puertos; y en general toda la legislación mercantil señala tal situación, de tal suerte que en todas las leyes mercantiles se establece la aplicación de la supletoriedad del derecho común, respecto de todo aspecto que no regule dicha legislación, como lo es la capacidad.

Lo anterior es aplicable tratándose de actos jurídicos, es decir actos en forma general, sin embargo cabe hacer notar que en materia contractual se expresa de forma literal en cada ordenamiento legal.

Con base en lo anterior, el Código de Comercio establece en su artículo quinto que, tiene capacidad legal en el comercio el que es hábil conforme a la materia civil, por lo tanto si un sujeto es capaz civilmente, entonces lo es en el ámbito mercantil; esto en relación con el artículo ochenta y uno del Código de Comercio, que establece la supletoriedad del Código Civil hablando de contratos; asimismo del artículo 1054 del mismo ordenamiento que establece la operatividad de la supletoriedad del derecho civil federal y local referente a lo adjetivo de la materia; sin embargo la diferencia entre ambas materias no es la regla general, es decir la capacidad, sino la excepción que es la incapacidad tratándose de materia civil, pues al no tener capacidad el sujeto, queda vedada

la posibilidad de ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones de los que es titular, en cambio en materia mercantil, la incapacidad afecta exclusivamente a la capacidad de poder ejercer el comercio; porque si bien es cierto que se necesita capacidad civil para celebrar actos jurídicos diversos en distintas materias, también lo es que en materia de comercio se necesita capacidad para ejercerlo, restringiendo ésta con inhabilidades, limitaciones, prohibiciones e incompatibilidades.

En conclusión, la supletoriedad del derecho común sobre el derecho mercantil tiene lugar tanto en lo sustantivo como en lo adjetivo de la materia.

1.3. Impedimentos a la capacidad.

Los impedimentos son en realidad restricciones o limitaciones que la ley impone al individuo; tratándose de materia civil lo hace a través de la incapacidad, por lo cual en este apartado se establecerán los grados de la capacidad de ejercicio de los que se habló anteriormente y con respecto a los actos mercantiles, además de la incapacidad se mencionarán las incompatibilidades, inhabilidades y prohibiciones establecidas para ejercer el comercio, las cuales están relacionadas con la capacidad de ejercicio. Esto debido a que tanto los primeros como los segundos son restricciones a la capacidad jurídica.

Ahora bien, los grados de capacidad civil, son:

- ◆ **Concebido no nacido.** A este se le reconoce la personalidad en fin de proteger su derecho a heredar, a recibir donaciones, y a ser nombrado como legatario, es decir su protección comienza desde su concepción, de acuerdo con el artículo 22 del Código Civil Federal. Es así que la capacidad mínima se contempla en este grado, puesto que el feto es titular de los tres derechos mencionados, los cuales se perfeccionarán hasta que sea legalmente persona.
- ◆ **Menores de edad.** Aunque tiene capacidad de goce, por ley carece de la capacidad de ejercicio, con sus excepciones como administrar los bienes, producto de su trabajo. Por tanto la capacidad que se le otorga al

menor es mínima. Por ejemplo pueden celebrar contrato de compraventa respecto de algún artículo para el cual no se requiera formalidad, autorización o vigilancia alguna o incluso puede celebrar contratos de compraventa que marca el artículo 2278 de Código Civil Federal, que es vender a sus padres bienes adquiridos, fruto del trabajo del menor.

- ◆ **Menores de edad emancipados.** El código civil establece en el artículo 641 que, un menor puede ser emancipado a partir de los dieciséis años cumplidos mediante matrimonio y podrá administrar sus bienes, pero requiere la autorización judicial para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces; o el apoyo de un tutor para negocios judiciales. Sin embargo le es factible celebrar actos diversos sin necesidad de consultarlo con nadie; por ejemplo contratos de arrendamiento, compraventa de bienes muebles entre otros diversos.
- ◆ **Mayores de edad privados de sus facultades mentales.** En este tipo de incapacidad, regulada por el artículo 450 fracción segunda, los interdictos tienen capacidad de goce, sin embargo no cuentan con la capacidad de ejercicio y para esto la ley prevé una forma para proteger sus intereses que es, que lo hagan a través de un representante. A diferencia de los dos anteriores, los interdictos no pueden llevar a cabo absolutamente ningún acto jurídico por sí mismos, ni el más mínimo por no tener la capacidad suficiente para realizar los actos tendientes a ejercita un derecho aunque sí sea el titular del mismo.

Es así como se establecen los grados de capacidad, de acuerdo a las facultades que tiene el sujeto al colocarse en cada uno de los supuestos; es evidente que no puede otorgársele la misma capacidad a un menor de dieciséis años que a uno emancipado por matrimonio o que puedan celebrar los mismos actos, un menor emancipado que un interdicto, aunque sea mayor de edad; puesto que es necesario poner restricciones a cada grado de capacidad de aquellos actos que cada uno puede realizar, asimismo especificar las condiciones en que cada supuesto.

Respecto de los actos mercantiles, con base en que la capacidad civil es la capacidad mercantil también lo es la incapacidad en ambas materias; sin embargo existen restricciones o impedimentos en materia mercantil que limitan a la persona para celebrar actos de comercio, las cuales son incompatibilidades, inhabilidades y prohibiciones para ejercer el comercio. Pero se debe entender bien que en este aspecto la persona es capaz, es decir, está en posibilidad de detentar derechos y obligarse válidamente y poder ejercerlos los primeros y cumplir los segundos, pero se coloca en un supuesto en el que no puede participar del comercio, por disposición impuesta por legislación mercantil.

1.3.1. Incapacidad de ejercicio como impedimento a la capacidad.

La incapacidad, es la restricción hecha a la capacidad de ejercicio, es la limitación que se le pone a la persona por disposición de ley. Como bien lo expresa De Pina Vara la incapacidad es, la “carencia de la aptitud para la realización, disfrute o ejercicio de derechos, o para adquirirlos por sí mismo”⁵⁶; de tal forma que es un impedimento al momento de ejecutar cualquier acto pretendiendo ejercer un derecho; sobre esa base se entiende que la incapacidad en materia civil lo es en materia mercantil, por tanto son limitaciones en materia mercantil las mismas que establece el artículo 450 del Código Civil Federal que son; la menor edad y los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o a la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.

⁵⁶ DE PINA VARA, Rafael, Diccionario de Derecho, Décimo sexta edición, Editorial Porrúa, México, 1998, pág. 316.

Es en este punto donde tiene elemental relevancia los grados de capacidad, puesto que de acuerdo al mismo se estima la incapacidad con que cuenta el individuo para realizar actos jurídicos específicos.

1.3.2. Incompatibilidad y prohibición.

La incompatibilidad es definida como la “imposibilidad legal de acumular ciertas funciones públicas o ciertos mandatos electivos, o una función pública con un mandato electivo con ciertas ocupaciones privadas”⁵⁷; siendo esto, se observa que la incompatibilidad como impedimento afecta la esfera de actuación de la persona respecto del ejercicio del comercio y en ningún momento merma la capacidad de ejercicio del individuo, pues este conserva la misma para realizar actos jurídicos diversos en cualquier materia siempre y cuando no sean actos de comercio.

De Pina Vara define la incompatibilidad expresando que, es la “prohibición legal expresa que constituye un obstáculo para el ejercicio simultáneo de determinados cargos o funciones”⁵⁸; por ser un impedimento es claro que restringe taxativamente la ocupación de un cargo determinado cuando se está ejerciendo otro que coloca al individuo en cuestión en un supuesto expreso que la ley señala.

Por último, el término incompatibilidad se define por el diccionario enciclopédico como, la “exclusión natural, legal o reglamentaria de una cosa a causa de otra; es la incapacidad para ejercer un cargo o realizar un acto; es un impedimento, prohibición o tacha legal para desempeñar al mismo tiempo dos puestos o funciones”⁵⁹; con base en lo anterior se entiende que la incompatibilidad aplicada a materia mercantil, es una limitación establecida por ley, con la finalidad de impedir que una persona ejerza el comercio mientras se desempeña como un profesionalista con determinado cargo.

⁵⁷ CAPITANT, Henri, Óp. Cit., pág. 315.

⁵⁸ De Pina Vara, Rafael, Óp. Cit., pág. 316.

⁵⁹ CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo IV, Vigésimo primera edición, Editorial Heliasta, Argentina, 1989, pág. 376.

Así entonces, la incompatibilidad se refiere, de acuerdo con el autor Mantilla Molina, a “la limitación de la capacidad de ejercicio para realizar actos de comercio derivada de la profesión que ejerce la persona en cuestión y depende de la voluntad de ésta hacerla cesar, abandonando dicha profesión”⁶⁰; por ejemplo el artículo 2324 de Código Civil Federal, referente a las ventas judiciales establece que, no pueden rematar por sí, ni por interpósita persona, el Juez, Secretario y demás empleados del juzgado; el ejecutado, sus procuradores, abogados y fiadores; los albaceas y tutores, si se trata de bienes pertenecientes a la sucesión o a los incapacitados, respectivamente; ni los peritos que hayan valuado los bienes objeto del remate; de tal modo que cada una de estas personas puede eliminar la incompatibilidad si dejan de ejercer, voluntariamente, la profesión que ostentan en el momento de la realización del acto.

En materia mercantil expresamente el artículo décimo segundo en su fracción primera establece que la incompatibilidad de los corredores públicos para ejercer el comercio, asimismo en base con el artículo veinte de la Ley Federal de Correduría Pública que, aunque expresamente lo menciona como prohibición, analizándose debidamente se encuentra que es una incompatibilidad al aclararse dicho concepto, pues esta supuesta prohibición se debe a la calidad de la persona, en este caso el cargo de corredor público, pues de no ostentarse como tal, le sería posible ejercer el comercio por cuenta propia.

La prohibición, en cambio, deriva de “circunstancias que no dependen del afectado hacer desaparecer”⁶¹; con base en lo anterior y de acuerdo al artículo 13 del Código de Comercio los extranjeros, serán libres para ejercer el comercio, según lo que se hubiere convenido en los tratados con sus respectivas naciones, y lo que dispusieren las leyes que arreglen los derechos y obligaciones de los extranjeros; que es la Ley de Migración vigente. Asimismo

⁶⁰ MANTILLA MOLINA, Roberto L., Derecho Mercantil, Obra editada por Roberto L. Mantilla Caballero y José María Abascal Zamaora, Vigésimo novena edición, Editorial Porrúa, México, 1993, pág. 95.

⁶¹ Ídem.

el artículo 14 de este último ordenamiento citado establece que los extranjeros comerciantes, en todos los actos de comercio en que intervengan, se sujetarán al Código de Comercio y demás leyes del país. Por tanto un extranjero puede realizar actos de comercio, pero con ciertas prohibiciones establecidas por las leyes mexicanas, las cuales son restricciones específicas para actos jurídicos determinados; por ejemplo, el artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su primera fracción establece que los extranjeros **no** podrán adquirir bajo ningún motivo tierras en una franja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y cincuenta en las playas mexicanas; en el entendido de que es un extranjero la persona que no tiene nacionalidad mexicana de acuerdo con la fracción IV del artículo segundo de la Ley de Población, es decir no ha adquirido la nacionalidad mexicana por naturalización conforme a las reglas que la misma ley establece; por tanto no depende del extranjero dejar de tener esa calidad y no es posible que se le pueda otorgar el derecho mencionado, de esta forma se ve limitado en su capacidad de ejercicio debido a dicha prohibición establecida en la máxima ley del Estado mexicano.

Tratándose de materia mercantil el artículo 12 del Código de Comercio vigente, establece las prohibiciones para ejercer el comercio, las cuales son; los quebrados que no hayan sido rehabilitados y los que por sentencia ejecutoriada hayan sido condenados por delitos contra la propiedad, incluyendo en éstos la falsedad, el peculado, el cohecho y la concusión. Estas son las prohibiciones de forma taxativa y no depende del quebrado o del condenado suspender tal situación, sino que la ley dispone de mecanismos específicos para hacerla desaparecer.

1.3.3. Inhabilitación a la capacidad.

El diccionario enciclopédico define la palabra habilidad como, “destreza, conocimiento, capacidad, inteligencia, disposición personal para proceder con facilidad o éxito en alguna tarea o actividad”⁶²; por lo tanto a contrario sensu la

⁶² CABANELLA, Guillermo, Óp. Cit., pág. 231.

inhabilidad es la incapacidad, falta de inteligencia, la impericia con la que se actúa frente a una determinada situación.

Asimismo, el término inhabilidad se entiende como la “declaración de que alguien no puede, por causas naturales, morales o de otra especie, desempeñar un cargo, realizar un acto o proceder en alguna esfera de la vida jurídica”⁶³. Así entonces, la inhabilitación a la capacidad es simplemente la limitación que tiene la persona para realizar el acto jurídico, la inhabilidad es aquel impedimento por la cual la persona es inhábil para ejercitar el comercio, por lo tanto son todas aquellas que se establecen como restricciones para que la persona participe del comercio aun y cuando tenga capacidad jurídica plena.

Las inhabilitaciones a la capacidad las establece la ley expresamente, y depende de la naturaleza jurídica del acto que se pretende ejecutar, debido a que en cada materia se establecen inhabilitaciones específicas.

Refiriéndose en materia mercantil, el Código de Comercio en su artículo 12 señala en su fracción segunda una inhabilitación a la persona con carácter de quebrado no rehabilitado para ejercer el comercio; que si bien es cierto es una prohibición desde el punto de vista formal, también lo es que el origen de dicha prohibición deviene de la inhabilitación que sufre el quebrado; puesto que hábil es un “adjetivo que deriva del latín habillis, de habere y quiere decir capaz o apto para algo. Así el que tiene las calidades necesarias para una cosa, ejercicio o actividad es hábil”⁶⁴; siendo que el quebrado en su momento no fue lo suficientemente hábil para llevar a cabo los negocios en los que participó y por lo cuales perdió su fortuna, quedando con esto en estado de quiebra, es decir siendo insolvente para cubrir sus deudas.

De todo lo anterior se concluye que siendo la capacidad civil la misma para materia mercantil, las restricciones y limitaciones a la capacidad de ejercicio de la persona para ejercitar actos jurídicos diversos es subsanada por la

⁶³ *Ibíd*em, pág. 416.

⁶⁴ CABALLENAS, Guillermo, *Óp. Cit.*, pág. 231.

representación y no deben ser vistos como perjudiciales para el menor o para el incapacitado en cuestión; sino todo lo contrario, es la forma en que el Estado cuida, protege y vigila al que por su condición biológica de desigualdad en inteligencia y experiencia necesita apoyo para celebrar determinados actos en el mundo jurídico.

Por otra parte se concluye, respecto de las limitaciones, prohibiciones e inhabilitaciones que si bien es cierto son impedimentos hacia la persona, lo son exclusivamente para participar en el comercio, por tanto no veda la capacidad de la persona, ni afecta sus derechos en lo más mínimo, es así que la persona es capaz para celebrar cualquier acto que regule la materia civil o cualquier otra ley, siempre y cuando cumpla con los requisitos establecidos por la misma; por ejemplo, puede celebrar contrato de compraventa respecto de un automóvil, puede hipotecar su casa o cualquier otra situación siempre y cuando no incurra en un acto netamente mercantil. Por tanto, las limitaciones a la capacidad se refieren a la capacidad de ejercicio que civilmente se debe observar en la persona, pero los impedimentos en materia mercantil no se refieren a la capacidad de la persona, porque presuponen ésta para que pueda ejercitar sus derechos por sí misma o mediante representación, sino que basan el que a la persona le sea permitido participar en el comercio, es decir que no sea inhábil, incompatible, o que le esté prohibido por disposiciones legales diversas. Además, cabe hacer la diferencia que la capacidad es un estado que se observa en la persona para la realización de cualquier acto jurídico en cualquier materia y en cambio la inhabilidad, prohibición e incompatibilidad se observan exclusivamente en la persona al momento de ejecutar las acciones tendientes a materializar el acto jurídico, para el cual sí tiene capacidad, ya sea por sí mismo o mediante representante.

CAPÍTULO 2.

TUTELA, CURATELA Y REPRESENTACIÓN.

2.1. Tutela.

La capacidad de goce es un atributo de la persona que necesariamente adquiere por nacimiento, pero la capacidad de ejercicio es necesaria para poder ejercer la capacidad de goce; cuando le falta a los sujetos, estos se encuentran impedidos para celebrar actos jurídicos útiles en su vida, por esto surge la necesidad de crear una figura jurídica, con la cual el incapacitado tenga la oportunidad de ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones que por virtud de la capacidad de goce posee.

Generalmente los incapaces por minoría de edad ejercen su capacidad de ejercicio a través de sus respectivos padres, ejerciendo sobre el menor lo que se conoce como patria potestad, pero cuando falta uno de ellos, es posible que lo haga por medio del supérstite, de esta forma, no se ve afectado en su esfera jurídica ni vulnerado en sus derechos.

La tutela es una figura jurídica relevante debido a que, a falta de quien ejerza la patria potestad, la primera sustituye a la segunda, en opinión de varios autores, manifiestan que la tutela es una Institución auxiliar a la patria potestad, que tiene como finalidad representar a los incapaces, imposibilitados por ley para tomar sus propias decisiones, las cuales generarán efectos legales positivos o negativos con respecto a sus bienes y su persona en relación con terceros, se ve en la necesidad de contar con el respaldo de una persona con plena capacidad para realizar esas determinaciones que el incapacitado no puede.

Es así como nace la tutela, en un principio en Roma el interés que se procuraba era el de la familia en su conjunto, pero a través del tiempo se modificó la

finalidad de la misma y en el derecho positivo vigente la finalidad es el interés del pupilo, como se verá en su oportunidad.

2.1.1. Concepto.

La palabra tutela procede del verbo latino “*tueor*, que quiere decir defender, proteger; por lo tanto su esencia es la protección”⁶⁵. Por tanto encontramos que la meta a seguir de la tutela es proteger a esos incapaces que no pueden valerse por sí mismos, por no ser aptos para ello. Por eso requieren una persona que pueda apoyarlos, defender sus intereses y también pueda representarlos en juicio, pues como se vio en el capítulo anterior, existen menores que aunque se les da cierta capacidad o cuentan con un grado de capacidad específico, no pueden comparecer a juicio debido a su incapacidad relativa y en este sentido necesitan quien vele por sus intereses ante un Tribunal, cualquiera que sea su naturaleza y asimismo cualquiera que sea el acto controvertido.

Por su parte Galindo Garfias menciona, que la tutela “es un cargo que la ley impone a las personas jurídicamente capaces, para la protección y defensa de los menores de edad o incapacitados. Es un cargo civil de interés público y de ejercicio obligatorio.”⁶⁶ Este autor, basado en la propia ley, refiere la tutela como una obligación impuesta por la misma, que debe ser desempeñada simplemente por ser establecida de esta forma, sin embargo puede ser excusable bajo determinadas circunstancias que la misma ley establece. Además, hace alusión a que el cargo de tutor debe ser desempeñado por una persona capaz y que este hecho debe ser legal, para ello se establecen requisitos que debe cumplir cualquier sujeto que tenga la disposición de desempeñar un cargo como tutor. Asimismo menciona que es en protección y

⁶⁵ BAQUEIRO ROJAS, Edgar, Derecho de Familia y Sucesiones, Segunda edición, México, 2008, pág. 286.

⁶⁶ GALINDO GARFIAS Ignacio. Óp. Cit., pág. 712.

defensa de los incapaces, evidentemente se refiere a velar por los intereses del pupilo en cuestión.

Magallón Ibarra se refiere a la tutela como Institución supletoria de la patria potestad y menciona que, “opera en aquellos casos en los que la patria potestad no existe”⁶⁷, como se menciona al principio de este capítulo, es sustituta de la figura jurídica denominada patria potestad, esto es, suple la potestad que un padre tiene sobre el hijo, este último al ser incapaz necesita que alguien lo apoye en las determinaciones que afecten su esfera jurídica, pues un menor tiene capacidad de goce, pero no de ejercicio y para ejercer esa capacidad de actuar se vale de quien legalmente puede hacerlo, en el primer caso son ambos padres, a falta de uno lo hará el cónyuge superviviente, y en dado caso que ninguno de los dos sobreviva se hará mediante la tutela. Por tal motivo quien la desempeña tiene ciertos requisitos a cumplir, pues debe proteger a una persona ajena a su familia, con la cual no tiene parentesco y no existe relación previa al desempeño del cargo, pero aun así debe realizar estas actividades de cuidado al pupilo tanto en su persona como en su patrimonio, velando por los intereses del pupilo como un padre lo haría.

Al respecto, Baqueiro Rojas establece que, “la tutela es una Institución jurídica considerada parafamiliar o cuasifamiliar, sustituta de la patria potestad”⁶⁸; asimismo la define expresando que, “es una institución jurídica de la cual no sólo se protegen los intereses personales y patrimoniales, tanto de los menores no sujetos a la patria potestad como de los mayores incapacitados, sino que además está dirigida a la consecución del bienestar de estos.”⁶⁹; por tal motivo, es considerada como una figura jurídica esencial para el derecho familiar.

⁶⁷ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, Institución de Derecho Civil, Tomo II, Editorial Porrúa, México, 2001, pág. 585.

⁶⁸ BAQUEIRO ROJAS Edgar, Óp. Cit., pág. 285.

⁶⁹ Ídem.

De lo anterior se deduce que, el cuidado de la persona del pupilo y sus bienes es similar a la del primer autor, lo interesante de esta opinión es que, menciona que la tutela está dirigida a la consecución del bienestar del pupilo, lo que significa que, el tutor o encargado de desempeñar esta función lo debe hacer dirigiendo su actuar respecto de lo mejor para el pupilo, tomando las decisiones convenientes para este y no pensando en sí mismo, es decir, el tutor debe enfocarse en analizar cada situación en concreto visualizando las ventajas y desventajas de cada una de las decisiones a tomar respecto del pupilo. Más aun, siendo capaz, con pleno discernimiento y en pleno uso de sus facultades mentales, se le es considerado apto para cuidar y proteger no solo a otra persona que no puede valerse por sí misma, sino que también debe cuidar y proteger sus bienes, administrarlos de forma adecuada en la que no se vea mermado el patrimonio del incapaz.

Lo anterior presupone la importancia de la tutela, pues es un cargo que al no ser adecuadamente desempeñado, puede generar malestar en el pupilo e incluso merma en su patrimonio, un descuido por parte del tutor es sustancialmente perjudicial para el menor o incapacitado en cuestión, pues afecta directamente su esfera jurídica, como se mencionó en el primer capítulo, el incapaz cuenta con la capacidad de goce, es decir, tiene el derecho y puede obligarse, sin embargo al no tener capacidad de ejercicio está imposibilitado para actuar y hacerse responsable de los actos celebrados por el mismo, es por esto que el tutor toma la dirección de los actos celebrados por el incapaz, toma las decisiones que implican un actuar por parte del pupilo y siendo este capaz, o sea en pleno uso de sus facultades mentales y con adecuado discernimiento, analiza la situación en la que el incapaz se encuentra, cuida de su persona, asimismo protege su patrimonio y por tanto sus intereses. Es por todo esto que un error cometido por el tutor le puede atraer consecuencias fatales al pupilo.

Por lo anterior la ley busca tener un marco regulatorio de la tutela lo bastante estricto, para no caer en actos tendientes a generar consecuencias que afecten

la esfera jurídica del incapaz, es por eso que intervienen varias personas en una relación de tutela respecto del sujeto encargado de desempeñarla como sobre quien se ejerce, intentando que no se cometan actos ilícitos que dañen al menor, en su persona y en sus bienes.

Por último Buenrostro Báez Rosalía, menciona que, “la tutela es una Institución jurídica cuya función está confiada a una persona capaz para el cuidado, la protección y representación de los menores de edad, incapaces de administrarse por sí mismos”⁷⁰, hace referencia a lo ya mencionado por los autores referidos y es que existe la opinión generalizada sobre que la tutela es una Institución auxiliar de la patria potestad en protección de los intereses del pupilo sobre quien se ejerce. Inclusive, hace referencia a que el cargo lo desempeña una persona capaz, esto es requisito para ocupar el cargo de tutor y se analizará en el momento oportuno.

Además, cabe darse cuenta en que todas las definiciones de los distintos autores están basadas en la ley. Pues el artículo 449 del Código Civil Federal establece la guarda sobre la persona y bienes de los que no están sujetos a patria potestad, y la representación de los mismos en juicio, en casos especiales que la ley señale, aunque lo impone como objeto de la tutela, los autores referidos lo utilizan como definición de la misma, esto es evidente pues dicho objeto es básicamente lo que persigue la tutela.

2.1.2. Características.

Las principales características que presenta la tutela son las siguientes:

⁷⁰ BUENROSTRO BÁEZ Rosalía, Derecho de Familia. Edición Revisada y Actualizada de la Obra Derecho de Familia y Sucesiones de Edgar Baqueiro Rojas, México, 2007, pág. 286.

- ◆ De interés público. De acuerdo con el artículo 452 del Código Civil Federal, esto se explica en base a que afecta a la sociedad en general el cuidado y protección de los incapaces, quienes se vuelven indefensos al no poder ejercitar sus derechos por sí mismos.
- ◆ Irrenunciable. Establecido en el artículo 452 del ordenamiento citado, es un cargo al que no puede renunciar la persona encargada de desempeñarlo, sin embargo puede ser excusable.
- ◆ Temporal. Conforme al artículo 464 de la ley mencionada, dura hasta el momento en que el menor de edad deja de serlo, es decir hasta que alcanza la mayoría de edad, o sea los dieciocho años cumplidos. En caso del incapacitado, es hasta que cesa la incapacidad, si es que llega a suceder.
- ◆ Excusable. Con base en el artículo 453 del Código sustantivo en la materia, bajo ciertas causas que la misma ley establece puede excusarse la persona a la que se le nombró con el cargo, para desempeñar dicha tutela. Así lo establecen los artículos 442 y 453, que expresan respectivamente que, La tutela es un cargo de interés público del que nadie puede eximirse, sino por causa legítima y el que se rehusare sin causa legal a desempeñar el cargo de tutor, es responsable de los daños y perjuicios que de su negativa resulten al incapacitado.
- ◆ Removible. Expresada en el artículo 463 de la ley sustantiva civil, el tutor puede ser removido del cargo, bajo circunstancias específicas que la propia ley contempla, pero le consagra el derecho de audiencia, el cual debe ser respetado y no se separará del cargo hasta que se haga efectivo dicho derecho.

- ◆ Remunerada. Con base en los artículo 585 a 589 del Código Civil en materia federal, el desempeño de la tutela es un cargo con el cual se obliga al tutor a realizar todas las actividades tendientes al cuidado y protección del pupilo, bajo una estricta vigilancia, y con ciertas limitaciones, incluso no solo a conservar el patrimonio del pupilo tal y como está sino a incrementarlo si es que hay oportunidad, por tal situación se le otorga una remuneración a dicho tutor, por la labor desempeñada.

Con base en lo anterior, se afirma que todas y cada una de las características de la tutela lo son de forma general, pues al hablar de especies de tutela que son la testamentaria, legítima y dativa se aplican a todas ellas; dichas características fundamentales son esenciales para el cumplimiento del objeto de la tutela, que es la protección del incapaz. Así, cada una de éstas opera de forma distinta, de manera que no se concibe la tutela sin que tenga lugar alguna de éstas; por ejemplo, la tutela es temporal, debido a que el incapaz puede dejar de serlo, ya sea menor de edad y cumpla los dieciocho años o que esté privado de su inteligencia por cualquier causa, pero llegue a sanar; es así entonces que, termina la tutela, ya que si fuera permanente, aunque se cumplieran los supuestos para dar por finalizada la misma, el incapaz no podría librarse de estar bajo potestad tutelar.

2.1.3. Finalidad de la tutela.

Existe una tendencia de parte de diversos autores a establecer claramente la diferencia entre lo que es la finalidad y el objeto de la tutela. En opinión de Galindo Garfias el objeto es “la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos. También puede tener por objeto la representación interina del incapaz, en los casos especiales que señala la

ley”⁷¹. Además expresa que, la finalidad de la tutela “el fin fundamental de la tutela, es la protección del incapaz”⁷² es así que por una parte, se observa que el objeto es la guarda, los cuidados que debe tener el tutor con el pupilo, por la otra, la finalidad es la protección del incapaz, siendo que para realizar la protección debe tener los cuidados que implica ejercer la guarda, por tanto parecen similares los conceptos de objeto y finalidad de la tutela.

Por su parte, Buenrostro Báez hace alusión al objeto de la tutela y al explicarlo la divide en tres vertientes señalando así el objetivo de cada una de estas. Menciona que el objeto primordial de la tutela es el cuidado y la protección del pupilo, es decir:

- a) La guarda, el cuidado de la persona y bienes de los menores no sujetos a la patria potestad. Su objetivo es procurar su educación, habitación y bienestar, así como la eficiente administración de su patrimonio.
- b) La guarda, el cuidado de la persona y bienes de los mayores incapacitados ya sea natural o legalmente. Su objetivo es procurar, en todo momento, su habitación, rehabilitación y bienestar, así como el mayor rendimiento de su peculio.
- c) “La representación del incapaz y la representación interina en casos especiales.”⁷³

En este hilo de ideas, la finalidad de la tutela es el cuidado y protección del pupilo, ya sea menor de edad como mayor de edad sin goce de sus facultades mentales, tanto en su persona; como alimentarlo, proporcionarle educación, un oficio, en su caso realizar todos los actos tendientes a su rehabilitación; como

⁷¹ GALINDO GARFIAS, Ignacio, Óp. Cit., pág. 712.

⁷² Ídem.

⁷³ BUENROSTRO BÁEZ Rosalía, Óp. Cit., pág. 287.

en su patrimonio; por ejemplo cuidar de sus negocios, procurar conservar la cuantía del mismo e incluso incrementarlo si es que hay oportunidad de hacerlo. Asimismo representar al incapaz ante Tribunales de cualquier naturaleza.

Como se observó, el objeto y la finalidad de la tutela es lo mismo con base en el artículo 449 del Código Civil Federal, numeral que se transcribe a continuación:

“Artículo 449.- El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos. La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley.”

Del dispositivo arriba citado, se desprende que tanto el objeto como la finalidad de la tutela es la esencia de la figura jurídica que es lo que se pretende lograr con la misma, es decir, la protección de un incapaz para realizar actos jurídicos, asimismo administrar sus bienes, preservándolos e incluso, incrementando su valor.

2.1.4. Especies de tutela.

En el derecho positivo vigente existen tres tipos de tutela, debido al funcionamiento de cada una de ellas, las reglas específicas que se requieren para desempeñar el cargo, la persona que ejerce dicho cargo y las restricciones específicas en cada una, exclusivamente las reglas generales son las que se aplican a todas las clases de tutela; siendo las siguientes: testamentaria, legítima y dativa.

2.1.4.1. Tutela testamentaria.

Este tipo de tutela es desempeñada por la persona que señala otra al realizar su testamento, se respeta teniendo en cuenta que es la voluntad de la persona

que en vida ejerció la patria potestad sobre el incapaz sobre el que recae ahora la tutela.

Como lo establece el artículo 470 del Código Civil Federal, el cónyuge que sobreviva al otro puede nombrar tutor testamentario a aquellos sobre que ejerza la patria potestad, incluso si dicho cónyuge es menor de edad. Esto con la finalidad de proteger a los menores o incapacitados cuando llegaren a faltar quien por lazo filial tiene la obligación de cuidarlo y protegerlo. Asimismo, con base en el artículo 481 del ordenamiento citado, se le otorga este derecho al adoptante que ejerza la patria potestad sobre su hijo adoptivo, con las mismas prerrogativas que se le protegen a quien ejerce la patria potestad por vínculo filial.

Cuando una persona muere sin haber realizado testamento, deja esta responsabilidad a su ejecutor testamentario, debido a que la tutela es de necesaria utilidad para que se asegure el sano desarrollo del incapaz, de esta forma se salvaguarden sus derechos y garantías constitucionales, así no se le vulnere su esfera jurídica. La ley expresa un término para dar aviso del fallecimiento del testador, al juez pupilar o sea quien conoce del caso en concreto de tutela, para que este tome determinaciones a fin de proteger la persona salvaguardar el patrimonio del pupilo.

El hecho de que una persona designe mediante testamento, es decir la última declaración unilateral de la voluntad de dicha personas, significa que tiene plena confianza en la persona que deja como tutor del incapaz en cuestión, se presupone que la conoce bien y que confía en ella plenamente. Así entonces y como bien lo señala Rendón Ugalde, la tutela testamentaria “prevalece sobre la legítima y la dativa. Es de mayor importancia porque su trascendencia deriva directamente de la voluntad testamentaria para realizar la función del tutor”⁷⁴

⁷⁴ RENDÓN UGALDE, Carlos Efrén, La Tutela, Editorial Porrúa, México, 2001, pág. 52.

pues como ya se ha comentado a lo largo de este capítulo, se presume que el testador conoce bien y confía en la persona que nombra como tutor sobre los que ejercía la patria potestad y por tanto se intenta respetar las estipulaciones hechas por el mismo, pero son analizadas por el Juez, quien con base en los argumentos erguidos por el tutor y el curador, toma la decisión de aplicarlas o no. Todo esto lo hace con el objeto de preservar la finalidad de la tutela, es decir procurar el bienestar del pupilo en todos los aspectos señalados por la ley.

Por otra parte, los artículos 471 y 472 del ordenamiento señalado, disponen que el nombramiento de tutor a través de testamento excluye a los ascendientes del ejercicio de la patria potestad de ulteriores grados, excepto si en dicho testamento existe cláusula expresa en la cual se manifiesta el deseo por que siga la tutela aun y cuando se presenten los ascendientes.

Cuando un menor de edad no emancipado deje bienes a un incapaz sobre el cual no ejerce la patria potestad debe nombrarle tutor exclusivamente para hacerse cargo de dichos bienes, de acuerdo con el artículo 473.

Cuando fueren varios los menores, podrá nombrárseles un tutor en común o conferirse a una persona diferente de quien ejerza la tutela de cada uno de ellos, buscando que defienda los intereses de cada pupilo aun y cuando estén en contra de los intereses de los demás.

Cuando se nombre varios tutores, tomará el cargo el primer nombrado y los demás lo harán en el orden indicado en el testamento en los casos de muerte, incapacidad, excusa o remoción. Por último, el artículo 479 del ordenamiento citado expresa la importancia que se le otorga por derecho a la última voluntad de la persona, respetando las condiciones que el fallecido plasma en el testamento, siempre y cuando se adecuen a la ley o no sean contradictorias a éste, dispositivo que a la letra indica:

“Artículo 479.- Deben observarse todas las reglas, limitaciones y condiciones puestas por el testador para la administración de la tutela, que no sean contrarias a las leyes, a no ser que el juez, oyendo al tutor y al curador, las estime dañosas a los menores, en cuyo caso podrá dispensarlas o modificarlas.”

Dicho artículo, es el medular de la tutela testamentaria, porque establece que en un primer momento se le reconoce la plena voluntad al testador, las limitaciones y condiciones impuestas al tutor a través del testamento que refleja exclusivamente la voluntad del testador, sin embargo también se tomará en cuenta al tutor designado y al curador para determinar si se aplicarán dichas cláusulas y en caso de ser necesario modificarlas o no aplicarlas por tener un sentido contrario a derecho o por resultar dañinas para el pupilo. Esto lo hace la máxima autoridad en casos de la tutela, que es el Juez de lo familiar, él es quien tiene que concordar con los argumentos del tutor y del curador, puesto que quien decide si se aplican o no es el Juez.

2.1.4.2. Tutela legítima.

Este tipo de tutela, es aquella que en virtud de no haber testamento o no contemplarse en la misma designación especial de tutor, tiene lugar la tutela legítima. Al respecto, el artículo 482 en sus dos fracciones contempla los casos en que de forma general, tiene lugar la tutela legítima, como lo son cuando no hay quien ejerza la patria potestad, ni tutor testamentario y el segundo caso es cuando deba nombrarse tutor por causa del divorcio. Esto se traduce en que no existe quien ejerza la patria potestad sobre el menor, independientemente de la causal a la que se deba; por esto es necesario que se otorgue el permiso por parte de la ley de que alguna forma una persona capaz tanto natural como legalmente pueda auxiliar a un incapaz para ejercer sus funciones de forma adecuada, en donde no tenga problemas por su incapacidad para celebrar actos jurídicos y obligarse a sí mismo a cumplir ciertas obligaciones.

Asimismo el artículo 483 del Código Civil Federal, regula las personas que pueden desempeñar el cargo del tutor de forma legítima y corresponde a:

- A los hermanos, por ambas líneas.
- Hermanos por una sola línea.
- Los demás parientes colaterales dentro del cuarto grado.

Sin embargo, la prevé el caso en el que existan varios parientes del mismo grado, el juez elegirá entre ellos al que le parezca más apto para el cargo, pero también protege la decisión del menor en el caso de que éste tenga dieciséis años cumplidos, de forma que le permite al menor hacer la elección sobre quien de todos los parientes que son aptos para ejercer la tutela legítima, será el que lo haga.

Como se observa en la legislación mexicana se privilegia la decisión del menor teniendo cierta edad, pues aunque es incapaz, como anteriormente se explicó, este cuenta con cierta capacidad para determinados actos jurídicos que la misma legislación contempla y es responsabilidad del juez de lo Familiar hacer respetar estas consideraciones legales, pues ante todo, es la autoridad principal encargada de la protección del menor.

Para el caso de que no exista tutor o se dé un problema relacionado con el mismo y esto impida al que, legalmente corresponda desempeñar el cargo, no hacerlo, la ley también prevé una solución a este problema, pues de quedarse el menor o incapacitado sin quien le proporcione apoyo y auxilio en negocios jurídicos, estaría en riesgo de ocasionar un conflicto que afecte su esfera jurídica, siendo tal situación que origine como resultado la merma a su patrimonio, dilapidar sus bienes e incluso incurrir en ilícitos, todo esto derivado de la falta de un tutor, es decir, de una persona que no solo cuide y proteja al menor en su persona, satisfaciendo necesidades básicas como alimentarlo y educarlo, sino también pueda auxiliar al menor en el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones para con un tercero. Esto lo prescribe en el artículo 485 que a la letra dice:

“Artículo 485.- La falta temporal del tutor legítimo, se suplirá en los términos establecidos en los dos artículos anteriores.”

Esto es, cuando falte tutor por algún inconveniente o impedimento de forma temporal, se elegirá de entre los parientes que corresponda al mismo grado, con la variante de que si el menor tiene dieciséis años cumplidos podrá el mismo elegirlo.

El ordenamiento citado contempla en los artículos 486 a 491, un apartado especial para regular la tutela legítima de los mayores de edad incapacitados y establece los siguientes puntos:

- ◆ El marido es tutor legítimo y forzoso de su mujer, y ésta lo es de su marido.
- ◆ Los hijos mayores de edad son tutores de su padre o madre viudos.
- ◆ Cuando haya dos o más hijos, será preferido el que viva en compañía del padre o de la madre; y siendo varios los que estén en el mismo caso, el juez elegirá al que le parezca más apto.
- ◆ Los padres son de derecho tutores de sus hijos, solteros o viudos, cuando éstos no tengan hijos que puedan desempeñar la tutela, debiéndose poner de acuerdo respecto a quién de los dos ejercerá el cargo.

Pero al final, contempla en el artículo 490 de la ley de la materia, la pauta para el caso de que no exista tutor nombrado por testamento ni persona que pueda desempeñar la tutela de acuerdo a lo anterior, serán llamados en forma

sucesiva; los abuelos, los hermanos del incapacitado y demás parientes colaterales en cuarto grado.

Sin embargo, la última parte de dicho artículo, se considera irrelevante e innecesaria, puesto que establece el mandato legal para que en el caso de ser procedente se observe lo que establece el artículo 484, que es lo ya mencionado con respecto a que los menores de edad podrán elegir a su tutor de los disponibles en el caso de haber cumplido los dieciséis años y el Juez debe respetar el derecho del incapacitado.

El motivo, porque parece irrelevante es que, un menor de edad, como ya se expresó demasiado, tiene grados de incapacidad y restricciones a su capacidad, por tanto a esa edad es posible que cuente con la suficiente mentalidad, discernimiento y madurez mental para tomar esa decisión, sin embargo en un incapacitado no es factible que esto suceda. Pero la ley así lo indica y se le salvaguarda ese derecho tanto al menor de edad como al incapacitado.

La última disposición que maneja el capítulo IV, referente a la tutela legítima de los menores incapacitados establece que el tutor del incapacitado que tenga hijos menores bajo su patria potestad, será también tutor de ellos, si no hay otro ascendiente a quien la ley llame al ejercicio de aquel derecho. Este precepto es bastante complicado en el sentido de que, en un aspecto práctico, el que el tutor ya tenga hijos de los cuales deba hacerse cargo y aun así se le imponga por ley la obligación de ser tutor respecto de otro menor o incapacitado y con las restricciones, deberes y en general con la atención y cautela que se necesita al desempeñar el cargo de tutor, además de la estricta vigilancia a la que es sometido el tutor en el desarrollo de la misma; claramente es difícil que pueda hacerlo de forma eficiente.

En cuanto al aspecto teórico, tiene un tinte meramente declarativo al indicar que el tutor de un incapacitado que tenga hijos será también tutor de estos, puesto que obviamente y como ha quedado establecido en el principio de este capítulo, los padres son tutores de sus hijos sean menores de edad o incapacitados.

Existe también, un capítulo específico para el ejercicio de la tutela de los menores abandonados y de los acogidos por alguna persona, o que se encuentran en establecimientos de beneficencia, hace referencia a los expósitos, sobre los cuales la propia ley en el artículo 492, establece una definición para diferenciarlos de los abandonados, dispositivo que a la letra indica:

“Artículo 492.- Se considera expósito al menor que es colocado en una situación de desamparo por quienes conforme a la ley estén obligados a su custodia, protección y cuidado y no pueda determinarse su origen. Cuando la situación de desamparo se refiera a un menor cuyo origen se conoce, se considerará abandonado.”

Del precepto anterior se deduce lo siguiente:

- ◆ La ley coloca a los expósitos y abandonados bajo la tutela de la persona que los haya acogido, quien tendrá las obligaciones, facultades y restricciones previstas para los demás tutores.
- ◆ Los responsables de las casas de asistencia, ya sean públicas o privadas, donde se reciban expósitos o abandonados, desempeñarán la tutela de éstos con arreglo a las leyes y a lo que prevengan los estatutos de la institución. En este caso no es necesario el discernimiento del cargo.
- ◆ Los responsables de las casas de asistencia, ya sean públicas o privadas, donde se reciban menores que hayan sido objeto de la

violencia familiar a que se refiere el artículo 323 ter de este ordenamiento, tendrán la custodia de éstos en los términos que prevengan las leyes y los estatutos de la institución. En todo caso darán aviso al Ministerio Público y a quien corresponda el ejercicio de la patria potestad y no se encuentre señalado como responsable del evento de violencia familiar.

En resumen este capítulo, referido a la tutela legítima contempla en casos concretos a otras personas que no son familiares y es por el simple hecho de que los menores e incapacitados en cuestión que no cuentan con la presencia de sus padres, en primer lugar, posteriormente de cualquier familiar o persona con parentesco hasta el cuarto grado, que pueda hacerse cargo del pupilo en cuestión. Por tanto, el Estado, como ente protector de los gobernados, debe hacerse cargo de estos incapacitados, así como de regular y establecer tanto la forma como las condiciones en las que los mismos ejercitarán sus derechos, así como cumplirán sus obligaciones, con el objetivo principal de participar en la vida jurídica y no ser excluidos por cuestiones ajenas a los mismos.

2.1.4.3. Tutela dativa.

Primero que nada, se establecerá cuando procede la tutela dativa, de acuerdo con el artículo 495 de la ley de la materia, esta tiene lugar:

- ◆ Cuando no hay tutor testamentario ni persona a quien conforme a la ley corresponda la tutela legítima.
- ◆ Cuando el tutor testamentario esté impedido temporalmente de ejercer su cargo, y no hay ningún pariente de los designados en el artículo 483, es decir, hermanos por ambas líneas o parientes colaterales hasta el cuarto grado.

En este tipo de tutela, se sigue la línea aludida anteriormente sobre ciertas restricciones a los incapacitados, que es respetar la decisión del menor de edad o incapacitado si es que cuenta con cierto grado de capacidad, asimismo el ordenamiento sustantivo de la materia, establece en el artículo 496, que el tutor dativo será designado por el menor si ha cumplido dieciséis años. Asimismo la máxima autoridad respecto de la tutela que es el Juez de lo Familiar será quien confirme la designación si no tiene justa causa para reprobala; puesto que como se ha mencionado, él es quien tiene la responsabilidad de cuidar y proteger al menor, tomando las consideraciones necesarias desde el momento en que se entere de un incapaz que se encuentre en esta situación y no tenga tutor designado.

Lo anterior se aplica a la primera designación del tutor, respecto de las siguientes designaciones que haga el menor, el Juez oír el parecer del Consejo Local de Tutelas y en base a este tomará su decisión de aprobar o no a la persona elegida por el menor para ocupar el cargo de tutor dativo. Pero en caso de no aprobarse el nombramiento hecho por el menor, el Juez nombrará tutor conforme a lo siguiente:

- ◆ De acuerdo con el artículo 497 de la ley citada, si el menor no ha cumplido dieciséis años, el nombramiento de tutor lo hará el Juez de lo Familiar de entre las personas que figuren en la lista formada cada año por el Consejo Local de Tutelas oyendo al Ministerio Público, quien debe cuidar de que quede comprobada la honorabilidad de la persona elegida para tutor.
- ◆ Si el juez no hace oportunamente el nombramiento de tutor, es responsable de los daños y perjuicios que se sigan al menor por esa falta. Esto conforme al artículo 498 de la ley de la materia.

- ◆ El artículo 499 del ordenamiento sustantivo de la materia establece, que “siempre será dativa la tutela para asuntos judiciales del menor de edad emancipado”.

- ◆ El artículo 500 del Código Civil Federal expresa que, “a los menores de edad que no estén sujetos a la patria potestad, ni a tutela testamentaria o legítima, aunque no tengan bienes, se les nombrará tutor dativo. La tutela en este caso tendrá por objeto el cuidado de la persona del menor, a efecto de que reciba la educación que corresponda a su posibilidad económica y a sus aptitudes. El tutor será nombrado a petición del Consejo Local de Tutelas, del Ministerio Público, del mismo menor, y aún de oficio por el Juez de lo Familiar.” En este caso si el menor adquiere bienes, se le nombrará tutor dativo de acuerdo con lo que disponen las reglas generales para hacer esos nombramientos.

En la situación de que el menor adquiriera bienes, la ley citada establece en el artículo 501, que tienen obligación de desempeñar la tutela mientras duran en los cargos las personas que a continuación se enumeran:

- ◆ El Presidente Municipal del domicilio del menor.

- ◆ Los demás regidores del Ayuntamiento.

- ◆ Las personas que desempeñen la autoridad administrativa en los lugares en donde no hubiere Ayuntamiento.

- ◆ Los profesores oficiales de instrucción primaria, secundaria o profesional, del lugar donde vive el menor.

- ◆ Los miembros de las juntas de beneficencia pública o privada que disfruten sueldo del Erario.

- ◆ Los directores de establecimientos de beneficencia pública.

Cabe aclarar que, los Jueces de lo Familiar nombrarán de entre las personas mencionadas las que en cada caso deban desempeñar la tutela, procurando que este cargo se reparta equitativamente, sin perjuicio de que también puedan ser nombrados tutores las personas que figuren en las listas que deben formar los Consejos Locales de Tutela, cuando estén conformes en desempeñar gratuitamente la tutela de que se trata.

Como se puede hacer notar, el objetivo principal de establecer lo anterior en la ley, es que el menor o incapacitado no se vea afectado al no contar con el cuidado, auxilio y representación de una persona capaz de intervenir y realizar actos jurídicos, preservando el bienestar del pupilo. Asimismo, es relevante lo anterior en función del cumplimiento de la obligación del Estado respecto de sus gobernados.

Aunado a lo anterior, es importante tener en cuenta que este tipo de tutela cubre a los pupilos que no cuenten con personas que puedan desempeñar las dos clases de tutelas anteriores, con la finalidad de no dejar al incapacitado o menor en un estado de indefensión en contra de terceros y exista una persona que vele por sus intereses.

Ahora bien, es de suma importancia observar la figura del tutor interino, para entender la protección que la ley intenta dar al menor en cuestiones específicas.

Con la finalidad de otorgar la protección conferida por ley a los menores e incapacitados, pese a que no cuenten con persona que pueda atenderlos en ese sentido, la propia legislación establece la figura jurídica del tutor interino, que la persona que ejerce el cargo de tutor de forma temporal, hasta que se designe un tutor conforme a lo previsto por ley y siguiendo los parámetros ya establecido.

De acuerdo con el artículo 480 del citado ordenamiento, se establece que si por un nombramiento condicional de tutor, o por algún otro motivo, faltare temporalmente el tutor testamentario, el juez proveerá de tutor interino al menor, conforme a las reglas generales sobre nombramiento de tutores.

2.1.6. Ejercicio de la tutela.

Como bien expone el ya citado autor Galindo Garffías que la naturaleza jurídica de la tutela es “un cargo civil de interés público del que nadie puede eximirse”⁷⁵; además de que menciona al explicar la diferencia entre la patria potestad y la tutela que la primera deriva del vínculo natural del afecto de los padres hacia sus hijos, en tanto que la tutela ha sido creada y se organiza, exclusivamente sobre la base del derecho positivo y por esta razón “inspira menos confianza al legislador, y esto tanto en lo que se refiere a su contenido personal, como patrimonial”⁷⁶. Es evidente que existe menos confianza respecto de la tutela, por ser un cargo que cualquier persona puede desempeñarla, debe de cumplir ciertos requisitos legales, por este motivo es vigilada estrictamente bajo diferentes organismos y con la dirección de la máxima autoridad sobre asuntos de la tutela, que es el juez de lo familiar.

En el capítulo décimo del título noveno del Código Civil Federal referente a la tutela, regula el ejercicio de la misma, las condiciones que se deben tomar en cuenta para tal efecto. A continuación se maneja la información más relevante por puntos:

- ◆ El artículo 535 del ordenamiento legal citado establece que, “cuando el tutor tenga que administrar bienes, no podrá entrar a la administración sin que antes se nombre curador”, excepto en el caso de los expósitos y abandonados tratados anteriormente, por disposición expresa en el artículo 618 de la ley mencionada.

⁷⁵ GALINDO GARFIAS, Ignacio, Óp. Cit., pág. 712.

⁷⁶ *Ibidem*, pág. 713.

- ◆ Con base en el artículo 536 de la ley sustantiva referida, “el tutor que entre a la administración de los bienes sin que se haya nombrado curador, será responsable de los daños y perjuicios que cause al incapacitado y, además, separado de la tutela; mas ningún extraño puede rehusarse a tratar con él judicial o extrajudicialmente alegando la falta de curador.” Esto con la finalidad de proteger la fortuna que el menor pueda tener, pues al no existir curador no es factible vigilar al tutor en sus funciones; debido a que la ley no permite que un tercero se niegue a negociar con el menor y no habiendo curador, el tutor dispone libremente de la administración de los bienes, teniendo acceso a ellos por ejercer la potestad tutelar.

Respecto de los gastos de alimentación y educación del menor, se establece en el artículo 538 y 542 de la ley sustantiva de la materia, que deben regularse de manera que nada necesario le falte, según su condición y posibilidad económica. Si las rentas del menor no alcanzan a cubrir los gastos de su alimentación y educación, el juez decidirá si ha de ponérsele a aprender un oficio o adoptarse otro medio para evitar la enajenación de los bienes y, si fuere posible, sujetará a las rentas de éstos, los gastos de alimentación.

Asimismo cuando el tutor entre en el ejercicio de su cargo, el juez fijará, con audiencia de aquél, la cantidad que haya de invertirse en los alimentos y educación del menor, sin perjuicio de alterarla, según el aumento o disminución del patrimonio y otras circunstancias. Por las mismas razones podrá el juez alterar la cantidad que el que nombró tutor hubiere señalado para dicho objeto; esto conforme al artículo 539 de la ley civil sustantiva.

Inclusive se prevé en el artículo 540 de la ley de la materia que el “tutor destinará al menor a la carrera u oficio que éste elija, según sus circunstancias.” Si el tutor infringe esta disposición, puede el menor, por conducto del curador, del Consejo Local de Tutelas o por sí mismo, ponerlo en conocimiento del Juez

de lo Familiar, para que dicte las medidas convenientes y de esta forma cumplir lo señalado en el precepto jurídico mencionado.

En este sentido, aunque el tutor es la figura principal sobre la cual recae el cuidado, protección y en general la toma de decisiones respecto del menor, existen figuras alternas a las cuales, según la ley, puede acudir el pupilo para hacer respetar su derechos; como lo son el Juez de lo Familiar, el Consejo Local de Tutelas, inclusive el Ministerio Público.

En este mismo tenor también se establece en el artículo 541 del Código Civil Federal, que “si el que tenía la patria potestad sobre el menor lo había dedicado a alguna carrera específica, el tutor por decisión propia no variará ésta, sin la aprobación del juez, quien decidirá este punto prudentemente y oyendo, en todo caso al mismo menor, al curador y al Consejo Local de Tutelas.” Esto en evidente respeto hacia la decisión de la madre o padre del menor, de la educación que le inculcaba y la forma habitual en la que crecía el pupilo.

Otro aspecto importante en el ejercicio de la tutela establecido en el artículo 543 de la ley de la materia, es que si los menores o los mayores de edad incapacitados “fuesen indigentes o careciesen de suficientes medios para los gastos que demandan su alimentación y educación, el tutor exigirá judicialmente la prestación de esos gastos a los parientes que tienen obligación legal de alimentar a los incapacitados. Las expensas que esto origine, serán cubiertas por el deudor alimentario”, toda vez que el tutor cuenta con dicha facultad para exigir alimentos de quien legalmente debe proporcionarlos a falta de ambos padres.

Como se puede hacer notar, las obligaciones de alimentación y educación son esenciales en el desempeño del cargo de tutor, puesto que este debe procurarlos al pupilo, tan es así que el artículo 544 establece que, los menores o mayores de edad con incapacidades como las que señala el Artículo 450 en

su fracción II no tienen personas que estén obligadas a alimentarlos, o si teniéndolas no pudieren hacerlo, el tutor con autorización del juez de lo familiar, quien oirá el parecer del curador y el consejo local de las tutelas, pondrá al tutelado en un establecimiento de beneficencia pública o privada en donde pueda educarse y habilitarse; quedando como resultado el cumplimiento de dicha obligación primordial y en su caso, si esto no fuera posible, el tutor procurará conseguir que los particulares suministren trabajo al incapacitado, compatible con su edad y circunstancias personales, con la obligación de alimentarlo y educarlo. No por eso el tutor queda eximido de su cargo, pues continuará vigilando a su tutelado, a fin de que no sufra daño por lo excesivo del trabajo, lo insuficiente de la alimentación o lo defectuoso de la educación que se le imparta. Por este motivo se le da mucha importancia a lo que el menor o incapacitado pueda desempeñar de acuerdo con su capacidad.

Asimismo, el artículo 545 del Código Civil Federal prevé que los “incapacitados indigentes que no puedan ser alimentados y educados por los medios anteriormente señalados, lo serán a costa de las rentas públicas del Distrito Federal; dando acción al Ministerio Público para que demande, en caso de existir, a los parientes del incapacitado que estén legalmente obligados a proporcionarle alimentos, para que se reembolse al Gobierno de los gastos que hubiere hecho”; esto con la finalidad de cumplir la obligación esencial de alimentar al pupilo durante el desempeño del cargo en la tutela.

Así también, el artículo 554 del ordenamiento citado expresa que, dentro del primer mes de ejercer su cargo fijará, el tutor, con aprobación del juez, la cantidad que haya de invertirse en gastos de administración, así como el número y sueldos de los dependientes necesarios, la cual no podrá aumentarse después, exclusivamente con aprobación judicial.

Un apartado importante, para la presente investigación se alude el artículo 556 del citado ordenamiento, el cual se transcribe a continuación:

“Artículo 556.- Si el padre o la madre del menor ejercían algún comercio o industria, el juez, con informe de dos peritos, decidirá si ha de continuar o no la negociación; a no ser que los padres hubieren dispuesto algo sobre este punto, en cuyo caso se respetará su voluntad, en cuanto no ofrezca grave inconveniente a juicio del juez.”

El precepto legal anterior es de suma relevancia, debido a que en primer término se respeta la voluntad del progenitor, siempre y cuando se establezca mediante testamento, de lo contrario el juez es quien determinará lo que debe hacerse; además es interesante la postura en que la ley coloca al pupilo, pues el supuesto es que el menor hereda los negocios de sus padres, lo cual hace presumir que sus progenitores eran comerciantes y al transmitir por herencia dichos negocios, siendo el heredero menor de edad, la ley deja una laguna sobre la calidad del menor frente a dicho supuesto jurídico, es decir, la calidad que tiene el menor frente al comercio ejercido por su tutor, pues por ser incapaz no puede ejercer el comercio y el tutor queda obligado a administrar los bienes del menor e incrementar su valor, esto es realizar todos los actos de administración tendientes a conservar e incrementar el valor de los bienes del pupilo, siendo que para tener calidad de comerciante se debe ser capaz para ejercerlo por sí mismo o para contratar con un representante y por medio de mandato beneficiarse del comercio ejercido por el mandatario; el menor de edad está imposibilitado para hacer cualquiera de las dos vertientes; sin embargo en el caso concreto de éste precepto legal, el tutor es el representante por ley del menor en cuestión, quien es heredero de los negocios de sus progenitores, los cuales le dan derechos reales, rentas, frutos, y en general ganancias que hacen su fortuna quedando obligado el tutor a administrar dichos bienes, entonces el tutor al ejercer el comercio por disposición legal para cumplir con sus funciones y obligaciones de su cargo, es él quien tiene la calidad de comerciante no el menor, aunque los beneficios sean directamente para el pupilo.

El tutor tiene obligación de administrar los bienes del pupilo, por esto está facultado para ejercer actos de administración, pero no de dominio tratándose

de ciertos bienes establecidos por la ley expresamente en el artículo 561 del Código Civil Federal; “los bienes inmuebles, los derechos anexos a ellos y los muebles preciosos, no pueden ser enajenados ni gravados por el tutor, sino por causa de absoluta necesidad o evidente utilidad del menor, o del incapacitado debidamente justificada y previa a la confirmación del curador y la autorización judicial”. En esta misma tesitura, el artículo 563 expresa que, “la venta de bienes raíces de los menores y mayores incapaces, es nula, si no se hace judicialmente en subasta pública. En la enajenación de alhajas y muebles preciosos, el juez decidirá si conviene o no la almoneda pudiendo dispensarla, acreditada la utilidad que resulte al tutelado.” Asimismo, dicho precepto jurídico determina que “los tutores no podrán vender valores comerciales, industriales, títulos de renta, acciones, frutos y ganados pertenecientes al incapacitado, por menor valor del que se coticen en la plaza el día de la venta, ni dar fianza a nombre del tutelado”; por consiguiente se entiende que les está permitido el vender los valores a que se refiere dicha disposición legal siempre y cuando sean valores de mercado actual.

Existen restricciones en el ejercicio de la tutela, que el tutor no debe realizar, que de conformidad con los artículos 565, 566, 571 y 572 del Código Civil Federal establecen respectivamente que, “para todos los gastos extraordinarios que no sean de conservación ni de reparación, necesita el tutor ser autorizado por el juez”, “se requiere licencia judicial para que el tutor pueda transigir o comprometer en árbitros los negocios del incapacitado”, “el tutor no podrá hacerse pago de sus créditos contra el incapacitado sin la conformidad del curador y la aprobación judicial”, “el tutor no puede aceptar para sí a título gratuito u oneroso, la cesión de algún derecho o crédito contra el incapacitado”, asimismo el artículo 576 del ordenamiento citado “el tutor no puede hacer donaciones a nombre del incapacitado”; esto para tener un control y vigilancia por parte del juez sobre los actos de dominio que se necesiten realizar en el ejercicio de la tutela. Además, de acuerdo el artículo 577 del ordenamiento citado, “el tutor tiene, respecto del menor, las mismas facultades que a los

ascendientes”, es decir tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo.

Cabe aclarar que por disposición expresa en el artículo 423, “la facultad de corregir no implica infligir al menor cualquier acto de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica”. En caso contrario o de negligencia en los cuidados debidos al incapacitado o a la administración de sus bienes, podrá el tutor ser removido de la tutela a petición del curador, de los parientes del incapacitado, del Consejo Local de Tutelas o del Ministerio Público, esto por disposición expresa del artículo 584 de la ley de la materia.

En este aspecto es necesario mencionar que la remoción del tutor por ocurrir en alguna de las conductas descritas anteriormente, solo la pueden solicitar el curador, parientes, el Consejo o el ministerio Público, es decir, no se le otorga esta facultad al pupilo, no es factible para la ley que el menor o incapacitado pueda acudir a solicitar ayuda en caso de tener problemas con su tutor, queda a merced del tutor y del curador, es quién vigila el desempeño del tutor, pero no los bienes del pupilo. Lo anterior de conformidad con el artículo 584 de la ley de la materia.

Es interesante esta postura, pues si se hablara de un menor de siete años, cómo podría este entender la mala administración del tutor en complicidad con el curador para dilapidar su patrimonio. Pero este aspecto se abordará en el último capítulo de la presente investigación, para finalmente llegar a la propuesta de la misma de forma que éste argumento quede sólido.

Otro aspecto relevante del ejercicio de la tutela, con base en los artículos 585, 586 y 587 de la ley sustantiva de la materia es que, el tutor tiene derecho a una retribución sobre los bienes del incapacitado, que podrá fijar el ascendiente o extraño que conforme a derecho lo nombre en su testamento y para los tutores legítimos y dativos la fijará el juez. Esta retribución será entre el 5 y 10 % de las

rentas líquidas de los bienes y podrá aumentársele hasta un 20% si es que gracias a sus diligencias y cuidados aumenta el patrimonio del pupilo en cuestión.

Para finalizar este tema, sobre el ejercicio de la tutela se señalará lo que los artículos 616 y 617 establecen sobre las acciones del menor contra su tutor en materia civil. El primero de ellos menciona, que “todas las acciones por hechos relativos a la administración de la tutela, que el incapacitado pueda ejercitar contra su tutor, o contra los fiadores y garantes de éste, quedan extinguidas por el lapso de cuatro años, contados desde el día en que se cumpla la mayor edad, o desde el momento en que se hayan recibido los bienes y la cuenta de tutela, o desde que haya cesado la incapacidad en los demás casos previstos por la ley”, dando de esta forma tiempo suficiente al pupilo para que prescriban las acciones que por cualquier causa deba ejercitar, posteriormente al haber cumplido la mayoría de edad, esto al no estar conforme con el desempeño de la tutela a cargo del tutor designado. Asimismo el segundo precepto contempla que si la tutela hubiera fenecido durante la minoridad, el menor podrá ejercitar las acciones correspondientes contra el primer tutor y los que le hubieren sucedido en el cargo, computándose entonces los términos desde el día en que llegue a la mayor edad. Tratándose de los demás incapacitados, los términos se computarán desde que cese la incapacidad.

Respecto de estos preceptos, es menester dejar en claro que se trata de materia civil, en esta no corre la prescripción contra menores ni contra incapacitados, sino hasta que cesen estas causas, lo que en materia mercantil no aplica por disposición legal expresa, que al ser materia de la presente investigación y ser la espina dorsal de la misma, se analizará de una manera profunda en el siguiente capítulo para culminar explicando porque no debe ser de este modo.

2.1.6.1. Requisitos para ser tutor.

El tutor es “la persona física designada por testamento, por ley o por el Juez, que cumple la triple misión de ser representante legal, protector de la persona y administrador de los bienes del pupilo”⁷⁷. Por este motivo es necesario que la persona que pretende ser tutor deba cumplir con cierto perfil y determinados parámetros, contemplados por el Código Civil Federal, para ocupar este cargo.

Buen Rostro señala que los requisitos con los que debe cumplir la persona para desempeñar el cargo de tutor son; “ser una persona en pleno uso de sus facultades y de conducta intachable”⁷⁸; asimismo el artículo 497 en relación con el 631 del Código sustantivo de la materia señalan que, las personas que figuren en la lista formada cada año por el Consejo Local de Tutelas deben presentar honorabilidad y notorias buenas costumbres e interés en proteger la infancia desvalida; sin embargo el propio Código Civil en materia federal establece en el artículo 503 las personas que no pueden desempeñar el cargo de tutor aunque así lo deseen, por lo tanto se entiende a contrario sensu que son requisitos que debe cumplir la persona para desempeñarse como tutor; los cuales son los siguientes:

- ◆ Ser mayor de edad.
- ◆ No encontrarse bajo tutela.
- ◆ No haber sido removido del cargo de otra tutela.
- ◆ No haber sido condenado por sentencia ejecutoria a la privación del cargo de tutela.
- ◆ No haber sido condenado por robo, abuso de confianza, estafa, fraude o por delitos contra la honestidad.
- ◆ Tener oficio o modo de vivir conocido o notoriamente de buena conducta.

⁷⁷ RENDÓN UGALDE, Carlos Efrén, Óp. Cit., pág. 50.

⁷⁸ BUENTRO BAEZ, Rosalía, Óp. Cit., pág. 294.

- ◆ No tener pleito pendiente contra el incapacitado. Excepto tratándose de tutela testamentaria, si el que lo nombró lo hizo con conocimiento de causa.
- ◆ No ser parte del personal de administración de justicia, tratándose de tutela dativa.
- ◆ Tener domicilio cerca del lugar en que deba ejercer la tutela.
- ◆ No ser empleado público de Hacienda, que tenga responsabilidad pecuniaria actual.
- ◆ No padecer enfermedad crónica contagiosa.
- ◆ De conformidad con el artículo 505, no haber sido la causa directa o indirecta del padecimiento o enfermedad, tratándose de los incapaces que señala la fracción segunda del artículo 450 del ordenamiento legal citado.

Así también, el artículo 519 del Código civil Federal impone el requisito al tutor designado, que antes de tomar posesión del cargo caucione el manejo de la tutela, la cual consistirá en:

- ◆ En hipoteca o prenda. En el caso de la prenda, de acuerdo con el artículo 2856 del Código Civil Federal expresa que, “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”; es decir, es un contrato que consagra un derecho real que garantiza el cumplimiento de una obligación. Respecto de la hipoteca, el artículo 2893 del ordenamiento citado, la concibe como, “una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, y que da derecho a éste, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes”, es decir, son bienes que a diferencia de la prenda no es necesario entregar físicamente al deudor y con los cuales se garantiza el cumplimiento de una obligación determinada.

- ◆ En fianza. De conformidad con el artículo 2794 del Código Civil Federal se define la fianza como, un contrato en virtud del cual “una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace”; la primera denominada fiador se obliga a pagar a un tercero en nombre del fiado, quien es el que recibirá el beneficio.

Respecto de la garantía prendaria que preste el tutor, el mismo precepto citado expresa que, se constituirá depositando las cosas dadas en prenda en una institución de crédito, autorizadas para recibir depósitos; y prevé que a falta de ella se depositarán en poder de persona de notoria solvencia y honorabilidad. Sin embargo, conforme al artículo 526 del ordenamiento mencionado se establece que, solo se aplica la fianza para garantizar la obligación de caucionar el manejo del cargo de tutor, siempre que no tenga bienes en que constituir hipoteca o prenda.

Con base en el artículo 527, cuando los bienes que tenga no alcancen a cubrir la cantidad que ha de asegurar conforme al artículo siguiente, la garantía podrá consistir: parte en hipoteca o prenda, parte en fianza, o solamente en fianza, a juicio del juez, y previa audiencia del curador y del Consejo Local de Tutelas.

El artículo 528 establece que dicha garantía deberá cubrir los conceptos siguientes:

- ◆ Por el importe de las rentas de los bienes raíces en los dos últimos años, y por los réditos de los capitales impuestos durante ese mismo tiempo.
- ◆ Por el valor de los bienes muebles.
- ◆ Por el de los productos de las fincas rústicas en dos años, calculados por peritos, o por el término medio en un quinquenio, a elección del juez.

- ◆ En las negociaciones mercantiles e industriales, por el veinte por ciento del importe de las mercancías y demás efectos muebles, calculado por los libros si están llevados en debida forma o a juicio de peritos.

Sin embargo, la ley es previsorá del caso en que los bienes incrementen su valor estableciendo en el artículo 529 de la ley sustantiva de la materia que; si los bienes del incapacitado aumentan o disminuyen durante la tutela, podrán aumentarse o disminuirse proporcionalmente la garantía otorgada por el mismo en forma de hipoteca, prenda o la fianza, pero deberá hacerse la petición por parte del tutor, del curador, del Ministerio Público o del Consejo Local de Tutelas.

Cabe aclarar que el precepto legal 520 señala que al requisito de otorgar garantía existen excepciones, siendo los siguientes casos:

- ◆ Los tutores testamentarios, cuando expresamente los haya relevado de esta obligación el testador en este caso se verán obligados a dar garantía cuando con posterioridad a su nombramiento haya sobrevenido causa ignorada por el testador que, a juicio del juez y previa audiencia del curador, haga necesaria ésta.
- ◆ El tutor que no administre bienes.
- ◆ El padre, la madre y los abuelos, en los casos en que conforme a la ley son llamados a desempeñar la tutela de sus descendientes, salvo cuando la tutela del incapacitado recaiga en el cónyuge, en los ascendientes o en los hijos, en este caso solo que el juez, con audiencia de curador y del Consejo de Tutelas, lo crea conveniente.

- ◆ Los que acojan a un expósito, lo alimenten y eduquen convenientemente por más de diez años, a no ser que hayan recibido pensión para cuidar de él.
- ◆ De conformidad con el artículo 524 de la ley Código sustantivo Civil en materia Federal expresa que, “Si el tutor resulta ser coheredero del incapaz, y éste no tiene más bienes que los hereditarios, no se podrá exigir al tutor otra garantía que la de su misma porción hereditaria a no ser que esta porción no iguale a la mitad de la porción del incapaz, pues en tal caso se integrará la garantía con bienes propios del tutor o con fianza”; es decir, es una excepción no sobre otorgar garantía, sino sobre el límite del monto a cubrir por concepto de la garantía que deba otorgar para cumplir con el requisito.
- ◆ Con base en el artículo 525 de la ley mencionada se establece que, “en caso de que sean varios los incapacitados y su haber consista en bienes procedentes de una herencia que no se pueda dividir, asimismo sean varios los tutores, sólo se exigirá a cada uno de ellos garantía por la parte que corresponda a su representado”; de este modo es también otra excepción al requisito de otorgar garantía, pero exclusivamente sobre el límite que deberá cubrir el designado tutor que se ubique en este supuesto.

La garantía que presten los tutores es un requisito para desempeñar el cargo y por tanto no impedirá que el Juez de lo Familiar, como máxima autoridad a petición del Ministerio Público, del Consejo Local de Tutelas, de los parientes próximos del incapacitado o de éste si ha cumplido dieciséis años, dicte las providencias que se estimen útiles para la conservación de los bienes del pupilo, de conformidad con el artículo 521 de la ley citada. Pues como ha insistido, el juez siendo la autoridad máxima en los casos de tutela, es responsable por el menor y por sus bienes.

Respecto de la garantía y relación con la obligación que la ley otorga al Juez de lo Familiar como máxima autoridad para los casos de la defensa y protección del menor, la ley sustantiva Federal en su artículo 530 establece que, “el Juez responde subsidiariamente con el tutor, de los daños y perjuicios que sufra el incapacitado por no haber exigido que se caucione el manejo de la tutela”; pues es obligación del Juez vigilar que el tutor cumpla con todos y cada uno de los requisitos para serlo, además de tener la posibilidad de revocarlo si no cumple con este requisito.

Es evidente el interés del legislador de proteger al incapaz, puesto que impone como obligación al Juez que conoce del caso, responder con el tutor de forma subsidiaria, es decir, en dado caso que el tutor no cuente con la suficiente solvencia para responder de los daños y perjuicios causados en el patrimonio del incapacitado, es el Juez quien responderá por esa afectación a su esfera jurídica.

En este sentido, el Juez se ve obligado a tratar con cautela los asuntos referentes al cuidado del menor e incapacitado y como parte de eso, vigilar que el tutor cumpla con los requisitos señalados por ley de la forma adecuada y con apego estricto a la misma.

Tan es así que, conforme al artículo 531 del ordenamiento anteriormente citado, el juez tiene la facultad de nombrar a un nuevo tutor en el caso de que en el plazo de tres meses después de aceptado su nombramiento, éste no pudiere dar la garantía por las cantidades mencionadas anteriormente.

Sin embargo el Código Civil Federal, ordena que durante los tres meses señalados, desempeñara la administración de los bienes un tutor interino, quien los recibirá por inventario solemne, y no podrá ejecutar otros actos que los indispensables para la conservación de los bienes y percepción de los productos. Para cualquier otro acto de administración requerirá la autorización

judicial, la que se concederá, si procede, oyendo al curador, figura que se analizará más adelante.

2.1.6.2. Obligaciones del tutor respecto del tutorado.

Las obligaciones que adquiere el tutor, de acuerdo con Rendón Ugalde pueden resumirse en tres facultades que al mismo tiempo se consideran sus obligaciones: “1) respecto de la persona del pupilo, 2) respecto a la representación del pupilo, y 3) respecto al patrimonio del pupilo.”⁷⁹; sin embargo la ley señala de forma particular en su artículo 537 determinadas obligaciones que el tutor debe cumplir, pero entran en la clasificación doctrinal que se menciona; de forma que se expresan a continuación:

- ◆ A alimentar y educar al incapacitado. La cual es una obligación que atañe a la persona del pupilo, debido a que tiene como finalidad la sobrevivencia del menor y la procuración de un oficio mediante el estudio.
- ◆ A destinar, de preferencia los recursos del incapacitado a la curación de sus enfermedades o a su regeneración si es un ebrio consuetudinario o abusa habitualmente de las drogas enervantes. En este caso, atañe tanto a la persona del pupilo como el cuidado de sus bienes; toda vez que establece que los recursos que posea el incapacitado deben usarse de forma preferente para sanar sus enfermedades y buscar la habilitación de su capacidad.
- ◆ A formar, en un término no mayor de seis meses, inventario solemne y circunstanciado de cuanto constituya el patrimonio del incapacitado, dentro del término que el juez designe, con intervención del curador y del

⁷⁹ RENDÓN UGALDE, Carlos Efrén, Óp. Cit., pág. 52.

mismo incapacitado si goza de discernimiento y ha cumplido dieciséis años de edad. Esta obligación se refiere a los bienes del pupilo, pues busca la vigilancia de los recursos económicos que posea el incapaz con la finalidad de preservar la conservación de dichos bienes o su incremento en dado caso; además lo hace con la intervención del curador y del menor de dieciséis años que pueda realizarlo.

- ◆ A administrar el caudal de los incapacitados. El pupilo será consultado para los actos importantes de la administración cuando es capaz de discernimiento y mayor de dieciséis años. En este caso se refiere, exclusivamente a los bienes del incapaz.
- ◆ La administración de los bienes que el pupilo ha adquirido con su trabajo le corresponde a él y no al tutor. En este caso atañe a los bienes del menor o incapacitado, determinando que son los obtenidos por medio de su propio esfuerzo.
- ◆ A representar al incapacitado en juicio y fuera de él en todos los actos civiles, con excepción del matrimonio, del reconocimiento de hijos, del testamento y de otros estrictamente personales. En este caso expreso, se refiere a la representación del incapaz ante tribunales y solo en los actos que la ley permite.
- ◆ A solicitar oportunamente la autorización judicial para todo lo que legalmente no pueda hacer sin ella. En este caso, implica los tres tipos de obligaciones, respecto de la persona del menor, sus bienes y su representación, puesto que al solicitar una autorización especial para ejecutar un acto jurídico, éste podría beneficiar al mismo; por ejemplo, autorización especial para vender un bien inmueble, de este modo el incapaz se beneficia en la parte económica por la partida adquirida de la venta del bien, ese dinero lo puede utilizar para su alimentación o

educación y así se beneficia el pupilo en su persona y finalmente para ejecutar dicho acto, el tutor representa al incapaz en el contrato de compraventa que se realice.

- ◆ Ofrecer la garantía que indique el Juez para el desempeño del cargo, de acuerdo con el artículo 519 del ordenamiento citado. Esta obligación atañe a los bienes del pupilo y a su persona, pues la garantía es para que se otorgue confianza en que desempeñará el cargo de tutor de forma correcta, honesta y apegada a la ley.
- ◆ De conformidad con el artículo 590 del Código sustantivo mencionado, el tutor debe rendir cuentas de la tutela de forma anual, en el mes de enero, de acuerdo con las disposiciones legales aplicables. Esta es una obligación que afecta a los bienes del pupilo, pues cada año se verá si el tutor desempeña la tutela de forma adecuada, conservando o incluso incrementando los bienes del pupilo.
- ◆ De acuerdo al artículo 550 de la ley citada, el tutor está obligado a inscribir en el inventario el crédito que tenga contra el incapacitado; si no lo hace, pierde el derecho de cobrarlo.
- ◆ Con base en el artículo 607 del Código Civil Federal, el tutor tiene la obligación de que una vez terminada la tutela, debe hacer la entrega de los bienes de la forma señalada en el apartado del ejercicio de la tutela.
- ◆ En relación con el artículo 579 de la código sustantivo de la materia, debe admitir las donaciones simples, legados y herencias que se dejen al incapacitado.
- ◆ Por último se aduce al artículo 594 de la ley mencionada, la cual contempla que, será responsable si el incapacitado no está en posesión de algunos bienes a que tiene derecho y este no entabla en nombre del

pupilo, las acciones conducentes para recobrarlos. Además será responsable si al intentar las acciones, por su culpa o por negligencia en el desempeño de la tutela resulta perjudicial para el pupilo.

Todas y cada una de las características expresadas son fundamentales para el desempeño de la tutela, puesto que son normas que regulan el comportamiento del tutor sobre el poder tutelar que tiene respecto del pupilo, dando como resultado una regulación estricta que busca el cumplimiento de la finalidad de la tutela, que es la protección del menor o incapacitado en todos los aspectos jurídicos; dado que son parámetros y límites específicos que debe cumplir el tutor para continuar ejerciendo dicho cargo por más tiempo, de lo contrario, es decir, si no respeta alguna de las características de la tutela o lineamiento de comportamiento del tutor frente al pupilo, se hace acreedor a diversas consecuencias como la remoción o separación del cargo de tutela, incluso la inhabilitación para ejercer la misma respecto de otro tutorado.

2.1.6. Limitaciones y prohibiciones de la tutela.

Rendón Ugalde, expone “muchas son las obligaciones que la ley impone al tutor, destacándose entre ellas las de carácter prohibitivo, en el manejo de los bienes. Es evidente, a través de todas ellas la desconfianza, que parece ser fue la tónica que inspiró al legislador respecto a la conducta del tutor en el desempeño del cargo”⁸⁰. Por lo tanto, se estipularon taxativamente determinados supuestos con la finalidad de proteger al menor tanto en su persona como en su patrimonio, es decir, además de las obligaciones estrictamente dictadas por la Ley Civil sustantiva, se establecieron limitantes en el actuar del tutor.

⁸⁰ *Ibidem*, págs. 51-52.

La tutela por ser un cargo de interés público, como ya se mencionó, nadie puede eximirse sino por causa legítima, es decir, la ley establece para la exclusión del tutor causas específicas de inhabilitación, separación del cargo del mismo. De este modo existen, en el derecho positivo mexicano, limitaciones y prohibiciones para ejercer el cargo de tutor, las cuales se mencionan a continuación:

Primero, el artículo 503 del Código Civil Federal establece las personas consideradas inhábiles para desempeñar el cargo de tutela que son las siguientes:

- ◆ Los menores de edad.
- ◆ Los mayores de edad que se encuentren bajo tutela.
- ◆ Los que hayan sido removidos de otra tutela por haberse conducido mal, sea respecto de la persona o de la administración de los bienes del incapacitado.
- ◆ Los que por sentencia que cause ejecutoria hayan sido condenados a la privación de este cargo o a la inhabilitación para obtenerlo.
- ◆ El que haya sido condenado por robo, abuso de confianza, estafa, fraude o por delitos contra la honestidad.
- ◆ Los que no tengan oficio o modo de vivir conocido o sean notoriamente de mala conducta.
- ◆ Los que al deferirse la tutela, tengan pleito pendiente con el incapacitado.

- ◆ Los deudores del incapacitado en cantidad considerable, a juicio del juez, a no ser que el que nombre tutor testamentario lo haya hecho con conocimiento de la deuda, declarándolo así expresamente al hacer el nombramiento.
- ◆ Los jueces, magistrados y demás funcionarios o empleados de la administración de justicia.
- ◆ El que no esté domiciliado en el lugar en que deba ejercer la tutela.
- ◆ Los empleados públicos de Hacienda, que por razón de su destino tengan responsabilidad pecuniaria actual o la hayan tenido y no la hubieren cubierto.
- ◆ El que padezca enfermedad crónica contagiosa.

El ser inhábil para efectuar el cargo de tutor, tiene como efecto que no se toma en cuenta a la persona para el mismo, puesto que son requisitos que se deben cubrir para ser candidato a fungir como tutor y de no llegar a cubrirlos, simplemente no es factible que se presente a la persona como anuente en desempeñar el cargo de tutor. A finalizar este listado, el artículo 503 del orden de la ley de la materia, hace mención a una última fracción que deja abierta la posibilidad a otras causas establecidas por la ley.

En segundo lugar, se enumeran a continuación las personas que serán separados del cargo de tutor, en términos del artículo 504 del Código Civil Federal; siendo los siguientes:

- ◆ Los que sin haber caucionado su manejo conforme a la ley, ejerzan la administración de la tutela.

- ◆ Los que se conduzcan mal en el desempeño de la tutela, sea respecto de la persona o de la respecto de la administración de los bienes del incapacitado.
- ◆ Los tutores que no rindan sus cuentas en el mes de enero de cada año.
- ◆ Los comprendidos en el artículo anterior, desde que sobrevenga o se averigüe su incapacidad.
- ◆ El tutor que contraiga matrimonio con la mujer que ha estado a su guarda sin obtener dispensa.
- ◆ El tutor que permanezca ausente por más de seis meses, del lugar en que debe desempeñar la tutela.

Respecto de las prohibiciones, se tiene que no pueden ser tutores ni curadores de las personas comprendidas en la fracción II del artículo 450, es decir, quienes hayan sido causa o fomentado directa o indirectamente tales enfermedades o padecimientos.

El tutor que fuere procesado por cualquier delito, quedará suspenso en el ejercicio de su encargo desde que se provea el auto motivado de prisión, hasta que se pronuncie sentencia irrevocable. Y por tal motivo se proveerá tutor interino con la finalidad de no perjudicar los intereses del menor de edad o incapacitado. Sin embargo, si se le absuelve al tutor, éste volverá al ejercicio de su encargo. Pero si es condenado a una pena que no lleve consigo la inhabilitación para desempeñar la tutela, volverá a ésta al extinguir su condena, siempre que la pena impuesta no exceda de un año de prisión.

Esta última parte hace reflexionar sobre la calidad de la persona que se encargará de la guarda y protección de un menor de edad o incapacitado, pues

la calidad moral y el notorio ejemplo que le da al pupilo es seriamente cuestionable. Más aun, el punto esencial es como desempeñará el cargo de tutor respecto de los bienes del menor.

Respecto de las limitaciones, existe varias de acuerdo a cada acto jurídico a celebrar, por ejemplo, el artículo 568 de la Ley Civil sustantiva Federal establece que, para que el tutor transija, cuando el objeto de la reclamación consista en bienes inmuebles, muebles preciosos o bien en valores mercantiles o industriales cuya cuantía exceda de mil pesos, necesita del consentimiento del curador y de la aprobación judicial otorgada con audiencia de éste.

Otros ejemplos claros se establecen en el artículo 569 de la ley citada anteriormente establece que, el tutor no puede comprar o arrendar los bienes del incapacitado, ni hacer contrato alguno respecto de ellos, para sí, sus ascendientes, su mujer o marido, hijos o hermanos por consanguinidad o afinidad; de acuerdo al artículo 575 del ordenamiento legal mencionado indica que, sin autorización judicial no puede el tutor recibir dinero prestado en nombre del incapacitado, ya sea que se constituya o no hipoteca en el contrato y que no puede hacer donaciones a nombre del incapacitado. El tutor no puede aceptar para sí a título gratuito u oneroso, la cesión de algún derecho o crédito contra el incapacitado. Sólo puede adquirir esos derechos por herencia. Con base en el artículo 573 de dicha ley, tampoco no puede dar en arrendamiento los bienes del incapacitado, por más de cinco años, sino en caso de necesidad o utilidad, previos el consentimiento del curador y la autorización judicial.

Con base en el artículo 511 del código Civil Federal, pueden excusarse de ser tutores las personas que tengan alguna de las siguientes calidades:

- ◆ Los empleados y funcionarios públicos.

- ◆ Los militares en servicio activo.

- ◆ Los que tengan bajo su patria potestad tres o más descendientes.
- ◆ Los que fueren tan pobres, que no puedan atender a la tutela sin menoscabo de su subsistencia.
- ◆ Los que por el mal estado habitual de su salud, o por su rudeza e ignorancia, no puedan atender debidamente a la tutela.
- ◆ Los que tengan sesenta años cumplidos.
- ◆ Los que tengan a su cargo otra tutela o curaduría.
- ◆ Los que por su inexperiencia en los negocios o por causa grave, a juicio del Juez, no estén en aptitud de desempeñar convenientemente la tutela.

Pero si el que teniendo excusa legítima para ser tutor acepta el cargo, renuncia por el mismo hecho a la excusa que le concede la Ley y mientras se califica dicho impedimento o excusa, el juez nombrará un tutor interino.

Los efectos de excusarse del cargo de la tutela se establecen en los preceptos legales 516 y 517 del Código Civil Federal, los cuales mencionan que, en caso del tutor testamentario que se excuse de ejercer la tutela, perderá todo derecho a lo que le hubiere dejado el testador por este concepto. El tutor que sin excusa o desechada la que hubiere propuesto no desempeñe la tutela, pierde el derecho que tenga para heredar al incapacitado que muera intestado, y es responsable de los daños y perjuicios que por su renuncia hayan sobrevenido al mismo incapacitado. En igual pena incurre la persona a quien corresponda la tutela legítima, si habiendo sido legalmente citada, no se presenta al juez manifestando su parentesco con el incapaz.

Por último, el artículo 518 de la ley mencionada, dispone que si muere el que esté desempeñando la tutela, sus herederos o ejecutores testamentarios están obligados a dar aviso al juez, quien proveerá inmediatamente al incapacitado del tutor que corresponda. Para un mejor entendimiento se presenta a continuación un cuadro con diferencias y similitudes de los distintos tipos de tutelas.

	Tutela legítima	Tutela dativa	Tutela testamentaria
Fundamento Legal	482 - 494	495 - 502	470- 481
Quien lo puede nombrar	Juez familiar. Menor de 16 años.	Menor de 16 años. Juez de lo familiar.	Cónyuge supérstite. Menor de edad.
Quien ejerce el cargo	Hermanos por ambas líneas. Hermanos por una solo de línea. Cónyuge supérstite. Hijo mayor de edad respecto de su padres viudos. Respecto de abandonados y expósitos, las casas de asistencia.	Persona designada por el menor. Persona de la lista del Consejo de Tutela.	El designado por el testador. Ascendientes en segundo grado.
Obligaciones	Las establecidas en el artículo 537.	Las establecidas en el artículo 537. En caso de no tener bienes, solo se tiene por objeto el cuidado de la persona del menor.	Se rigen por las limitaciones y condiciones impuestas por el testador.
Tutor interino	Aplica	Aplica.	Aplica, siendo el tutor dativo.
Adoptante	No aplica	No aplica	Tiene derecho a nombrarlo.
Situaciones en que tiene lugar	No existe quien ejerza la patria potestad, ni tutor testamentario. En caso de divorcio. Exista incapacitado mayor de edad. En situación de abandono.	No exista tutor testamentario. No exista persona para desempeñar tutela legítima. El tutor testamentario este impedido para temporalmente. Para negocios judiciales de menores emancipados.	Se designará por testamento.

El cuadro anterior especifica la regulación contemplada por el Código Civil Federal al respecto de cada una de las especies de tutela, comparando las semejanzas y diferencias que existen entre estas, dado que le otorga primicia a la tutela testamentaria por ser la última voluntad del testador, las otras dos, la legítima y la dativa quedan en segundo y tercer lugar respectivamente, a pesar de ello, solo varían algunas situaciones específicas debido a los sujetos que la ejercen, o quien puede nombrar a dichos sujetos, en qué casos tiene lugar cada una de ellas, ya que las generalidades son las mismas; por ejemplo, en caso de necesitarse tutor interino, en los tres tipos de tutela es viable nombrar uno provisional con ese carácter o en caso de las obligaciones elementales como la alimentación o rendición de cuentas respecto del ejercicio de la tutela; en estas situaciones siguen las mismas indicaciones estipuladas en el Código Civil sustantivo. Asimismo se hace alusión a que las determinaciones dictadas por la ley citada son, expresadas en disposiciones legales específicas, por consiguiente los demás dispositivos contemplados en el ordenamiento mencionado son aplicables a las tres especies de tutela.

2.2. Curatela.

La ley establece que es necesario que todos los individuos sujetos a tutela, ya sea testamentaria, legítima o dativa, además del tutor tendrán un curador, excepto en los casos que se trate de niños expósitos o abandonados y en los casos de la tutela dativa sobre menores que no tengan bienes.

En Roma, el curador se encargaba de la administración exclusiva de los bienes del pupilo, pero a través del tiempo se ha modificado y en la actualidad dicha figura jurídica se prevé para el caso exclusivo de vigilancia del tutor, es decir, ejerce una observación profunda sobre el desempeño de la tutela de la persona que tenga el cargo y ya no sobre quien recae dicha figura.

2.2.1. Concepto.

De acuerdo con Buenrostro Báez, el curador es “la persona encargada de la vigilancia de los actos del tutor.”⁸¹; por lo que el cargo de tutor es elemental para conseguir el cumplimiento de la finalidad de la tutela, que es la protección del incapaz legalmente.

Asimismo señala que, “el curador es la persona designada por testamento, por el juez o por el pupilo mayor de dieciséis años, o por los menores de edad emancipados, para vigilar el comportamiento del tutor, especialmente en el manejo de los bienes del pupilo o para defender al incapacitado en caso de que los intereses de éste se opongan a los del tutor, así como informar al juez del mal desempeño de la tutela y en su caso de la ausencia del tutor”.⁸²; por lo tanto el cargo del curador no se refiere al cuidado del pupilo en su persona, ni a su representación y mucho menos a la administración de sus bienes; es decir, el curador no tiene contacto alguno con la fortuna, acciones, rentas, frutos y en general todos los bienes del incapaz; sino que su relación directa es con el tutor; puesto que se encarga de vigilar que el tutor cumpla con el correcto desempeño de la tutela, que es el apegarse a derecho para ejercer las funciones determinadas por la ley, tanto en lo sustantivo como en lo adjetivo.

2.2.2. Características.

De igual forma, como se mencionó en el principio de este apartado, la tutela y la curatela son similares en muchas situaciones, incluidas las características, en consecuencia y para no repetir la misma información solo las mencionaremos, pues ya han quedado explicadas anteriormente, estas son; que es de interés público, irrenunciable, temporal, excusable, removible y remunerada.

⁸¹ BUENROSTRO BAEZ, Rosalía, Óp. Cit., pág. 299.

⁸² ídem.

2.2.3. Finalidad de la curatela.

Como fin último de la curatela, es el vigilar preponderantemente el desempeño del tutor sobre los menores e incapacitados a que se refiere la fracción II del artículo 450, quienes no pueden valerse por sí mismos para ejercer su capacidad de goce y que por tal motivo se les ha designado un tutor. Para asegurar el estricto apego a las obligaciones que debe cumplir el tutor respecto del pupilo, la curatela cumple la función de vigilancia al mismo.

En este sentido, el curador no cuida ni protege al menor, la relación no es directamente con él, sino que supervisa el desempeño del tutor, el cumplimiento de sus obligaciones y avisa de cualquier irregularidad al Juez competente para que tome las providencias necesarias de salvaguardar al menor o incapacitado en su persona y en su patrimonio.

Sin embargo la finalidad de la curatela es que, el tutor cumpla con el correcto desempeño de la tutela; por tal motivo se dota de una regulación específica a la tutela, siendo que el curador debe vigilar al tutor en el cumplimiento de las funciones de tutor y desempeño del cargo.

2.2.4. Ejercicio de la curatela.

Respecto del desempeño de esta figura jurídica, el Código Civil Federal establece en los numerales del 119 al 130, lo siguiente:

En todo caso en que se nombre al menor un tutor interino, se le nombrará curador con el mismo carácter, si no lo tuviere definitivo, o si teniéndolo se halla impedido. También se nombrará un curador interino en el caso de oposición de intereses a de menores sujetos a la misma tutela, en el caso de que se nombre un tutor especial que defienda los intereses del pupilo en desacuerdo con los demás. Igualmente se nombrará curador interino en los casos de impedimento,

separación o excusa del nombrado, mientras se decide el punto; luego que se decida se nombrará nuevo curador conforme a derecho.

Los que tienen derecho a nombrar tutor, lo tienen también de nombrar curador. En este tenor opera lo ya explicado en la tutela sobre quien puede nombrar al curador; solo que se agrega a la lista el menor de edad emancipado por razón de matrimonio siempre y cuando tenga un tutor para negocios judiciales. Respecto del curador de todos los demás individuos sujetos a tutela será nombrado por el juez. Dado que el menor de edad, de 16 años cuenta con cierto criterio intelectual para establecer y tomar decisiones correctas.

Con base en el artículo 627 de la ley de la materia, el curador que no cumpla con las obligaciones que la ley establece de forma expresa, será responsable de los daños y perjuicios que resultaren al incapacitado.

El artículo 628 del ordenamiento legal citado establece que, las funciones del curador cesarán cuando el incapacitado salga de la tutela; pero si sólo variaren las personas de los tutores, el curador continuará en la curaduría.

El curador tiene derecho de ser relevado de la curaduría, pasados diez años desde que se encargó de ella, conforme a lo establecido por el artículo 629 de la ley citada.

El dispositivo legal 630 del ordenamiento mencionado indica que, en los casos en que conforme al propio Código Civil, tenga que intervenir el curador, cobrará el honorario que señala el arancel a los procuradores, sin que por ningún otro motivo pueda pretender mayor retribución. Si hiciere algunos gastos en el desempeño de su cargo; se le pagarán.

En este sentido se concluye que, es evidente que el cargo del curador es menos riguroso que el de tutor, impone una menor carga, pero una igualdad respecto de la responsabilidad en que puede incurrir si no cumple con sus

funciones, sino desempeña adecuadamente la curatela. Es importante este cargo, porque además de contar con el tutor para proteger al incapaz, la legislación civil mexicana establece la figura jurídica del curador para apoyar la labor del tutor en el desempeño de la tutela y de esta forma lograr a la perfección la finalidad de dichos cargos.

2.2.4.1. Requisitos para ser curador.

Respecto de este apartado y en vista de que los requisitos para ser curador son exactamente los mismos que se necesitan para ser tutor, excepto que este último no tiene obligación de ofrecer garantía alguna para caucionar el desempeño de su función, pues la única relación con el menor o incapacitado es de forma indirecta sobre la vigilancia de la persona del tutor. Dado que si al tutor se le impone este requisito, que además funge como obligación de la persona que desempeñará la tutela, es porque tiene administración directa con los bienes del pupilo.

2.2.4.2. Obligaciones del curador con respecto al menor.

Las obligaciones que debe cumplir el curador respecto al menor, se encuentran previstas en el artículo 626 del Código Civil Federal y son las siguientes:

- ◆ Vigilancia respecto del desempeño del tutor para con el pupilo.

- ◆ El ordenamiento citado, en su artículo 534 referido al ejercicio de la tutela propiamente establece que; es obligación del curador y del Consejo Local de Tutelas, vigilar el estado de las fincas hipotecadas por el tutor de los bienes entregados en prenda, dando aviso al juez de los deterioros y menoscabo que en ellos hubiere, para que si es notable la

disminución del precio, se exija al tutor que asegure con otros bienes los intereses que administra.

- ◆ Exigir judicialmente al tutor, que por razón de su parentesco deba otorgarle alimentos a los incapacitados o menores de edad que fuesen indigentes o careciesen de medios suficientes para solventar estos gastos.
- ◆ De acuerdo con el artículo 626 el curador está obligado expresamente a defender los derechos del incapacitado en juicio o fuera de él, exclusivamente en el caso de que estén en oposición con los del tutor.
- ◆ A vigilar la conducta del tutor y a poner en conocimiento del juez todo aquello que considere que puede ser dañoso al incapacitado.
- ◆ A dar aviso al juez para que se haga el nombramiento de tutor, cuando éste faltare o abandonare la tutela.

En general estas son las obligaciones más destacadas, pero de forma específica, existen más, para diferentes actos jurídicos, las cuales se regulan por la legislación civil aplicable. Por ejemplo; el artículo 905 en su fracción VI del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, establece que durante el procedimiento de la declaración de interdicción el tutor interino debe rendir cuentas al tutor definitivo con intervención del curador; por lo tanto este último juega un papel relevante para que el tutor cumpla sus funciones adecuadamente.

2.2.5. Limitaciones y prohibiciones respecto a la curatela.

En este apartado únicamente se hace alusión a lo ya señalado en el caso de la tutela, las limitaciones y prohibiciones que rigen la tutela se aplican de igual modo a la curatela, es así como lo establece el artículo 622 del Código Civil Federal, que para tal efecto se transcribe a continuación:

“Artículo 622.- Lo dispuesto sobre impedimento o excusas de los tutores regirá igualmente respecto de los curadores.”

Con base en lo anterior, se entiende que el cargo de curador es exclusivamente en apoyo al cargo del tutor, es para tener una mejor vigilancia y un estricto control sobre los asuntos de los incapaces. La curatela, a pesar de tener su propia regulación, en la mayoría de los preceptos se establece que se aplica lo dispuesto en la tutela, debido a que dicha figura tiene como finalidad esencial, la protección del pupilo y la curatela el desempeño adecuado de las funciones del tutor.

2.3. Representación.

Primeramente, se debe entender que la representación es una figura jurídica que en el derecho mexicano no se observa por sí sola, sino que se estudia referido al contrato de mandato, en materia civil, pues en virtud de este, una persona encomienda a otra, que cuenta con la capacidad suficiente en todos los aspectos, que realice determinados actos jurídicos a nombre y por cuenta de este, esto hace suponer que en derecho la primera persona realizó los actos como si el mismo los hubiera hecho de facto.

En materia mercantil, este contrato subsiste en el denominado contrato de comisión mercantil, regulado en los artículos 273 a 308 del Código de Comercio, dentro de los cuales se regulan sus propias reglas y condiciones con

las que ha de tratarse la comisión mercantil. Sin embargo, el presente trabajo de investigación se referirá a la representación como tal, sin hacer alusión a dichos contratos por no ser de interés para la misma.

La representación como tal tiene una vinculación directa a lo que se conoce en el mundo del derecho como poder, este se refiere a la calidad con que se ostenta la persona que representa a otra, es decir es una cualidad que se otorga, ya sea por ley o de forma voluntaria a la persona que se encomienda el cargo de representante de otra. Sin embargo, es necesario hacer notar que, en este sentido, el poder no se aplica exclusivamente a la capacidad de las personas, pues podría tratarse de dos personas en completa capacidad de ejercicio, quienes celebren una representación por así convenir a sus intereses y no porque el representado no pueda ejercer el derecho o celebrar el acto jurídico de que se trate por sí mismo.

En este contexto, al otorgarse la representación se confiere poder suficiente para llevar a cabo el acto jurídico sobre el cual el representado se verá beneficiado por el representante. Por ejemplo, cuando una persona encarga a otra vender un bien, la ley dispone que debe tener poder de dominio sobre la cosa para poder hacerlo, al ejercer esta facultad de disposición del bien en cuestión y poder venderlo, el que se está beneficiando es el representado.

Ahora bien, para fines del presente trabajo de investigación, se analizará la representación respecto de los incapaces. Aquellos que por disposición legal no cuentan con la capacidad de ejercicio para participar en la vida jurídica y es necesario que al otorgárseles una persona capaz para auxiliarlos en estas actividades, ésta se convierte en su representante.

2.3.1. Concepto.

Existen diversas acepciones del término representación, para Zamora y Valencia, el término representación se define como, “la figura jurídica que permite alterar o modificar el ámbito personal o patrimonial de una persona, por la actuación de otra capaz, quien actúa siempre a nombre de la primera”⁸³; por lo tanto, se entiende que la representación siempre la ejercerá una persona con capacidad jurídica suficiente para realizar actos jurídicos diversos; sin embargo, en este concepto no se establece si la primera también lo es, o en dado caso no cuenta con capacidad y por esto se ve en la necesidad de ser representada; por ejemplo un menor de edad, quien al no contar con capacidad jurídica para realizar actos jurídicos por sí mismo debe contar con el apoyo de un representante.

Asimismo Zamora y Valencia expresa que, “también puede conferirse por virtud de un procedimiento con fundamento en una norma que imponga la necesidad de nombrar un representante a una persona que sea incapaz de hacer valer por sí misma sus derechos o cumplir con sus obligaciones”⁸⁴; en este caso en concreto, el autor se refiere a la incapacidad legal y natural con que cuentan algunas personas, que al ser titular de derechos y obligaciones por contar con la capacidad de goce, no pueden ejercitar los primeros ni cumplir los segundos, toda vez que no cuentan con la capacidad de ejercicio.

De acuerdo con Muñoz la representación es, “aquella institución por medio de la cual una persona realiza un acto o negocio jurídico en nombre de otra y ocupando el lugar de ésta.”⁸⁵; en esta figura jurídica los beneficios obtenidos con los actos realizados son expresamente para el representado, ya sea menor de edad o incapacitado.

⁸³ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, Contratos Civiles, Décimo tercera edición, Editorial Porrúa, México, 2012, pág. 281.

⁸⁴ Ídem.

⁸⁵ MUÑOZ Luis, Derecho Mercantil, Editorial Cárdenas, México, 1973, pág. 531.

Para Borja Soriano hay representación cuando, “una persona celebra a nombre y por cuenta de otra un contrato (o en general un acto jurídico), de manera que sus efectos se producen directa e indirectamente en la persona y en el patrimonio del representado, como si el mismo hubiera celebrado el contrato (o ejecutado el acto); se produce una relación obligatoria directa entre el representado y un tercero.”⁸⁶; dicha relación de la que se habla, surge debido a que los efectos, consecuencias y beneficios derivados de los actos realizados por el representante con el tercero recaen sobre el representado, pues es una ficción jurídica al dar por hecho que el representante actúa como si fuera el representado.

Por tanto queda claro que la representación es una figura jurídica que se utiliza para que una persona, considerada por el derecho como capaz, supla a otra y realice actos jurídicos a nombre y por cuenta de la primera, dando como resultado que las consecuencias producidas por dichos actos se reflejen en la esfera jurídica del representado. Así entonces, la representación puede derivar del contrato de mandato o por disposición de ley, como es el caso de la tutoría, en esta investigación se hará referencia a la representación ejecutada en favor del menor de edad e incapacitado careciente del uso adecuado de sus facultades mentales a que se refiere el artículo 450 en su fracción segunda del Código Civil Federal.

2.3.2. Características.

De acuerdo con Muñoz, se necesitan tres elementos necesarios para que se configure la representación y son: que el representante cuente con capacidad suficiente para realizar por sí mismo actos jurídicos; los casos en que se producirán dichos actos serán determinados por ley; y por último en la

⁸⁶ BORJA SORIANO, Manuel, Teoría General de las Obligaciones, Décimo séptima edición, Editorial Porrúa, México, 2000, pág. 244.

representación deberán cubrirse todos los requisitos necesarios para ello, establecidos por la ley conducente.

En cuanto a que se necesita que el representante tenga capacidad plena para realizar los actos jurídicos, en este sentido se refiere a la capacidad suficiente para ejecutar el acto encomendado, es decir, en un primer plano se necesita capacidad de ejercicio para realizar cualquier acto por sí mismo, en segundo lugar se requiere tener capacidad suficiente para realizar el acto específico en beneficio del representado, esto es capacidad específica, por ejemplo, en el caso de vender un inmueble se necesita poder de dominio para disponer libremente de la cosa, si faltare alguna de las capacidades de las mencionadas, no se podrá ejecutar el acto, puesto que será nulo.

Por lo que respecta a que la ley debe señalar los casos en que se haya de producir dicha representación, sea por disposición de la ley en el caso de patria potestad, por sentencia judicial en el caso de tutela o voluntariamente, la cual tendrá que ser declarada judicialmente.

Finalmente, los actos que realice el representante han de hacerse con los requisitos que la norma legal determine. Esto referente a las capacidades del primer punto e incluso cualquier otro elemento de validez que se requiera para ejecutar el acto.

Para unir esto puntos que se visualice de mejor forma sirve como ejemplo el siguiente caso: un menor de edad que desee vender cierto inmueble, necesita que su representante tenga capacidad de goce y de ejercicio para poder ejecutar el acto, en este tenor necesita también la capacidad de disposición de la cosa conferida por el menor y asimismo necesita la autorización judicial del Juez de lo Familiar competente para ejecutar dicho acto. Este último punto es requisito que la ley exige para celebrar el contrato y de no configurarse sería

nulo dicho acuerdo de voluntades; sin importar que el representado dé su consentimiento para que se materialice el acto ni tampoco que el representante cuente con la capacidad para realizarlo.

2.3.3. Tipos.

Al ser la representación, un instrumento para otorgar el apoyo que los menores e incapacitados tienen debido a la ausencia de capacidad de ejercicio, se hace alusión a dos clases de representación tomando en cuenta el origen de estos, es decir de donde deriva cada uno de estos tipos de representación y considerando los efectos que se producen en cada caso.

Así entonces, se dividen en dos tipos que son:

- ◆ Legal. Como su nombre lo indica, este tipo de representación deriva de la ley. Es un cargo impuesto por la misma, sin pedir consentimiento de la persona a la que se le otorga ni a la persona sobre quien recae dicha representación. Por ejemplo, la representación que los padres ejercen sobre los hijos al ser los titulares de la patria potestad. En este caso no se escucha ni a los padres si quieren representar a sus hijos al celebrar actos jurídicos que beneficien a los últimos, lo mismo pasa con los hijos, no se les pregunta si están de acuerdo en ser representados por sus padres para realizar cualquier acto jurídico.

- ◆ Voluntario. Esta clase de representación es de forma libre y espontánea, la puede ejercer cualquier persona que esté en actitud de hacerlo, siempre y cuando para cada acto jurídico a celebrar cumpla los requisitos señalados por la ley. Por ejemplo, para vender un bien mueble se necesita la capacidad específica de ser dueño de la cosa o en su caso poseer poder de dominio suficiente para hacerlo así.

A su vez, la representación voluntaria se divide en dos clases, debido a los efectos que produce la misma, las cuales son: la representación directa, que es aquella en la cual los efectos producidos por el acto jurídico celebrado recaen en forma instantánea y directamente sobre el representado; y la indirecta, en la cual los efectos producidos recaen en un primer momento sobre el representante y posteriormente sobre el representado.

2.3.4. Finalidad de la representación.

La utilidad de esta figura descansa sobre el hecho de facilitar o, en su caso, posibilitar la actuación jurídica de una persona gestión de sus asuntos en relación con terceros por medio de otra.

Respecto a la finalidad de la misma es que el representado pueda ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones, que por tener capacidad de goce le pertenecen, pero debido a la ausencia de capacidad de ejercicio por cualquier causa le es imposible ejecutar el mismo.

2.3.5. Efectos de la representación.

Al diferenciarse la representación voluntaria en dos vertientes que son de forma directa y la forma indirecta, esto es en la representación directa los efectos se generan entre el representado y el tercero con que se celebró el acto o negocio jurídico. En este tipo de representación el tercero conoce con quien está celebrando el acto jurídico a diferencia de la representación indirecta que el tercero piensa que con quien contrata es con la persona física del representante.

En la representación indirecta el que se obliga es el representante con el tercero, aunque el beneficio entre directamente en la esfera jurídica del representado.

2.3.6. Limitaciones y prohibiciones a la representación.

Como tal las limitaciones y prohibiciones que se manifiestan en la representación dependen en gran medida del poder, de las cláusulas y de lo convenido por las partes, es decir, por el representante y por el representado. Esto en la representación voluntaria.

Respecto de la representación por ley, depende exclusivamente de la calidad de los sujetos que sean el representante y el representado y del acto jurídico específico a celebrar, como de la condiciones legales expresadas por la ley de la materia. Por ejemplo, en el ejercicio de la patria potestad sobre algún menor de edad, la ley establece limitaciones a los padres sobre los hijos, como el administrar los bienes, producto del trabajo del menor.

Asimismo el caso del tutor, que es impuesto por ley, la cual expresa ciertos parámetros para ejecutar cualquier acto jurídico, por ejemplo, el tutor no puede enajenar algún bien del pupilo sin autorización judicial correspondiente.

En materia mercantil se establece la representación en la parte procesal, para este efecto el capítulo II, “De la Capacidad y la Personalidad”, del Código de Comercio, establece al respecto en su artículo 1056 que; “Todo el que, conforme a la ley esté en el pleno ejercicio de sus derechos puede comparecer en juicio. Aquellos que no se hallen en el caso anterior, comparecerán a juicio por medio de sus representantes legítimos o los que deban suplir su incapacidad conforme a derecho. Los ausentes e ignorados serán representados como se previene en el Código Civil Federal”. Dando como resultado que se suplirá en términos del artículo 81 y quinto del Código de comercio, lo relativo a la capacidad para actuar en juicios mercantiles, asimismo respecto de la representación en materia civil, es decir, si se cuenta con esta en forma civil, aplicará para materia mercantil.

CAPÍTULO TERCERO. DE LA PRESCRIPCIÓN.

3.1. Prescripción.

Para abordar la palabra prescripción, debe aludirse al derecho civil, toda vez, que la materia mercantil no define lo que debe entenderse por éste término; sin embargo la prescripción mercantil es diferente a la prescripción civil referente a la naturaleza de los actos que regula, a los sujetos a los se dirige, el tiempo que se determina para la prescripción de cada acción, y en general que no se siguen las mismas reglas, ni tampoco existe la posibilidad de que la ley civil supla la mercantil por tratarse de dos ordenamientos diferentes y de conformidad con el artículo segundo del Código de Comercio que establece que, a falta de disposiciones en dicho ordenamiento y demás leyes mercantiles, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común contenidas en el Código Civil Federal; por lo tanto al existir regulación específica sobre la prescripción en materia mercantil, no es viable aplicar la normatividad civil completa, de forma supletoria, al respecto la Suprema Corte ha dictado la siguiente tesis:

“SUPLETORIEDAD EN MATERIA MERCANTIL. NO OPERA AL TRATARSE DE LA PRESCRIPCIÓN, que a la letra dice: La aplicación de las leyes supletorias sólo tiene lugar en aquellas cuestiones que comprendidas en la ley que suplen, se encuentren carentes de reglamentación, o deficientemente reglamentadas, pero al tratarse de la prescripción, los artículos 1038 a 1048 del código de comercio establecen todas las reglas para dirimir las controversias que sobre ello se susciten, por tanto, no debe aplicarse en forma supletoria el artículo 1161 de la legislación civil federal, para la prescripción de las acciones que ahí se mencionan, pues al hacerlo, se excluye en forma absoluta la aplicación de la ley comercial, lo cual no es la razón de ser de la supletoriedad.
SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 47/2004. Di-Fiore Termoformado, S.A. de C.V. 15 de marzo de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Mario Alberto Adame Nava. Secretaria: Ana María Morales Pérez.”

Como bien se aprecia, ésta tesis explica que no opera la supletoriedad de la prescripción tratándose específicamente de los términos para que prescriban las acciones, así que solo se suple en las partes de la ley en que no exista regulación alguna o que ésta sea deficiente, por lo tanto si bien es cierto el Código de Comercio establece las reglas para la prescripción de las acciones derivadas de actos de comercio, lo hace de manera incompleta, deficiente y general, por lo que con base a términos específicos establecidos por el ordenamiento mercantil no se aplicará la supletoriedad de la materia civil, sólo tendrá lugar respecto de definir lo que es la prescripción, la forma de contar el tiempo para que opere la prescripción y en todo lo que no regule el Código de Comercio pero que no contravenga a las disposiciones del mismo.

3.1.1. Concepto.

La prescripción es definida como “un modo de extinción de los derechos resultante de la no concurrencia de ningún acto interruptivo, durante el plazo marcado por la ley”⁸⁷; es evidente que simplemente **no** se necesita hacer nada o mejor dicho, omitir hacer cualquier conducta, durante tiempo determinado y especificado por la ley y que tenga como efecto no interrumpir el término que la ley establece para que se pierda la posibilidad de ejercitar cualquier acción y reclamar el derecho de que se trate.

En el Diccionario jurídico se encuentra el término prescripción definido como, un “medio de adquirir un derecho o de liberarse de una obligación por el transcurso del tiempo”⁸⁸; por lo consiguiente queda confirmando que el tiempo es un elemento esencial para que opere la prescripción, la cual imposibilita el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de una obligación al titular del mismo, sea que ejercite el primero o cumpla la segunda por sí mismo o mediante representante, pues si la acción que se deriva del derecho del que se es titular ya no surte

⁸⁷ ALAS, Leopoldo, Et. Al, *De la Prescripción Extintiva*, España, 1918, pág. 57.

⁸⁸ *Diccionario Jurídico*, Valletta ediciones, Segunda edición, Argentina, 2001, pág. 534.

efectos ante autoridad competente. En el caso de la obligación, la prescripción funciona como excepción a la misma, en este caso lo que pasa es que el deudor se ve beneficiado por la inactividad del acreedor, respecto de la acción originada por el derecho que posee el titular.

Asimismo, al hablar de prescripción se aluce a que, “se trata de un modo sui generis de extinguir las obligaciones, independientemente de otro medio, y que su esencia está toda en el poder que tiene por ley civil de destruir la obligación y, en consecuencia, la acción que la tutela”⁸⁹; es evidente que, en este tenor la prescripción parece que extingue por completo el derecho del titular, debido a que al operar ésta, no se está obligado a cumplir con la obligación, sin embargo no es así, toda vez que por virtud de la prescripción el deudor no está obligado a cumplir con dicha obligación, en virtud de que los efectos de ésta son que el órgano jurisdiccional esté impedido para conceder favorablemente las prestaciones demandadas por el acreedor en cuestión, es decir, el deudor está en posibilidad de ejercitar su derecho, porque negarle la administración de justicia sobre un derecho que por ser persona capaz de ejercitar el mismo y por haber realizado determinado acto que trae como consecuencia la posibilidad de exigirlo es inconcebible; es así entonces que el acreedor puede exigir ejercitar su derecho que no se extingue, simplemente por efectos de la prescripción, no opera la demanda que haga el acreedor frente al tribunal competente respecto del derecho, aun y cuando cumpla con las reglas y requisitos establecidos por ley para la exigencia de éste. Por ende si no se extingue el derecho tampoco la obligación, pues esta subsiste para el deudor, aunque el efecto de la prescripción a su favor es que la autoridad no podrá coaccionarlo a cumplirla después del tiempo que marque la ley para que prescriba la acción de que se trate.

En materia mercantil, Vázquez de Mercado expresa sobre la prescripción que, “en los contratos mercantiles la falta de acción por parte del titular de los

⁸⁹ Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXII, Editorial Driskill, Argentina, 1979, pág. 908.

derechos que de ellos surgen, dentro del término que en los propios contratos se fija, provoca que se extingan tales derechos”⁹⁰; aunque éste autor no utiliza específicamente la palabra prescripción se entiende que es la definición de la misma y ya que solo hace referencia a los contratos mercantiles, se debe agregar que una acción nace también de un acto mercantil, por ejemplo la acción para reivindicar un navío, éste es solo un acto jurídico que compete a la persona que quiera ser el propietario. En este sentido, la prescripción nace tanto de un acto bilateral como de uno unilateral, esto es, puede surgir de un contrato ya sea de naturaleza civil o mercantil; así como de un acto jurídico celebrado por una persona en cualquiera de estas materias.

Con base en lo anterior, es necesario mencionar que la ley civil determina que la palabra prescripción tiene dos vertientes los cuales quedan establecidos en el artículo 1135 del Código Civil Federal expresando que Prescripción es un medio de adquirir bienes o de librarse de obligaciones, mediante el transcurso de cierto tiempo y bajo las condiciones establecidas por la ley; la primera definición que es adquisición de bienes es lo que se conoce en algunos estados de la República mexicana como usucapión; sin embargo para efectos de la presente investigación se alude a la segunda definición que es el librarse de obligaciones por el transcurrir específico del tiempo bajo circunstancias establecidas por la ley, dado que es el principal tema a tratar, y para lo cual se hará referencia a ésta cuando se hable de prescripción.

La propia ley establece que la prescripción, en este sentido es denominada como prescripción negativa, por establecer la pérdida de un derecho para una persona, que teniendo capacidad para ejercitar ese derecho o en dado caso pudiendo ejercitarla en protección del interés de otra persona incapaz que tenga bajo su vigilancia no lo hace, es decir, no realiza los actos tendientes a ejercitar el derecho, dejando de esta forma que, la prescripción corra contra la persona

⁹⁰ VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar, Contratos Mercantiles, Décimo cuarta edición, Editorial Porrúa, México, 2006, pág.162.

que se puede beneficiar del ejercicio de ese derecho. En el primer supuesto se da por hecho que existe un desinterés de la persona que es dueña del derecho en cuestión, sin embargo en el segundo caso no es posible catalogarlo de la misma forma, pues el incapaz al carecer de los elementos necesarios para poder ejercitar los derechos por sí mismo y depender de otra persona para que lo haga; queda colocada en la hipótesis del primer supuesto.

De este modo, Castrillón y Luna expone que, “la prescripción negativa se traduce en la pérdida del derecho, debido a que su titular no interponga la demanda dentro del plazo para que tal efecto le concede la ley”⁹¹; esto es, al operar la prescripción trae como efecto que ya no es factible conceder al titular la prestación requerida por no haberlo hecho en el tiempo que marca estrictamente la ley; además “debe ser opuesta como excepción y ser analizadas por el órgano jurisdiccional al emitir la sentencia, de modo que de declararse procedente extingue la acción”⁹²; lo cual taxativamente es un impedimento para que el juzgador entre al fondo del estudio sobre la pretensión requerida por el acreedor, titular del derecho frente a un tercero obligado, es decir no se cuestiona si la obligación debe cumplirse o no; sino que simplemente el titular del derecho no tiene poder para reclamarlo por disposición de ley y el juez, exclusivamente estudiará si procede la excepción de prescripción, con la cual se liberaría al deudor en caso de ser procedente y concedida por la autoridad.

Por consiguiente, la prescripción liberatoria es “la producida ante la inacción o silencio del acreedor prolongados durante el tiempo establecido por las normas legales, teniendo la misma por efecto, la exoneración del deudor de toda obligación, prescindiendo de la existencia de buena fe y justo título”⁹³; en este sentido un elemento esencial es que es la inactividad del sujeto, acreedor o

⁹¹ CASTRILLÓN Y LUNA, Víctor Manuel. Contratos Mercantiles, Editorial Porrúa, México, 2011, pág. 114 y 115.

⁹² *Ibidem*, pág. 115.

⁹³ Diccionario Jurídico Valleta, Óp. Cit., pág. 535.

titular del derecho, con esta se libera al sujeto deudor de cumplir una obligación; sin embargo no se juzga la buena fe o la justicia de que el sujeto pierda la acción para reclamar el derecho que le pertenece, simplemente se pone en contrabalanza la certeza jurídica que se le da a la persona deudora para conservar la estabilidad y seguridad que el Derecho concibe como principio general.

Otra acepción tomada de un diccionario jurídico expresa que, “la prescripción de acciones es un modo de...liberarse de una obligación que se hubiere contraído y cuyo cumplimiento no se exija durante el término que señale asimismo la ley”⁹⁴; una vez más se observa que la prescripción obedece al silencio por parte de quien legalmente puede reclamar el derecho, en este sentido puede ser el mismo titular o en su caso el representante de dicho titular; por ejemplo, el que ejerce la patria potestad o el tutor designado o en su caso un representante legal por mandato.

En este tenor, se encuentra el fundamento de la prescripción de acciones establecido por el diccionario como, “la presunción de abandono o renuncia del derecho que el acreedor podría hacer valer, compeliendo al deudor al cumplimiento de la obligación recíproca”⁹⁵; en este aspecto no es posible presumir el pago de la deuda o cumplimiento de la obligación porque tenga lugar la prescripción, sino que lo que presuntamente sucede es que, el acreedor, es decir el titular del derecho no busca el cumplimiento de la misma, al no reclamarlo por vía judicial. Con base en lo anterior, la presunción es respecto la renuncia del ejercicio del derecho, exclusivamente por parte del titular del mismo y no se requiere que el deudor realice alguna acción previa, simplemente se verá beneficiado por el simple hecho de que opere la prescripción.

⁹⁴Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo IV, Sexta Edición, Editorial Porrúa, México 1993, pág. 2502.

⁹⁵ *Ibidem*, pág. 2503.

Para fines de la presente investigación se entenderá por prescripción negativa el librarse de obligaciones por el transcurrir específico del tiempo bajo circunstancias establecidas por la ley, es decir, el mero transcurso del tiempo tiene como efecto que la prescripción corra en contra de la persona que goza de un determinado derecho para poder ejercitarlo en contra de otra persona obligada con la primera al cumplimiento de la misma; dando como resultado que la acción ya no se puede ejecutarse contra la persona obligada. Es decir, solo se aducirá a la prescripción negativa porque es a la que se refiere específicamente el Código de Comercio al hacer mención de la extinción de acciones debido a la misma.

3.2. Elementos de la prescripción.

Con base en las distintas definiciones de los diversos autores referidos anteriormente, se establecen los siguientes requisitos consustanciales al término de prescripción negativa:

- ◆ Operación de la prescripción determinada taxativamente. En este caso se refiere a que la prescripción solo tendrá lugar si está expresamente establecida por Código de Comercio, de lo contrario no es posible hacer alusión a ella como excepción.

- ◆ Transcurso del tiempo. Se entiende por el término tiempo, el “periodo determinado durante el que se realiza una acción o se desarrolla un acontecimiento”⁹⁶; es decir, la ley establece plazos específicos para la realización o ejecución de determinados actos, el transcurrir de esos plazos se refiere al periodo durante el cual se debe ejecutar el acto. Por lo tanto, dicho plazo es especificado por la ley con base en el derecho de que se trate, las condiciones para ejercitarlo y los alcances que pueda tener al ser exigido.

⁹⁶ Diccionario General de la Lengua Española, Óp. Cit. Pág. 1855.

Respecto del tiempo, señala PUIG BRUTAU que, “la prescripción extintiva tiene su fundamento en la necesidad de poner término a las situaciones de incertidumbre en el ejercicio de los derechos y en la presunción de abandono por parte de su titular”⁹⁷; dado que el tercero sujeto a cumplir la obligación principal, sobre la cual se comprometió a responder frente al titular del derecho en cuestión, se encuentra el deudor en un estado de espera respecto de una condición cierta y futura, es decir, la fecha de vencimiento de dicha obligación en la cual debe cubrir la prestación a la que se comprometió; a pesar de esto, al llegarse la fecha indicada y no hacerse efectiva la exigibilidad de dicha deuda, queda el deudor comprometido a cumplir la prestación debida al titular del derecho cuando éste se lo requiera, lo cual se convierte en una condición futura incierta, ya que no tiene momento exacto en el cual, dicho titular, le exija el cumplimiento; además al quedar establecido por ley que debe cumplirla, genera en el deudor un sentimiento de incertidumbre e inseguridad jurídica, pues está a merced del requerimiento del beneficiario de ese derecho; dando como resultado consecuencias perjudiciales para el caso de que el deudor no cumpla con su obligación.

Por lo tanto, la ley establece términos específicos para que tenga lugar la prescripción, dado que si no tuviera tiempo determinado sería una incertidumbre jurídica para el deudor, estar esperando que el titular del derecho haga efectiva la exigibilidad de la deuda; por tanto se presume que al correr el tiempo, taxativamente establecido por ley, además de que el titular del derecho no realice ningún acto tendiente a cobrar o requerir al deudor, coaccionándolo de esta forma, a cumplir las prestaciones a las que se obligó, es así como se da por terminado el tiempo en que pudiese requerir el cumplimiento de dicha obligación.

⁹⁷PUIG BRUTAU, José, Caducidad, Prescripción Extintiva y Usucapión, Editorial Bosch, España, 1988, pág. 26.

- ◆ Obligación exigible conforme a derecho. Esto es, la obligación sobre la cual se demanda el cumplimiento debe serlo legalmente, pues toda obligación tiene fecha de cumplimiento y si dicho plazo no ha sido cumplido no es factible exigir el pago o cumplimiento de la obligación.

En ese entendido, la prescripción “exige también, como necesaria consecuencia, que todas las acciones tengan un término, pues si fueran perpetuas, se llegaría a poner en cuestión la tranquilidad y la existencia de las familias”⁹⁸; dado que el derecho debe velar por la armonía de intereses; en este caso, de ambas partes que celebren cualquier contrato o acto jurídico que dé como resultado el que una de ellas quede subordinada a cumplir determinada prestación frente a la otra. Es así que al celebrar dicho acto jurídico se genera una acción, ésta debe tener término de prescripción para no generar incertidumbre jurídica; lo mismo sucede con cualquier otra acción derivada de cualquier acto o contrato jurídico; con el fin de no perturbar la tranquilidad y seguridad de las familias, constituidas por personas que participan a diario en la vida jurídica para que estas estén protegidas por la ley. Por lo tanto, es inconcebible el pensar que las personas obligadas, por cualquier causa, dependieren de la voluntad de la persona frente a la que se obligaron para que ésta quisiera hacer valer su derecho a capricho absoluto.

Sin embargo la prescripción no veda el derecho, es decir no extingue éste, toda vez que si lo hiciese estaría vedando la capacidad de goce de la persona en cuestión, de modo que le daría el carácter de incapaz para detentar derechos, lo cual no es factible, tampoco cohibe el ejercicio del derecho, es decir, no se cuestiona la capacidad de ejercicio, pues la persona es libre de ejecutar la acción correspondiente para reclamar el derecho de que se trate frente al órgano jurisdiccional, cuando así lo considere conveniente; en cambio lo que verdaderamente extingue es la posibilidad de efectividad de la acción, es decir, que al ejercitar la acción, ésta no surta efecto alguno por disposición legal,

⁹⁸ Enciclopedia Jurídica Omeba, Óp. Cit. Pág. 908.

siendo que, la “extinción de las acciones por el transcurso de determinado término, es una necesidad para los fines de la tranquilidad del orden social, ella no podría basarse sobre una presunción de pago o de liberación, tampoco de renuncia al derecho ni a la acción que la ampara”⁹⁹; esto es, no libera de la deuda al deudor, no se renuncia al cobro de la prestación por parte del titular del derecho, no se da por hecho que se ha cumplido con la obligación por parte del obligado; sino que simplemente, la ley se aplica en favor del deudor buscando una justa equidad entre las partes, dándole tiempo tanto al deudor para cubrir la prestación como al acreedor para hacer efectiva la exigibilidad de la obligación; impidiendo que se creen conflictos de intereses y se utilice la ley como un instrumento de venganza que obedezca a cuestiones particulares; manteniendo de esta forma la armonía en el orden social.

- ◆ Inactividad por parte de quien legalmente pueda reclamar el derecho. Al respecto, se hace alusión a la persona con capacidad jurídica para realizar la exigencia del derecho a través de los medios legales pertinentes ante autoridad competente; es decir, que el mismo omita reclamar el derecho, interponer demanda y de esta forma consienta en no hacer nada para que la contraparte cumpla la obligación.

En el caso de la inactividad del acreedor Puig Brutau expone que, la prescripción “se funda en un requisito de tipo negativo, que es la conducta pasiva del titular del derecho,...durante el plazo fijado por la ley”¹⁰⁰; por lo que se observa una conducta de no hacer o de otro modo, la conducta consistente en omisión de ejercitar una acción para reclamar un derecho exigible, por lo que se presupone el desinterés de quien legalmente puede reclamar el derecho y a quién beneficia en su esfera jurídica; es decir, que el titular, el que tiene la capacidad de goce respecto de determinado derecho que la ley le otorga, debido a cualquier acto jurídico realizado por el mismo y que genera una

⁹⁹ Ídem.

¹⁰⁰ PUIG BRUTAU, José, Óp. Cit., pág. 5.

obligación principal frente a un tercero, simplemente no hace efectivo el cobro de la obligación exigible.

Toda vez que la prescripción intenta evitar la inseguridad jurídica y generar al mismo tiempo certeza legal al deudor; que si bien él mismo se obligó, de forma voluntaria a cumplir determinada prestación a un tercero, generando una obligación exigible por éste, también es inverosímil que se quede en un estado de espera por siempre, es decir, esté obligado por ley a ser requerido por el titular del derecho y coaccionado por el mismo, mediante el órgano jurisdiccional para cumplir forzosamente la obligación a la que se sujetó en cualquier tiempo y a capricho de dicho titular, sin que se tenga un límite de tiempo.

- ◆ Debe ser declarada judicialmente. En esta como excepción por la parte a la que le beneficia, que es el deudor de la obligación a cumplir, de conformidad con el artículo octavo fracción X de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Al respecto la corte ha dictado la siguiente jurisprudencia:

“JUICIO EJECUTIVO MERCANTIL. LA PRESCRIPCIÓN NO ES UNA CAUSA PARA DECLARAR IMPROCEDENTE LA VÍA, SI NO FUE OPUESTA COMO EXCEPCIÓN POR EL INTERESADO, POR LO QUE NO PUEDE SER ANALIZADA DE OFICIO POR EL JUZGADOR EN EL AUTO DE INICIO DEL PROCESO; De los artículos 1391, fracción IV y 1392 del Código de Comercio, así como del diverso numeral 150 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que regulan la procedencia de la vía ejecutiva mercantil, se deduce que el juicio de esa naturaleza tiene lugar cuando la demanda se funda en un documento que traiga aparejada ejecución, entre otras causas, por falta de pago; que presentada la demanda acompañada del título ejecutivo, se proveerá auto de mandamiento en forma para que el deudor sea requerido de pago, y de no hacerlo se le embarguen bienes suficientes para cubrir la deuda, sin que ninguno de dichos preceptos prevea como condición para la procedencia de la vía ejecutiva que no haya transcurrido el plazo de tres años establecido en el artículo 165 de la ley citada, pues esta circunstancia no le quita el carácter de ejecutivo; por lo que la prescripción no es una causa para declarar improcedente la vía, al no

estar prevista en ninguno de los dispositivos que la rigen. Por otra parte, dada la naturaleza de este tipo de juicios, la prescripción de *la acción cambiaria, sólo puede ser examinada por el juzgador si se opone la excepción prevista en el artículo 8º, fracción X, de la invocada ley, esto es, no procede su estudio oficioso*. Asimismo, como lo sustentó este tribunal en la tesis VI.2o.C.734 C (9a.), publicada en la página 1672, Libro I, Tomo 3, octubre de 2011, Décima Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de rubro: "PRESCRIPCIÓN EN MATERIA MERCANTIL. EL JUEZ NATURAL ESTÁ IMPEDIDO PARA ANALIZAR DE OFICIO ESA EXCEPCIÓN Y, DE HACERLO, VIOLARÍA EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA DE LA RESOLUCIÓN.", la prescripción no puede ser analizada de oficio por el juzgador en la sentencia definitiva, si no fue opuesta como excepción por el interesado porque, de hacerlo, la autoridad judicial violaría los principios de congruencia, debido proceso y legalidad contemplados en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por tanto, por igualdad de razón, debe sostenerse que tampoco es analizable de oficio en el auto de inicio del proceso, pues en ese momento no se ha llevado a cabo el emplazamiento del demandado, por ende, aún no se conoce si será opuesta la excepción correspondiente por éste, que es el único al que le incumbe hacerla valer. Así, al recibir la demanda el juzgador debe realizar un examen preliminar del documento que se adjunta a ésta, a fin de determinar si es de aquellos que traen aparejada ejecución, en términos del referido artículo 1391, análisis previo que debe hacerse sobre los aspectos formales o motivos notorios de improcedencia de la vía, por insuficiencia de requisitos, pero dicho análisis no debe incluir cuestiones que sólo pueden hacerse valer por los demandados, oponiendo la excepción correspondiente, como es el caso de la prescripción; de otra manera, se estaría prejuzgando antes de suscitarse la controversia respectiva sobre la procedencia de lo que se pide, conducta que contraría el principio de igualdad de las partes dentro del procedimiento, toda vez que a la parte actora se le desestimarían de plano sus pretensiones, sin ser oída y vencida en juicio; de ahí que el Juez debe admitir la demanda en la vía ejecutiva mercantil y dictar auto de exequendo cuando el título en que se funda reúna los requisitos genéricos o de forma establecidos por la ley para ser considerado título ejecutivo.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEXTO CIRCUITO.

AMPARO DIRECTO 324/2013. 23 de septiembre de 2013. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Armando Pallares Valdez. Secretaria: Gabriela Guadalupe Rodríguez Escobar.

Amparo directo 399/2013. Octavio Contreras Sosa. 10 de octubre de 2013. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Armando Pallares Valdez. Secretaria: Gabriela Guadalupe Rodríguez Escobar.

Amparo directo 313/2013. Octavio Contreras Sosa. 10 de octubre de 2013. Unanimidad de votos. Ponente: Ma. Elisa Tejada Hernández. Secretario: Crispín Sánchez Zepeda.

Amparo directo 560/2013. Octavio Contreras Sosa. 10 de febrero de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Juan Carlos Cortés Salgado.

Amparo directo 59/2014. Octavio Contreras Sosa. 25 de marzo de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Armando Pallares Valdez. Secretaria: Gabriela Guadalupe Rodríguez Escobar”

Con base en el criterio jurisprudencial precedente se entiende primero que, la prescripción debe ser opuesta por la parte interesada, que es el deudor de la obligación a cubrir, segundo que el juez está imposibilitado para analizarla de oficio, es decir, por decisión propia, debido a que actuaría de forma parcial y beneficiaria a una de las partes contendientes, tercero que la jurisprudencia citada expresa que no debe ser analizada la prescripción como excepción, en el auto de admisión de demanda a juicio ejecutivo mercantil, puesto que la parte obligada no ha sido notificada legalmente y de hacerlo el juez estaría vulnerando la esfera jurídica del titular del derecho que se reclama, al beneficiar ampliamente al deudor en cuestión.

3.3. Término general de la prescripción.

De conformidad con el artículo 1158 del Código Civil en el ámbito Federal se expresa que, la prescripción negativa se verifica por el sólo transcurso del tiempo fijado por la ley, esto es, la propia ley de acuerdo a la materia que rija el acto que se ejecuta y con base en el cual se origina el derecho reclamable o en su caso, la obligación exigible; por lo tanto el lapso de tiempo que deba transcurrir para que opere la prescripción, será determinado de acuerdo a la ley que rija el acto de que se trate.

El artículo 1047 del Código de Comercio expresa que, fuera de los casos de excepción, se necesita el lapso de diez años, contado desde que una obligación pudo exigirse, para que se extinga el derecho de pedir su cumplimiento, en este

sentido es necesario tomar en cuenta que el tiempo comienza a correr a partir del momento en que es exigible la obligación de la que se trata. Así, este es el término de la prescripción de forma genérica.

El Código en materia Civil Federal, de aplicación supletoria al derecho Mercantil contempla en su título séptimo, capítulo sexto, a partir de los artículos 1167 a 1180 un apartado especial sobre la forma para calcularse la prescripción, con base en los cuales se hacen notar los siguientes puntos:

- ◆ El tiempo para la prescripción se cuenta por años, excepto en los casos en que la ley expresamente determine que se contará de momento a momento.
- ◆ Los meses se regularán con el número de días que les correspondan. En este caso se habla de mes calendario.
- ◆ Tratándose de que la prescripción se cuente por días, se entenderán éstos de veinticuatro horas naturales; sin embargo, el día en que comienza la prescripción se cuenta siempre entero, aunque no lo sea; pero aquel en que la prescripción termina, debe ser completo, esto aplica en el caso de que se establezca día exacto para el cumplimiento de la obligación.
- ◆ Si el último día es feriado, no se tendrá por completa la prescripción, sino cumplido el primero que siga, si fuere útil; por ejemplo, que la fecha de vencimiento de la obligación a cumplir sea el primero de mayo del año en que se deba cumplir, este día es inhábil por disposición del artículo 74 en su fracción IV de la Ley Federal del Trabajo, así entonces empezará a contarse el tiempo a partir del día dos de mayo del año correspondiente.

- ◆ El artículo 1040 del Código de Comercio indica que, en la prescripción mercantil negativa, los plazos comenzarán a contarse desde el día en que la acción pudo ser legalmente ejercitada en juicio, es decir, el día siguiente a la fecha de vencimiento para el cumplimiento de la obligación; por ejemplo, un pagaré exigible a los 3 meses, en este caso la fecha para empezar a contarse el término para que opere la prescripción será el primer día del cuarto mes de la fecha en que se suscribió dicho título de crédito.
- ◆ El artículo 1042 del Código sustantivo Mercantil establece que, empezará a contarse el nuevo término de la prescripción en caso de reconocimiento de las obligaciones, desde el día que se haga; en el de renovación desde la fecha del nuevo título; y si en él se hubiere prorrogado el plazo del cumplimiento de la obligación, desde que éste hubiere vencido; esto es, se contará el tiempo para que opere la prescripción en cualquiera de los dos casos mencionados, debido a que son actos en que las dos partes están de acuerdo en que los beneficios de la prescripción sean aplicados al titular del derecho.

Es de total importancia el plazo desde el cual se contará el tiempo para que opere la prescripción, sobre todo cuando se trata de ejercitar algún derecho que contemple un término corto para que se verifique la prescripción y cuando la ley no es clara debe acudir a la jurisprudencia dictada en este sentido; por ejemplo, tratándose de la acción cambiaria directa respecto de un título de crédito, hablando de la prescripción de forma general taxativamente se dicta por el Código de Comercio que, la acción será exigible a partir del día en que legalmente pudo ser ejercitada la acción, con base en el artículo 165 fracción I de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito se expresa que, son tres años para ejercitar la acción cambiaria, a pesar de esto ninguna de las leyes indica claramente a partir de cuándo comenzará a contar el término para que

prescriba la acción en cuestión, sin embargo la Suprema Corte de Justicia de la Nación establece con el siguiente criterio:

“PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN CAMBIARIA DIRECTA. EL CÓMPUTO DEL PLAZO DE TRES AÑOS PARA QUE OPERE, INICIA EL DÍA SIGUIENTE AL DEL VENCIMIENTO DEL PAGARÉ FUNDANTE DE LA ACCIÓN; De la interpretación sistemática de los artículos 165, fracción I y 81 de la Ley General de Títulos y operaciones de Crédito, ambos aplicables por disposición expresa del artículo 174 de la misma ley a los pagarés, se concluye que el término para realizar el cómputo en que opera la prescripción de la acción cambiaria directa ejercida con un pagaré como documento fundante de la acción, inicia el día siguiente del vencimiento de dicho documento mercantil. Lo anterior, porque si la indicada fracción I señala que la acción cambiaria directa prescribe en tres años contados a partir del día del vencimiento de la letra y el citado artículo 81 establece que en los plazos legales no debe computarse el día que sirve de punto de partida -en este caso, el vencimiento del documento-, resulta evidente que el aludido plazo de tres años empieza a contar el día siguiente al del vencimiento del pagaré fundante de la acción.

CONTRADICCIÓN DE TESIS 116/2008-PS. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Trigésimo Circuito, el Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito. 14 de enero de 2009. Cinco votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Jesús Antonio Sepúlveda Castro.

Tesis de jurisprudencia 15/2009. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha veintiuno de enero de dos mil nueve.”

Esto es, se determina con base en la lógica aplicada por el Supremo tribunal en México que, la prescripción comenzará a computarse a partir del día siguiente del vencimiento del título de crédito, de esta forma, se atiende a los preceptos de la Ley General de Títulos y operaciones de Crédito, toda vez que se trata de un título de crédito, sin embargo y conforme a cada acto mercantil en particular se deberá seguir las disposiciones expresas por la ley que regule el acto determinado, atendiendo siempre el criterio sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Asimismo se contempla en apoyo a lo anteriormente señalado la siguiente tesis:

“PRESCRIPCIÓN NEGATIVA EN MATERIA MERCANTIL. ADMITE APLICACIÓN SUPLETORIA DEL ARTÍCULO 1180 DEL CÓDIGO CIVIL FEDERAL; De los artículos 2o., 1038 a 1040 del Código de Comercio, en relación con la naturaleza, fundamento y razón de ser de la prescripción negativa en general, se concluye que en materia mercantil es admisible la aplicación supletoria del artículo 1180 del Código Civil Federal, según el cual, cuando el último día del plazo sea inhábil, no se completará la prescripción, sino cumplido el primero que siga, si fuere útil. Considerando la naturaleza de la prescripción negativa, como exoneración de obligaciones, por la inacción del acreedor al no exigir el cumplimiento de la obligación en cierto tiempo y bajo las condiciones establecidas en la ley; que su fundamento se encuentra en la consideración de orden público de evitar la perennidad de las obligaciones, y sobre todo, castigar la negligencia o descuido del acreedor, de no ejercer su derecho en un tiempo prolongado, se advierte que un elemento sine qua non para que opere la prescripción, es el transcurso de cierto plazo previsto en la ley, sin que el acreedor o titular del derecho realice los actos idóneos establecidos en la ley para la satisfacción de su derecho, por lo cual una característica fundamental del plazo es que todos sus componentes de tiempo (días, semanas, meses, años) faciliten al acreedor el ejercicio de su derecho para evitar la prescripción, ya sea porque se pueda ejercer en ellos, específicamente, o -considerando los días inhábiles intermedios-, porque todavía quede la posibilidad de hacerlo con posterioridad, porque el plazo no ha vencido, y ese efecto sólo se puede asegurar si el acreedor queda en posibilidad, desde el punto a quo hasta el punto ad quem del plazo, de ejercer los derechos en la forma y términos indicados, para establecer la presunción sólida del abandono del derecho sobre la base de que el titular estuvo en aptitud clara e indiscutible de ejercerlo dentro del plazo establecido por la ley, y a pesar de eso, se abstuvo de hacerlo, debiendo conocer las consecuencias de esa inactividad, consistente en la pérdida del derecho. Dicho principio se refleja en las reglas sobre la prescripción negativa en general, al indicar que el plazo sólo comienza desde que el acreedor esté en aptitud de exigir la obligación, que no corre en ciertos supuestos en que no es posible el ejercicio de la acción, **como respecto a incapaces o los militares en servicio activo**, y por último, que si el último día resulta inhábil, el plazo debe correrse al siguiente hábil, porque los tribunales ante los cuales puede ejercerse la acción no laboran en días inhábiles. Dicho principio también se recoge en materia mercantil, pues no hay disposición por la que se excluya o limite, y antes bien, el artículo 1040 del Código de Comercio dispone que el plazo debe contar desde el día en que la acción pudo ser legalmente ejercitada en juicio, lo cual implica que también en materia mercantil se tiende a conseguir el principio de que, durante el plazo, sea factible el ejercicio de la acción por su titular, y se corrobora con lo expresamente establecido en el artículo 81 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, al prever que cuando alguno de los actos impuestos como obligatorios al

tenedor de una letra de cambio deba efectuarse dentro de un plazo cuyo último día no fuere hábil, el término se entenderá prorrogado hasta el primer día hábil siguiente, debiéndose computar los inhábiles intermedios. Por tanto, puede establecerse que hay una insuficiencia en el Código de Comercio en cuanto a las reglas para computar los plazos de la prescripción negativa, respecto al caso en que el último día resulte inhábil, de ahí que sea aplicable en forma supletoria el artículo 1180 del Código Civil Federal.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 317/2009. Magdalena Patiño Cestafe de Martínez. 25 de junio de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: Leonel Castillo González. Secretaria: Mónica Cacho Maldonado”

En este tenor, se aprecia en el criterio jurisprudencial referido que, el tiempo siendo un elemento esencial para que se verifique la prescripción, debe ser contado de manera adecuada, debido a que si se comete un error en ello no podrá tener lugar la prescripción aunque se interponga como excepción por la parte interesada. Es así, que debe tenerse en cuenta todos los factores necesarios para contarse debidamente el lapso de tiempo conforme a la ley que regule el acto jurídico específico y de donde se origina la acción de que se trate; como lo son los días hábiles e inhábiles, la fecha del vencimiento en la que debía cumplirse la obligación en cuestión y en general todo lo relevante para que el tiempo sea contado adecuadamente y por tanto sea efectivamente válido.

Así entonces, las reglas anteriores son relevantes al establecer ciertos parámetros bajo los cuales opera la prescripción, deben ser considerados al momento de contar el término para que prescriba una acción determinada, toda vez que al ser taxativos no pueden ser ignorados por el obligado o bien por el titular del derecho. De no ser tomados en cuenta dichos rubros, el efecto es que tenga lugar la prescripción ya sea beneficiando al deudor o al acreedor del derecho, esto dependerá del trato que se le dé, es decir, que el primero la interponga como excepción y aunque se requiera judicialmente a este, el cumplimiento de la obligación al operar la prescripción, lo librará de

cumplirla; en caso contrario, que a pesar de ser interpuesta como excepción a favor del obligado no se haya contabilizado el tiempo de manera correcta y se determine que no da lugar a la prescripción, por lo tanto deberá seguirse el proceso y el beneficio será para el acreedor al contar con la posibilidad de una sentencia condenatoria para su contraparte.

3.4. Términos especiales de la prescripción.

El Código de Comercio contempla términos específicos para que opere la prescripción, los cuales obedecen a supuestos determinados por la misma ley. El artículo 1043 del Código de Comercio establece expresamente que se prescribirán en un año, la acción correspondiente en los siguientes casos:

- ◆ La acción de los mercaderes por menor por las ventas que hayan hecho de esa manera al fiado, contándose el tiempo de cada partida aisladamente desde el día en que se efectuó la venta, salvo el caso de cuenta corriente que se lleve entre los interesados.
- ◆ La acción de los dependientes de comercio por sus sueldos, contándose el tiempo desde el día de su separación.
- ◆ Las acciones que tengan por objeto exigir la responsabilidad de los agentes de Bolsa o corredores de comercio por las obligaciones en que intervengan en razón de su oficio.
- ◆ Las acciones nacidas de servicios, obras, provisiones o suministros de efectos o de dinero para construir, reparar, pertrechar o avituallar los buques o mantener la tripulación.

Asimismo, el artículo 1045 de la ley citada indica que se prescribirán en un plazo de cinco años las acciones reguladas en los supuestos que a continuación se expresan:

- ◆ Las acciones derivadas del contrato de Sociedad y de operaciones sociales por lo que se refiere a derechos y obligaciones de la Sociedad para con los socios, de los socios para con la Sociedad y de socios entre sí por razón de la Sociedad.
- ◆ Las acciones que puedan competir contra los liquidatarios de las mismas sociedades por razón de su encargo.

Por último se hace alusión al artículo 1046 de la ley sustantiva referida, la cual expresa que, tratándose de navíos, la acción para reivindicar la propiedad de un navío prescribe en diez años, aun cuando el que lo posea carezca de título legal o de buena fe. Sin embargo regula una restricción respecto de la calidad de una persona específica, así refiriéndose al capitán de un navío, dado que indica que no puede adquirir dicho navío a virtud de la prescripción. Este término, aunque se contempla en un lapso largo de tiempo es taxativo, lo que lo hace específico por el Código de Comercio.

Ahora bien, los términos específicos por la legislación mercantil son variados de acuerdo a cada ley y está depende de cada acto jurídico de que se trate; por ejemplo los siguientes:

- ◆ El artículo 165 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito indica que, la acción cambiara prescribirá en el término de tres años contados a partir del día de vencimiento de la letra.
- ◆ El artículo 175 de la Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas establece que, prescribirá la acción para exigir el cumplimiento de la

póliza de fianza a la Institución que corresponda, a partir de haber presentado la reclamación pertinente en tiempo y forma.

- ◆ El artículo 81 de la Ley sobre el Contrato de Seguro indica que, todas las acciones derivadas de un contrato de seguro prescribirán en cinco años tratándose de cobertura de fallecimiento en los seguros de vida y en dos años en todos los demás casos, en el segundo caso contados a partir de la fecha del acontecimiento que les dio origen.

En esta tesitura, cada ley en cualquier materia, tiene un término específico para que opere la prescripción sobre las diferentes tipos de acciones que prevén cada una de ellas, en caso de no contemplar plazo determinado, entonces se aplica el término general contemplado en el Código de comercio por ser de aplicación supletoria o en su caso el derecho común que prevé el mismo lapso de tiempo como término de prescripción general.

3.5. Interrupción de la prescripción.

Respecto de la interrupción a la prescripción, el Código de Comercio establece en el artículo 1041 que, la prescripción se interrumpirá por la demanda u otro cualquier género de interpelación judicial hecha al deudor, por el reconocimiento de las obligaciones, o por la renovación del documento en que se funde el derecho del acreedor, para lo cual se considera como no interrumpida por la interpelación judicial, si el actor desistiese de ella o fuese desestimada su demanda.

Así como se cuenta un término general y varios específicos de conformidad con leyes determinadas, para que tenga lugar la prescripción, también se contemplan, además de las formas de interrumpir el correr de la prescripción, descritas anteriormente, se expresan otras taxativamente hablando; por

ejemplo, el artículo 84 de la Ley sobre el Contrato de Seguro que indica que, además de los medios ordinarios de interrupción de la prescripción, se hará por el nombramiento de peritos en caso de que el siniestro ocurra, de igual forma tratándose de la acción de pago de la prima se interrumpirá la prescripción por el simple requerimiento de pago.

En esta tesitura, en materia civil el artículo 1169 del Código civil Federal establece que, las causas que interrumpen la prescripción respecto de uno de los deudores solidarios, la interrumpen también respecto de los otros, en cambio el Código Mercantil, tratándose específicamente de títulos de crédito, a pesar de no establecer expresamente disposición alguna referida a este punto, no es factible aplicar supletoriamente dicho precepto, pues se encuentra jurisprudencia al respecto con el rubro:

“PRESCRIPCIÓN, EXCEPCIÓN DE. SÓLO OPERA RESPECTO DEL CODEMANDADO QUE LA HACE VALER, NO ASÍ POR LOS DEMÁS, EN EL JUICIO EN QUE SE DEDUCE LA ACCIÓN CAMBIARIA DIRECTA: El principio que señala que lo accesorio sigue la suerte de lo principal no opera tratándose de las obligaciones derivadas de los títulos de crédito, cuya configuración y regulación específica se encuentra en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Así, la acción cambiaria de un título de crédito, nace de la naturaleza propia del título, por traer aparejada ejecución, merced al rigor cambiario que distingue a dichos títulos de otro tipo de documentos. En este orden de ideas, la prescripción de la acción cambiaria, como excepción procesal se encuentra sometida al principio de justicia rogada, ello porque la prescripción es una excepción perentoria que destruye una acción que tuvo existencia y como excepción que es debe ser opuesta por cada demandado. En tal virtud, si el acreedor deduce la acción cambiaria contra varios obligados conformándose un litisconsorcio pasivo voluntario, en la que por su naturaleza las defensas de las partes no deben considerarse uniformes respecto de todos los litigantes, ello hace comprensible que la excepción de prescripción prevista en la fracción X del artículo 8o. de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, sólo procede que la haga valer el interesado; así en el supuesto de que uno sólo de los demandados la oponga, no puede declararse extinguida la acción respecto de los demás codemandados, pese a existir un litisconsorcio pasivo voluntario.

CONTRADICCIÓN DE TESIS 71/95. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados del Vigésimo Segundo Circuito y Tercero en

Materia Civil del Primer Circuito y Primer Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito. 29 de septiembre de 1999. Cinco votos. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Téodulo Ángeles Espino.

Tesis de jurisprudencia 81/99. Aprobada por la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión de veintinueve de septiembre de mil novecientos noventa y nueve, por unanimidad de cinco votos de los señores Ministros: presidente Humberto Román Palacios, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

Ejecutorias: CONTRADICCIÓN DE TESIS 71/95.”

En el criterio sostenido por la Suprema corte de Justicia de la Nación, se hace énfasis a la acción cambiaria directa originada por un título de crédito, debido a que en este supuesto jurídico es aplicable, por lo tanto, queda explicado claramente que, se debe observar la regulación específica dictada por la ley que establezca los parámetros bajo los cuales se ceñirá el acto jurídico de que se trate, toda vez que debe ser tratado en concreto, es decir, de forma particular y en caso de no haber disposición legal expresa, entonces se aplicará supletoriamente la legislación que corresponda.

El efecto de la interrupción de la prescripción conforme al artículo 1175 de la Ley sustantiva Civil Federal es, inutilizar todo el tiempo corrido antes de ella, por lo tanto a partir de que opera la prescripción se debe poner en función la acción para reclamar el derecho de que se trate ante el Órgano Jurisdiccional competente, en la vía y forma adecuada, toda vez que si se desiste de la demanda por medio de la cual se reclama el cumplimiento de la obligación se tiene por no interrumpido el término de prescripción y continúa contándose el tiempo para que opere en plenitud.

3.6. Suspensión de la prescripción.

Respecto de la suspensión de la Prescripción, el Código de Comercio no establece regulación al respecto, pero cabe mencionar que el artículo 1165 del Código Civil Federal expresa que, la prescripción puede comenzar y correr contra cualquiera persona, sin embargo dicho ordenamiento establece ciertas

restricciones contempladas en el artículo 1166, en el que se menciona que la prescripción no puede comenzar ni correr en contra de los incapacitados, sino hasta que se le haya nombrado tutor conforme al Código Civil, asimismo el artículo 1167 del ordenamiento sustantivo Civil mencionado que establece en su fracción tercera que, la prescripción no comenzará ni correrá entre los incapacitados y su tutor o curador mientras dure la tutela; dichas disposiciones son opuestas a lo que dicta el artículo 1048 del Ordenamiento Mercantil sustantivo, que determina que opera la prescripción contra menores e incapacitados, esto a pesar de dejar a salvo los derechos de los mismos contra sus tutores en materia mercantil; por lo tanto la prescripción mercantil no se suspende y no es aplicable supletoriamente lo establecido por la ley sustantiva en materia civil.

Para efectos de este trabajo de investigación, es de total relevancia el artículo 578 del Código Civil Federal que establece que, durante la tutela no corre la prescripción entre el tutor y el incapacitado; con base en lo anterior, es evidente que la naturaleza del derecho de familia hace imposible que una norma perjudique a las personas vulnerables por causas naturales, con estos preceptos jurídicos se intenta dar una justicia equitativa; sobre todo a los menores de edad y los mayores de edad perturbados o disminuidos en su inteligencia debido a cualquier causa, lo cual los hace incapaces de gobernarse por sí mismos y por tanto dependen de un tercero para participar de la vida jurídica, a pesar de ello, las restricciones en materia civil, para la protección de las personas mencionadas no opera en materia mercantil al tratarse sobre la naturaleza del Derecho mercantil, pues es diferente a la familiar, toda vez que se refiere a personas con capacidad, habilidad y pericia para tratar negocios con fines de lucro. Sin embargo es necesario observar que, el incapacitado sea menor o sea mayor de edad privado de capacidad civil por cualquier causa de las determinadas en el artículo 450 fracción segunda del Código Civil Federal, está impedido para participar activamente en la vida jurídica, a pesar de ello está supeditado a que un tercero actúe en nombre de éste y por tanto su esfera

jurídica presenta dinamismo, es decir, la ley lo coloca en supuestos jurídicos que al darse en la vida real le convierten en blanco para que los efectos jurídicos que deriven de esos supuesto tengan consecuencias de derecho directamente en la esfera del incapacitado; verbigracia, el tutor que celebre, con la autorización correspondiente, un contrato de arrendamiento de un determinado inmueble propiedad del incapaz, al obtener las ganancias del contrato celebrado por el tutor, éstas serán aplicadas directamente para aumentar el patrimonio del incapaz.

Al respecto, Vázquez del Mercado expresa que, la disposición contenida en el artículo 1048 del Código Mercantil es, una “disposición que parece ilógica, pues los actos de los menores e incapacitados son inválidos, en tanto no se realicen por sus representantes legítimos, en cuyo caso se ejercita la acción por conducto de su representante”¹⁰¹; dado que los incapaces no pueden por virtud de su incapacidad participar en el campo del derecho, sino mediante un tercero calificado para tal efecto por la ley, es inverosímil que la prescripción corra contra estos, toda vez que las consecuencias de dicho precepto afectan directamente al incapaz, en ningún momento se ve mermado el tutor o curado en su patrimonio ni dañado en su persona, pero el incapacitado sí; por ejemplo, si un incapaz cuenta con la acción para reclamar el cumplimiento de un pagaré, pero por su impedimento no puede interponer demanda contra quien corresponda, el que está legalmente habilitado para reclamar el derecho en nombre y cuenta del pupilo es el tutor, en este caso el curador debe vigilar que el primero haga lo que corresponde y demande el cumplimiento ante quien corresponda, de lo contrario los dos estarían faltando a su función, respectivamente. Por consiguiente, si opera la prescripción en favor del deudor tanto por la negligencia del tutor como del curador, el único afectado resulta ser el titular del derecho debido a su incapacidad para exigir el cumplimiento de la obligación.

¹⁰¹ VÁZQUEZ DEL MERCADO, Oscar, Óp. Cit., pág. 162 y 163.

Ahora bien, si bien es cierto la prescripción en materia civil es supletoria a la mercantil, siempre que no contravenga alguna disposición expresa en el ámbito mercantil, también lo es que existen características similares si se trata como prescripción extintiva de forma general, para lo cual se alude la siguiente tesis emitida por la suprema Corte de Justicia de la Nación:

“PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA Y CADUCIDAD. DIFERENCIAS. Aun cuando la prescripción y la caducidad son medios extintivos de las relaciones jurídicas, por virtud del transcurso del tiempo, entre ellas existen diferencias notables, en cuanto a la materia sobre la que actúan, la previsibilidad de la duración del derecho sujeto a tales figuras, la finalidad perseguida con su regulación, la causa que las genera, el interés protegido por ellas, la disponibilidad de los derechos sujetos a prescripción y las particularidades del cómputo de los plazos en una y otra institución. La prescripción tiene como materia, por regla general, derechos subjetivos y, por ende, actúa en una concreta y particular relación jurídica con sujetos determinados, donde respecto de un objeto específico hay una correlación entre derecho-deber. La duración del derecho sujeto a prescripción es imprevisible, porque una vez que ha nacido y se ha hecho exigible, es difícil saber con certeza cuándo concluye, porque el plazo de prescripción se suspende cuando el ejercicio del derecho se encuentra obstaculizado, o bien, puede ser interrumpido, con el consecuente reinicio del plazo fijado en la ley (artículos 1166, 1167 y 1168 del Código Civil para el Distrito Federal). La finalidad de la prescripción es descrita por el autor Santoro Passarelli como la oportunidad de lograr la adecuación de una situación de hecho a una situación de derecho. Esto ocurre si un derecho subjetivo no se hace valer, por quien podría hacerlo, durante cierto tiempo (situación de hecho) entonces, ante tal impasibilidad, el derecho mismo es perdido por su titular (situación de derecho). La causa de la prescripción es subjetiva, consiste en la inercia del titular del derecho subjetivo, para hacerlo valer en el plazo que la ley prevé. De ahí que si el hecho causante de la prescripción es la inercia de su titular durante cierto tiempo, es explicable que no se pierdan por prescripción los derechos cuya pertenencia al sujeto no dependa de la voluntad de éste, así como que la existencia de situaciones y acontecimientos que den lugar a que la falta de ejercicio del derecho no tenga como causa la inercia voluntaria de su titular hayan de influir en el curso de la prescripción, lo cual debe tenerse presente para el cómputo del plazo. Es de llamar la atención que está prohibido renunciar al derecho de prescribir en lo sucesivo (última parte del artículo 1141 del Código Civil para el Distrito Federal). Esto se debe a que en la prescripción, el interés protegido es el interés público de que los derechos se ejerzan. Por ese motivo, la inactividad en que al respecto incurra su titular no debe exceder de determinado plazo, pues si el tiempo

fijado por la ley se cumple, surge a favor del sujeto pasivo de la relación jurídica, el derecho de disponer de lo que, como resultado de la inercia de dicho titular, ya le corresponde. En cuanto a la disponibilidad de los derechos sujetos a prescripción, ya se vio que si la causa que la origina es la inercia de su titular durante cierto tiempo, esto influye en que la institución no actúe en derechos que escapen a la voluntad del titular y, por ende, los derechos respecto a los cuales el titular no pueda disponer son imprescriptibles, pues si no dependen de su voluntad, ésta (expresada a través de la impasibilidad y el no hacer) no puede dar origen a su pérdida. Aunque no es admisible la renuncia al derecho de prescribir para lo sucesivo, en cambio, se permite la renuncia de la prescripción sobrevenida (primera parte del artículo 1141 del Código Civil para el Distrito Federal) esto es, no obstante la inercia del titular del derecho durante todo el plazo fijado en la ley para su ejercicio, con la consecuente extinción de la relación jurídica, si así lo decide la voluntad del sujeto pasivo, éste puede cumplir con lo que se obligó, ya que puede disponer de lo que por la adecuación de la situación de hecho a la situación de derecho, quedó dentro de su patrimonio. Ésta es la causa por la cual, en juicio seguido contra el obligado, no es admisible que el Juez invoque de oficio a la prescripción, sino que ésta sólo opera cuando es opuesta como excepción, pues depende de la voluntad del sujeto pasivo cumplir con la obligación contraída, o bien, disponer de lo surgido a su favor como resultado de la inercia de su contraparte. En la prescripción existen circunstancias que alteran el cómputo del plazo, porque lo impiden, suspenden o interrumpen. Se impide la prescripción mientras el derecho no pueda hacerse valer, tal como sucede cuando está sujeto a una condición suspensiva, o sólo existe la expectativa de un derecho. La prescripción se da cuando pese a que el derecho puede hacerse valer, su ejercicio está obstaculizado, ya sea por la condición jurídica en que se encuentra su titular (verbigracia, por su incapacidad legal para obrar, sin que se haya discernido su tutela, en conformidad con el artículo 1168 del Código Civil para el Distrito Federal), o por una especial conexión jurídica entre el titular del derecho y el sujeto pasivo (por ejemplo, entre ascendientes y descendientes, durante la patria potestad, respecto a los bienes a que los segundos tengan derecho conforme a la ley, en términos de la fracción I del artículo 1167 del Código Civil para el Distrito Federal). La prescripción se interrumpe, en conformidad con el artículo 1168 del Código Civil para el Distrito Federal, por la presentación de la demanda, por un acto del acreedor, apto para constituir en mora al deudor, o por el reconocimiento del derecho por parte del sujeto pasivo. A diferencia de la prescripción, cuyas notas fundamentales se han precisado, en la caducidad se advierten las siguientes características: En cuanto a la materia en que recae, por regla general, la caducidad actúa sobre una potestad (derecho potestativo) respecto de la cual limita su ejercicio al preciso plazo previsto en la ley, de manera que cuando éste fenece queda extinguida la posibilidad de que se haga valer. Se habla de derecho potestativo, en el sentido de que

atribuye a una persona la potestad de producir, mediante su declaración de voluntad, la creación, modificación o extinción de una relación jurídica, con eficacia hacia otros sujetos de derecho. Éstos no tienen propiamente la calidad de obligados, sino que están sometidos a tener que admitir los efectos que resulten del ejercicio del derecho potestativo, lo cual explica la necesidad de que en un tiempo preciso se conozca cuál es la situación jurídica que prevalece, como consecuencia de que tal potestad se ejerza o no. La potestad sujeta a caducidad tiene una duración prefijada (tanto tiempo, tanto derecho), por lo que el conocimiento de su momento inicial implica necesariamente el conocimiento del final; por eso se habla de caducidad, cuando la potestad se extingue por haber transcurrido el tiempo que tenía fijado taxativamente desde que nació. La finalidad de la caducidad no es la exigencia de conformar la situación de hecho a la situación de derecho, sino crear certidumbre jurídica. Responde a la necesidad de dar seguridad al tráfico jurídico. A diferencia de la prescripción, la causa de la caducidad no depende del hecho subjetivo de la inercia del titular del derecho durante cierto tiempo, sino del hecho objetivo de la falta de ejercicio de la potestad en el plazo fatal previsto por la ley. En cuanto al interés protegido, por regla general, la caducidad legal protege intereses superiores, aun cuando puede también establecerse excepcionalmente para tutelar un interés particular. Tocante a la disponibilidad, en la caducidad no se está ante derechos disponibles, en los cuales rija la autonomía de la voluntad, por consiguiente: a) No se admite la renuncia de la caducidad sobrevenida, y b) La caducidad admite ser invocada de oficio por el juzgador. Por regla general en la caducidad no influyen las dificultades para su ejercicio, por ello no hay causas de impedimento, suspensión e interrupción. Simplemente la potestad se ejerce o no. Por excepción, el inicio del plazo puede ser postergado por alguna circunstancia prevista expresamente en la ley. En el artículo 331 del Código Civil para el Distrito Federal se advierte un ejemplo de esta situación. Las referidas características se ejemplifican a continuación, en tres casos: 1. La impugnación de paternidad. No obstante que en conformidad con el artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal se presumen hijos de los cónyuges, los nacidos dentro de matrimonio, así como los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a su disolución, en el artículo 330 del propio ordenamiento se confiere al cónyuge varón la potestad de impugnar la paternidad, dentro de sesenta días contados desde que tuvo conocimiento del nacimiento. 2. La revocación de donaciones. En términos generales los contratos deben cumplirse; pero en atención a que el donante pudiera haber realizado el acto de liberalidad cuando no tenía hijos, en el artículo 2359 del referido ordenamiento, se prevé la potestad del donante para revocar la donación porque le haya sobrevenido algún hijo, dentro del plazo de cinco años de celebrado el contrato, fenecido ese plazo, sin que haya revocado la donación ésta se vuelve irrevocable. 3. El divorcio necesario en el ámbito federal. El artículo 278 del Código Civil Federal (así como los ordenamientos similares de las entidades federativas) confiere al

cónyuge que no haya dado motivo al divorcio, respecto a determinadas causas, la potestad de demandarlo dentro del plazo de seis meses, siguientes al día en que haya conocido de los hechos en que funda su pretensión. Como se puede observar, en los tres casos ejemplificativos, el derecho (potestativo) que se ejercita no es correlativo a una obligación. En esos casos, el hijo, la madre de éste, el donatario, el cónyuge culpable y en general toda persona que se vea afectada con el ejercicio de esas potestades, no tiene la calidad de obligados en relación a un determinado derecho subjetivo, sino que están sometidos a tener que sufrir los efectos resultantes del ejercicio del derecho potestativo. En cada caso la ley prevé el momento inicial del plazo para el ejercicio de la potestad, lo cual implica el conocimiento de su término. Sólo en el caso del desconocimiento de la paternidad, en el artículo 331 del Código Civil para el Distrito Federal se prevé la postergación del inicio del plazo, en el supuesto de que el cónyuge varón se encuentre incapacitado, hasta que haya salido de la tutela. Sin embargo, como ya se dijo, excepcionalmente, la ley prevé la postergación del momento inicial del plazo de caducidad, y este precepto es un claro ejemplo de ello. El interés protegido con la caducidad en esos casos atiende respectivamente, al interés superior de la estabilidad de la familia, al particular interés de proteger el patrimonio del donante cuando le ha sobrevenido un hijo, y al interés superior de que los matrimonios no se disuelvan fácilmente (según la concepción de la época en que se creó el precepto, al reconocerlo así la exposición de motivos). También se puede advertir que esos derechos potestativos pueden generar un sinnúmero de situaciones cuya existencia dependerá de que la potestad se ejercite o no. Una vez que vence el plazo fatal previsto en la ley, sin que se ejerza la potestad, se crea certidumbre en los derechos y situaciones jurídicas con las cuales está vinculada la potestad. Aplicado esto a los ejemplos resulta que: la calidad de hijo se torna indiscutible, se consolida la transmisión de la propiedad realizada por el donante antes de que le sobreviniera un hijo, y el matrimonio subsiste aun cuando en su momento uno de los cónyuges haya dado motivo para el divorcio. Lo hasta aquí expuesto hace patente las diferencias existentes entre la prescripción y la caducidad.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 456/2008. Rosa María Franco Martínez, su sucesión. 20 de febrero de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: Mauro Miguel Reyes Zapata. Secretaria: Leticia Araceli López Espíndola.

Nota: Por ejecutoria del 30 de marzo de 2011, la Primera Sala declaró inexistente la contradicción de tesis 293/2010, derivada de la denuncia de la que fue objeto el criterio contenido en esta tesis, al estimarse que no son discrepantes los criterios materia de la denuncia respectiva”

Del criterio anteriormente citado se establecen las características de la prescripción, que aunque éste indica las diferencias que existen entre la prescripción y otro término diverso del que se ocupa en la presente investigación, para fines de la misma, sólo se tomará en cuenta la postura de la prescripción extintiva:

- ◆ La prescripción tiene como materia, por regla general, derechos subjetivos. Esto es, existe una relación jurídica entre dos personas que son, el acreedor o titular del derecho y el deudor u obligado a cumplir determinada situación, que en el primer caso es un derecho para la persona y en el segundo se convierte en una obligación, la cual al hacerse exigible se presenta la posibilidad de que tenga lugar la prescripción.
- ◆ La duración del derecho sujeto a prescripción es imprevisible. En este sentido, se parte de un lapso de tiempo determinado para que se interponga como excepción por la parte interesada, sin embargo no se tiene certeza sobre cuando concluirá ese tiempo, debido a que es factible interrumpirse por disposición legal expresa, como lo es la demanda o el reconocimiento de deuda.
- ◆ La causa de la prescripción es subjetiva, consiste en la inercia del titular del derecho subjetivo, para hacerlo valer en el plazo que la ley prevé. De esta forma, solo depende del deudor hacerlo valer mediante excepción en el juicio procedente.
- ◆ En la prescripción, el interés protegido es el interés público de que los derechos se ejerzan. Por lo tanto, lo que verdaderamente se pretende con la figura jurídica de la prescripción es, que el acreedor haga valer su derecho, originado por cualquier causa, en este sentido, aunque parezca que se obliga al titular del derecho

en cuestión para que lo ejercite, dándole tiempo limitado para que lo haga y bajo la advertencia de que dicho derecho fenecerá si en el plazo estipulado si no ejerce; realmente se vela por que el acreedor tenga la posibilidad de obtener el cumplimiento por parte de la persona obligada, contando con la posibilidad de coaccionar legalmente al individuo deudor en caso de negarse a responder favorablemente al reclamante del derecho.

- ◆ En la prescripción existen circunstancias que alteran el cómputo del plazo, porque lo impiden, suspenden o interrumpen. En materia civil se aplica tanto la suspensión como la interrupción del plazo para que opere la prescripción, por lo contrario en materia mercantil solo tiene lugar la interrupción de dicho lapso de tiempo para que comience el plazo para que opere la prescripción. Respecto a ésta característica se deduce que, se impide la prescripción mientras el derecho no pueda hacerse valer, tal como sucede cuando está sujeto a una condición suspensiva, o sólo existe la expectativa de un derecho; por ejemplo, tratándose de materia mercantil, un pagaré que tiene fecha de vencimiento determinada no será exigible hasta en tanto no suceda esa fecha, es decir, existe solo la expectativa del derecho en caso de que el deudor no cumpla con el pago de la cantidad especificada y bajo las estipulaciones convenidas de común acuerdo.

El criterio jurisprudencial establece también que, la suspensión se da cuando pese a que el derecho puede hacerse valer, su ejercicio está obstaculizado, ya sea por la condición jurídica en que se encuentra su titular; verbigracia, por su incapacidad legal para obrar, sin que se haya discernido su tutela, de conformidad con el artículo 1168 del Código Civil para el Distrito Federal, o por una especial conexión jurídica entre el titular del derecho y el sujeto pasivo; por ejemplo, entre ascendientes y descendientes, durante la patria potestad,

respecto a los bienes a que los segundos tengan derecho conforme a la ley, en términos de la fracción I del artículo 1167 del Código Civil para el Distrito Federal. En este sentido, en materia civil se aplica completamente lo establecido respecto de la suspensión del término para que comience y corra la prescripción, empero tratándose de materia mercantil no tiene lugar la suspensión del término, es decir, no existen restricciones taxativas que indiquen que deba suspenderse la contabilidad del lapso de tiempo para que se verifique la prescripción; sino que al contrario los términos en materia mercantil resultan ser fatales por disposición expresa contenida en el artículo 1039 del Código de Comercio que dicta que, los términos fijados para el ejercicio de acciones procedentes de actos mercantiles, serán fatales, sin que contra ellos se dé restitución, por lo cual en el ámbito mercantil la prescripción es contundente y no existen consideraciones respecto de una suspensión de dicho término.

Con base en la tesis citada, la prescripción se interrumpe, de conformidad con el artículo 1168 del Código Civil para el Distrito Federal, por la presentación de la demanda, por un acto del acreedor, apto para constituir en mora al deudor, o por el reconocimiento del derecho por parte del sujeto pasivo. En esta tesitura, a pesar de que el criterio refiere en la ley sustantiva de aplicación supletoria en toda la República Mexicana, el Código Civil Federal lo contempla de la misma forma en el precepto legal 1168, pero en materia de comercio, el precepto 1041 de la ley sustantiva de la materia refiere que, la prescripción se interrumpirá por la demanda u otro cualquier género de interpelación judicial hecha al deudor, por el reconocimiento de las obligaciones, o por la renovación del documento en que se funde el derecho del acreedor; aclarando que se tiene por no interrumpido el plazo en caso de ser desestimada la demanda hecha por el acreedor.

Por último, se establece un cuadro con las diferencias de la prescripción entre materia civil y la mercantil.

DIFERENCIAS DE LA PRESCRIPCIÓN	
Civil	Mercantil
Se suspende la prescripción en causas determinadas. Artículo 1165.	No se suspende el término de prescripción bajo ninguna causa. Artículo 1048 CoCo.
No puede comenzar ni correr contra incapacitados. Artículo 1166 CCF.	Comienza y corre contra incapacitados. Artículo 1048 CoCo.
Existen término más cortos en materia civil.	Los términos en materia mercantil son más largos.
Existen derechos imprescriptibles. Verbigracia, artículo 1160 CCF, la obligación de dar alimentos es imprescriptible.	Toda acción tiene periodo de prescripción taxativamente determinado.
Contempla restricciones para que no comience ni corra la prescripción.	No establece restricción alguna respecto del comienzo de la prescripción.

Con base en lo anterior, se entiende que las diferencias entre la prescripción en materia civil y mercantil son determinativas para su aplicación, en la primera se contemplan situaciones como la suspensión que benefician a determinados sujetos por ser parte de un grupo vulnerable como lo son los menores de edad y los incapacitados mentalmente, y que solo cuentan con la protección de una persona capaz designada por ley o voluntariamente, pero con aprobación del juez competente para proteger los intereses de estos, en cambio en materia mercantil no opera esto, lo cual es un grave problema que trae consigo consecuencias de derecho perjudiciales para los sujetos a los que se dirige, dejándolos impedidos para actuar al respecto por ser incapaces en derecho común y quedando bajo el mando de otra persona, la cual velará por el patrimonio del incapaz, aunque realice actos mercantiles por naturaleza y quede sujeto al Código de Comercio y por tanto supeditado a las disposiciones

legales indicadas sobre prescripción mercantil, siendo estas perjudiciales y afectando gravemente la esfera jurídica del incapaz.

CAPÍTULO 4.

Consecuencias jurídicas por el inicio del término de la prescripción de las acciones en contra de los actos celebrados por el tutor del menor de edad, que vulnera su esfera jurídica, en materia mercantil, en México.

Debido a que en México la prescripción mercantil es una figura jurídica necesaria para el Derecho en cualquier ámbito de aplicación y en cualquier materia, regulando diversos tipos de actos jurídicos, esto bajo diferentes condiciones de contenido y forma, que si bien tienen un apoyo en la supletoriedad de la materia civil sustantiva, también contemplan distintos parámetros a seguir especificados por las leyes sustantivas que rigen el acto de que se trate.

4.1. Problemática de que inicie el término para que corra la prescripción de las acciones del menor de edad, en contra del tutor, en materia mercantil, en México.

La problemática de que el Código de Comercio establezca mediante disposición expresa que, la prescripción pueda comenzar y correr contra el menor de edad es que, al ser un sujeto vedado o impedido, en su capacidad de actuar por el Código Civil Federal por ser menor de edad, no puede participar en la vida jurídica por sí mismo, sino mediante un representante legal impuesto por ley, en materia mercantil no interesa si el menor cuenta con el apoyo de un tercero que proteja sus intereses, lo cual se ve reflejado en el precepto 1038 del Código de Comercio que hace permisible el comienzo de la prescripción por los actos celebrados por el tutor del menor y que perjudican su esfera jurídica sin restricción alguna; aun y cuando no es capaz de defenderse legalmente, por no poder actuar por sí mismo ante Tribunales.

A pesar de ello, la solución no es dotarlo de capacidad jurídica, pues en derecho esta se presume de acuerdo a la edad, al cumplir dieciocho años se da por hecho que la persona cuenta con la suficiente madurez y puede discernir entre lo positivo y negativo para tomar decisiones que traigan consecuencias de derecho. Al ser un concepto que implica no solo conocimiento jurídico para determinar si el menor que cumple con la edad mencionada es verdaderamente maduro para actuar con plena conciencia, sino que conlleva otras áreas diversas, lo cual lo hace complejo, por lo tanto no se pretende analizar si esa edad es la correcta para considerarlo apto de capacidad de ejercicio. Esta situación queda subsanada con la representación que el Derecho otorga mediante los procedimientos referidos de los Códigos sustantivo y adjetivos civiles.

Sin embargo, el verdadero problema es que la prescripción no se detiene, opera contra el menor tratándolo de forma igual a cualquier persona, pero no debe ser así por tratarse de un caso especial, un grupo vulnerable, dicho precepto mercantil estipulado no contempla ni siquiera alguna concesión especial para que se suspenda el término de prescripción en contra del menor de edad; por ejemplo, en el supuesto de que el menor participe en un procedimiento de cambio de tutor o cambio de curador, en el supuesto de que el menor no cuente con tutor designado o el anteriormente designado muera y se deba nombrar otro conforme a Ordenamiento Civil aplicable.

Es así, que el mayor problema es el tiempo, es decir, el lapso de tiempo que transcurre mientras el pupilo realiza cualquier procedimiento señalado en el ejemplo anterior, el periodo que tiene lugar mientras el menor de edad lo sea, aunado a esto se encuentra la complicidad del tutor y curador con un tercero deudor del infante para dejar correr la prescripción y no interrumpirla, creando así un fraude al impúber, engañando al Juez de lo familiar que, al no tener contacto directo con el infante y guiarse tanto en lo que dice el tutor como curador respectivos en la rendición de cuentas ante éste, asimismo ante el

Consejo Local de Tutelas que por la carga de trabajo y otros factores no puedan verificar la información obtenida por el representante del menor y su custodio, no hará nada respecto de dicha prescripción dando paso con esto a que, el menor se vea perjudicado en su persona y mermado en su patrimonio, dilapidado por su tutor.

Por consiguiente el tiempo que conlleven los procedimientos de cambio de tutor o curador, así como el que dure la tutela, prestándose al fraude del menor por el inadecuado desempeño del cargo de tutor, es imposible ejercitar ya que cuando el menor adquiera capacidad de ejercicio, lamentablemente la acción a ejercitar ya habrá prescrito, así entonces el tiempo será mal aplicado al término que necesite la acción para que opere la prescripción de acuerdo al derecho de que se trate, por tal motivo ese tiempo será inútil.

4.2. Consecuencias de que inicie el término para que corra la prescripción de las acciones del menor de edad, en materia mercantil, en México.

Las consecuencias por el inicio del término de prescripción contra los menores de edad en materia mercantil son diversas, tales como:

En primer lugar es una pérdida de tiempo, debido a que el menor de edad al situarse en el supuesto jurídico en el cual posea un derecho de crédito no podrá ejercitarlo por sí mismo debido a su falta de capacidad, únicamente podría detenerlo el tutor encargado de vigilar los bienes del pupilo, pero en caso de la omisión por parte de este, transcurrirá el tiempo necesario para que opere la prescripción en contra de los derechos del menor, por consiguiente se configurará dicho término en favor del deudor del menor; dando como resultado que, el periodo que se utilizará para que la prescripción se configure conforme a la ley que regule la acción de que se trate, será tiempo inservible y perjudicial

afectando así, directa y exclusivamente los intereses del menor, puesto que se verá mermado su patrimonio.

En segundo lugar, no se contempla cuidado en las negociaciones donde una parte sea un menor de edad. Esto es, en una negociación mercantil, si una parte es un menor de edad, éste será tratado como un igual ante su contraparte, por lo que ésta no empleará el cuidado suficiente para no perjudicar al menor, debido a que aunque merece un trato especial, la ley mercantil sustantiva no se lo otorga, debido a que tiene un tutor encargado de representarlo en los actos de comercio que realice el menor; por ejemplo, en el caso de que los padres del menor en cuestión se hayan dedicado en vida al comercio y dejen como herencia a éste sus negocios, el tutor tiene la obligación de velar por ellos, aumentando el patrimonio del menor y por consiguiente tratando sus negocios como sus padres lo hacían. En este tenor al tratar con el tercero con el responsable, parecería que es entre iguales, sin embargo el tutor tiene disposición sobre el menor y este por impedimento de incapacidad jurídica está vedado para actuar al respecto, dándose la posibilidad de que se realice fraude al menor.

En tercer lugar, no se respeta el Interés Superior del Menor, dado que La disposición legal contenida en el artículo 1038 del Código de Comercio va en contra de éste, pues dicho interés supremo garantiza el ejercicio de todos los derechos que corresponden al menor de edad por serlo, a pesar de ello el dispositivo en cuestión cohibe el ejercicio de sus derechos dando lugar a que opere la prescripción, es decir, con el precepto legal de la ley sustantiva mencionada se impide que el menor tenga la posibilidad de ejercer una determinada acción a que tenga legítimo derecho, originando como resultado que, dicho menor se vea perjudicado en su esfera jurídica con la pérdida del derecho de crédito en contra del deudor y por tanto se ve reflejado en la merma de su patrimonio.

Dado lo anterior, el artículo 1038 del Código de Comercio establece consecuencias perjudiciales para el menor de edad que no cuenta con capacidad jurídica y por tal motivo depende de otra persona para realizar cualquier acto jurídico necesario para su existencia, impedido así para participar en la vida jurídica sino mediante interpósita persona.

4.2.1. Afectación del interés superior del menor.

Primeramente, se debe definir lo que es el Interés Superior del Menor, para así entender cuál es la afectación que se provoca a éste, por lo cual se observa la siguiente tesis jurisprudencial:

“INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. FUNCIÓN EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL: En el ámbito jurisdiccional, el interés superior del niño es *un principio orientador de la actividad interpretativa* relacionada con cualquier norma jurídica que tenga que aplicarse a un niño en un caso concreto o que pueda afectar los intereses de algún menor. Este principio ordena la realización de una interpretación sistemática que, para darle sentido a la norma en cuestión, tome en cuenta los deberes de protección de los menores y los derechos especiales de éstos previstos en la Constitución, tratados internacionales y leyes de protección de la niñez. Cuando se trata de medidas legislativas o administrativas que afecten derechos de los menores, el interés superior del niño demanda de los órganos jurisdiccionales la realización de un escrutinio mucho más estricto en relación con la necesidad y proporcionalidad de la medida en cuestión.

Amparo directo en revisión 1187/2010. 1o. de septiembre de 2010. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Juan N. Silva Meza, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: Ana María Ibarra Olguín y Javier Mijangos y González.

Amparo directo en revisión 1005/2012. 12 de septiembre de 2012. Cinco votos de los Ministros Jorge Mario Pardo Rebolledo, José Ramón Cossío Díaz, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea; Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y Olga Sánchez Cordero de García Villegas reservaron su derecho para formular votos concurrentes. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

Amparo directo en revisión 3759/2012. 27 de febrero de 2013. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José

Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho a formular voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Disidente:

Olga Sánchez Cordero de García Villegas, quien reservó su derecho a formular voto particular.

Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretaria: Cecilia Armengol Alonso.

Amparo directo en revisión 583/2013. 11 de septiembre de 2013. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario:

Javier Mijangos y González.

Amparo directo en revisión 3248/2013. 22 de enero de 2014. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Disidente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Luz Helena Orozco y Villa. Tesis de jurisprudencia 18/2014 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada de veintiséis de febrero de dos mil catorce.

Esta tesis se publicó el viernes 28 de marzo de 2014 a las 10:03 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 31 de marzo de 2014, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.”

En esta tesitura, el Interés Superior del Menor es un principio imperante a toda norma, en todo ámbito y de mayor jerarquía, por lo tanto así debe ser tomado en cuenta para todo asunto que se pretenda resolver respecto de un menor, pues está consagrado en el artículo cuarto, párrafo noveno de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que a la letra reza:

“Artículo 4.- En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez...”

Por lo consiguiente este principio tiene carácter de garantía constitucional, así que debe ser acatado tanto por las autoridades, en el margen de sus competencias, como por los responsables de la guarda y custodia del menor, dado que en primera instancia son sus padres y al carecer de ellos el tutor y curador designado, asimismo por los órganos que tengan relación directa con un menor como lo son el Consejo Local de Tutela, Casas de Asistencia para menores desamparado o cualquier persona que ayude a un menor en ausencia de sus padres; esto se encuentra expresado en el párrafo décimo del precepto legal mencionado, que a la letra indica:

“Artículo 4.- Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.”

Como se puede observar esta es una obligación que deben obedecer las personas con la calidad mencionada, dado que la ley citada prevé que en ausencia de los padres del menor, se encargará de su cuidado un tutor determinado conforme a la Ley Civil sustantiva, asimismo un curador, quien se encargará de vigilar que el tutor cumpla con sus funciones con apego a derecho; ambos deben observar en plenitud el Interés Superior del menor, respetarlo y aplicarlo mientras duren sus respectivos cargos.

Por otra parte, la siguiente tesis jurisprudencial establece la facultad interpretativa del juzgador respecto al Interés Superior del menor:

“INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU FUNCIÓN NORMATIVA COMO PAUTA INTERPRETATIVA PARA SOLUCIONAR CONFLICTOS POR INCOMPATIBILIDAD EN EL EJERCICIO CONJUNTO DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS: “El interés invocado tiene la dimensión de ser una pauta interpretativa, aplicable para resolver aquellos contextos en los que se produzcan situaciones que hagan incompatible el ejercicio conjunto de dos o más derechos para un mismo niño. En estos casos, es el interés superior del menor, utilizado como pauta interpretativa, el que permite relativizar ciertos derechos frente a aquellos que constituyen el denominado "núcleo duro", para garantizar el pleno respeto y ejercicio de

los derechos que se consideran forman parte de ese núcleo dentro del sistema normativo, y con ello otorgar una protección integral al menor. Amparo directo en revisión 69/2012. 18 de abril de 2012. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío
Díaz. Secretaria: Teresita del Niño Jesús Lúcia Segovia”

Así entonces, la tesis referida emplea el término Interés Superior del Menor como una situación de hecho concreto a interpretar por el juzgador, pero de una forma única, es decir, al hablar de un núcleo duro de derechos y obligaciones se refiere a que el Interés Superior del Menor es considerado como vértice principal de donde derivan todos los derechos subjetivos de los que pudiera ser titular el menor y para ejercerlos de forma adecuada deben proteger el primordial, que es el mencionado Interés superior.

En este mismo sentido se encuentra la siguiente tesis emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual indica que el Interés Superior del Menor tiene una función normativa y lo visualiza como principio jurídico.

“INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU FUNCIÓN NORMATIVA COMO PRINCIPIO JURÍDICO PROTECTOR: “La función del interés superior del menor como principio jurídico protector, es constituirse en una obligación para las autoridades estatales y con ello asegurar la efectividad de los derechos subjetivos de los menores, es decir, implica una prescripción de carácter imperativo, cuyo contenido es la satisfacción de todos los derechos del menor para potencializar el paradigma de la "protección integral". Ahora bien, desde esta dimensión, el interés superior del menor, enfocado al deber estatal, se actualiza cuando en la normativa jurídica se reconocen expresamente el cúmulo de derechos y se dispone el mandato de efectivizarlos, y actualizado el supuesto jurídico para alcanzar la función de aquel principio, surge una serie de deberes que las autoridades estatales tienen que atender, entre los cuales se encuentra analizar, caso por caso, si ante situaciones conflictivas donde existan otros intereses de terceros que no tienen el rango de derechos deben privilegiarse determinados derechos de los menores o cuando en el caso se traten de contraponer éstos contra los de otras personas; el alcance del interés superior del menor deberá fijarse según las circunstancias particulares del caso y no podrá implicar la exclusión de los derechos de terceros. En este mismo sentido, dicha dimensión conlleva el reconocimiento de un "núcleo duro de derechos", esto es, aquellos derechos que no admiten restricción alguna y, por tanto, constituyen un

límite infranqueable que alcanza, particularmente, al legislador; dentro de éstos se ubican el derecho a la vida, a la nacionalidad y a la identidad, a la libertad de pensamiento y de conciencia, a la salud, a la educación, a un nivel de vida adecuado, a realizar actividades propias de la edad (recreativas, culturales, etcétera) y a las garantías del derecho penal y procesal penal; además, el interés superior del menor como principio garantista, también implica la obligación de priorizar las políticas públicas destinadas a garantizar el "núcleo duro" de los derechos.

Amparo directo en revisión 69/2012. 18 de abril de 2012. Cinco votos.

Ponente: José Ramón Cossío

Díaz. Secretaria: Teresita del Niño Jesús Lúcia Segovia”

Con base en la anterior tesis se sustenta primero que, el Interés Superior del Menor es una obligación para autoridades estatales, sin embargo lo es también para las Federales y en todo rango, pues es una disposición Constitucional, de esta forma debe ser respetada, acatada y obedecida, es decir, es de necesaria revisión en cualquier asunto relacionado con un menor de edad. Segundo, hace alusión a una protección integral, la cual partiendo de que el Interés Superior es un parte aguas para garantizar todos los derechos expresados por las leyes nacionales e internacionales respecto del infante en cuestión, es entonces un protección generalizada a todos esos derechos, esto es, al proteger el Interés Supremo se protegen lo menores derechos en una jerarquía que obedece en primer lugar a dicho Interés Superior del Menor y en segundo lugar a todos los demás de los que sea titular por contar con la capacidad de goce. Tercero, el Interés referido es el principal derecho que tiene el impúber, por lo tanto representa un deber para toda autoridad. Cuarto, los alcances y consecuencias que puedan llegar a derivarse del Interés Superior del Menor deben ser previstos por la autoridad competente, para que no interfiera con derechos de terceros. Por último, hace referencia a que este interés debe ser estudiado en cada caso en concreto, de forma particular y establecido para cada menor de acuerdo con las circunstancias, modo y características especiales del asunto a tratar donde tenga injerencia el menor.

Dado lo anterior, se cita por último la siguiente jurisprudencia

“INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONCEPTO: En términos de los artículos 4o., párrafo octavo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por México y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991; y 3, 4, 6 y 7 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, los tribunales, en todas las medidas que tomen relacionadas con los menores, deben atender primordialmente al interés superior del niño; concepto que interpretó la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia contenciosa aceptó el Estado Mexicano el 16 de diciembre de 1998) de la siguiente manera: "la expresión 'interés superior del niño' ... implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.

Amparo directo en revisión 908/2006. 18 de abril de 2007. Unanimidad de cuatro votos. Ausente:

José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Heriberto Pérez Reyes.

Amparo directo en revisión 1475/2008. 15 de octubre de 2008. Unanimidad de cuatro votos.

Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Dolores Rueda Aguilar.

Amparo en revisión 645/2008. 29 de octubre de 2008. Mayoría de cuatro votos. Disidente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jaime Flores Cruz.

Amparo directo en revisión 1187/2010. 1o. de septiembre de 2010. Cinco votos. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: Ana María Ibarra Olguín y Javier Mijangos y González.

Amparo directo en revisión 2076/2012. 19 de septiembre de 2012. Cinco votos. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Alejandro García Núñez.

Tesis de jurisprudencia 25/2012 (9a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada de veintiuno de noviembre de dos mil doce.”

Por consiguiente, el Interés Superior del Menor se traduce en, un principio rector a seguir para los juicios relacionados con un menor de edad, un imperativo supremo en jerarquía que debe ser obedecido por toda autoridad, con la finalidad de garantizar la ejecución efectiva de los derechos del menor, así su desarrollo en todos los aspectos y por lo tanto su bienestar. Estableciendo de esta forma, que las leyes deben dictarse de modo que no interfieran el ejercicio de algún derecho del menor, que no obstaculicen la

administración de justicia en cualquier acto jurídico en el que participe el infante.

Sin embargo; el artículo 1038 del Código de Comercio, es óbice para que el menor pueda tener un desarrollo adecuado, esto es, al permitir que la prescripción corra contra el menor, quien está impedido de capacidad, supeditado a merced del tutor y curador en menor grado y por lo tanto en un estado de indefensión frente a un tercero, al actualizarse la prescripción refleja una merma en el patrimonio del infante, lo cual afecta directamente la calidad de vida del menor, así su derechos a la alimentación y demás relacionados con este.

4.2.2. Estado de indefensión del menor de edad, por el inicio inmediato de la prescripción de las acciones mercantiles a que tiene derecho.

El menor de edad al ser incapaz para participar en la vida jurídica, así como celebrar actos jurídicos diversos por sí mismo, lo coloca en un estado en el que no puede defenderse de cualquier situación que el derecho le imponga, trayendo como consecuencia un daño que se ve reflejado principalmente en su patrimonio, debido a estar supeditado a la voluntad de otra persona que la ley le impone como tutor.

Dado que el Código Civil Federal le otorga al menor de dieciséis años la potestad de poder tomar algunas decisiones como lo son; el elegir a la persona que desempeñara la tutela dativa en caso de no haberla por testamento, ni legítima conforme al artículo 496 de la mencionada ley, asimismo a designar curador de acuerdo al artículo 624 del mismo ordenamiento, en general se le da cierta capacidad o grado de capacidad al menor de dieciocho años pero mayor de dieciséis, debido a que se presume que el grado de madurez y discernimiento por parte del infante es adecuado para tomar cierta responsabilidad en la toma de decisiones que afectarán su estatus jurídico.

Sin embargo, esta facultad es solo para los menores de edad que se coloquen en la edad referida, no así con los menores de dieciséis años, pues estos no cuentan con esa posibilidad, a pesar de ello su esfera jurídica es afectada de diversas maneras; por ejemplo, en materia civil cuando el tutor vende algún inmueble, con la autorización pertinente, las ganancias se aplican al patrimonio del impúber, de este modo se ve beneficiado con la decisión que tomo el responsable de dicho menor, pero también se ve afectado negativamente por decisiones mal empleadas, en las cuales podría verse mermado su patrimonio.

Con base en lo anteriormente señalado, es factible preguntar ¿qué sucede con los menores de edad que no cumplen con el requisito de edad mencionado, pero que a pesar de todo se verán afectados en su esfera jurídica?; se tiene la creencia de que deberían por lo menos ser consultados al respecto, siempre y cuando presenten un grado de discernimiento y por ende madurez adecuado a criterio del Juez competente para hacerlo.

En apoyo a este argumento se hace mención de la siguiente tesis:

“DERECHO DE LOS MENORES DE EDAD A PARTICIPAR EN LOS PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES QUE AFECTEN SU ESFERA JURÍDICA. LINEAMIENTOS PARA SU EJERCICIO: Las niñas y los niños, como titulares de derechos humanos, ejercen sus derechos progresivamente, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía, lo que se denomina "adquisición progresiva de la autonomía de los niños", lo cual conlleva que actúen durante su primera infancia por conducto de otras personas -idealmente, de sus familiares-. Así, el derecho de las niñas y los niños a participar en procedimientos jurisdiccionales que puedan afectar su esfera jurídica se ejerce, también, progresivamente, sin que su ejercicio dependa de una edad que pueda predeterminarse en una regla fija, incluso de índole legal, ni aplicarse en forma generalizada a todos los menores de edad, sino que el grado de autonomía debe analizarse en cada caso. Ahora bien, la participación de los niños en procedimientos jurisdiccionales reviste una doble finalidad, pues, al reconocerlos como sujetos de derecho, logra el efectivo ejercicio de sus derechos y, a la vez, se permite que el juzgador se allegue de todos los elementos que necesite para forjar su convicción respecto de un determinado asunto, lo que resulta fundamental para una debida tutela

del interés superior de la infancia. En este sentido, los lineamientos que deben observarse para la participación de niñas y niños dentro de cualquier procedimiento jurisdiccional que pueda afectar su esfera jurídica son: (1) para la admisión de la prueba debe considerarse que: (a) la edad biológica de los niños no es el criterio determinante para llegar a una decisión respecto a su participación dentro de un procedimiento jurisdiccional, sino su madurez, es decir, su capacidad de comprender el asunto, sus consecuencias y de formarse un juicio o criterio propio; (b) debe evitarse la práctica desconsiderada del ejercicio de este derecho; y, (c) debe evitarse entrevistar a los niños en más ocasiones de las necesarias; (2) para preparar la entrevista en la que participarán, se requiere que sean informados en un lenguaje accesible y amigable sobre el procedimiento y su derecho a participar, y que se garantice que su participación es voluntaria; (3) para el desahogo de la prueba, la declaración o testimonio del niño debe llevarse a cabo en una diligencia seguida en forma de entrevista o conversación, la cual debe cumplir con los siguientes requisitos: (a) es conveniente que previamente a la entrevista el juzgador se reúna con un especialista en temas de niñez, ya sea psiquiatra o psicólogo, para aclarar los términos de lo que se pretende conversar con el niño, para que a éste le resulte más sencillo de comprender y continuar la conversación; (b) la entrevista debe desarrollarse, en la medida de lo posible, en un lugar que no represente un ambiente hostil para los intereses del niño, esto es, donde pueda sentirse respetado y seguro para expresar libremente sus opiniones; (c) además de estar presentes el juzgador o funcionario que tome la decisión, durante la diligencia deben comparecer el especialista en temas de niñez que se haya reunido con el juzgador y, siempre que el niño lo solicite o se estime conveniente para proteger su superior interés, una persona de su confianza, siempre que ello no genere un conflicto de intereses; (d) en la medida de lo posible, debe registrarse la declaración o testimonio de las niñas y niños íntegramente, ya sea mediante la transcripción de toda la diligencia o con los medios tecnológicos al alcance del juzgado o tribunal que permitan el registro del audio; (4) los niños deben intervenir directamente en las entrevistas, sin que ello implique que no puedan tener representación durante el juicio, la cual recaerá en quienes legalmente estén llamados a ejercerla, salvo que se genere un conflicto de intereses, en cuyo caso debe analizarse la necesidad de nombrar un tutor interino; y (5) debe consultarse a los niños sobre la confidencialidad de sus declaraciones, aunque la decisión final sea del juzgador, para evitarles algún conflicto que pueda afectar su salud mental o, en general, su bienestar. Finalmente, es importante enfatizar que en cada una de estas medidas siempre debe tenerse en cuenta el interés superior de la infancia por lo que no debe adoptarse alguna determinación que implique perjuicio para los niños, más allá de los efectos normales inherentes a su participación dentro del procedimiento jurisdiccional.

Amparo directo en revisión 2159/2012. 24 de abril de 2013. Mayoría de tres votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz y Jorge Mario Pardo Rebolledo; José Ramón Cossío Díaz reservó su derecho para formular voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González”

Bajo este criterio, se rescatan determinados puntos que son de suma importancia para expresar que un menor de edad debe ser tomado en cuenta en cualquier procedimiento jurisdiccional que se lleve a cabo y que tenga como finalidad afectar la esfera jurídica del menor, dichos puntos son los siguientes:

- ◆ El grado de autonomía refleja el discernimiento y la madurez que el infante posee, de acuerdo con las condiciones especiales que ha vivido, la forma de analizar y ejecutar sus propios actos; por lo que cada caso en concreto debe estudiarse por separado sin ninguna relación o presunción. Además de hacerlo de forma particular apegado a las acciones, experiencias, educación y cualquier factor que el infante presente.
- ◆ La doble función de que se habla en la tesis precedente es elemental, toda vez que si bien es cierto al menor de edad se le reconoce como persona desde su concepción conforme al artículo 22 del Código Civil Federal y por tanto desde esa fecha le es reconocida la capacidad de goce para detentar derechos y obligaciones, también debe vigilarse, así como protegerse la forma de ejecutar efectivamente dichos derechos, debido a la ausencia de capacidad de ejercicio. Aunado a esto, el juzgador tiene la posibilidad de obtener más información sobre el asunto a tratar, por lo que podrá resolver con un criterio amplio y cercano a lo justo de la ley.
- ◆ Por último, las reglas específicas como el lenguaje sencillo, la forma de explicarle al menor la situación en la que se encuentra, darle

seguridad, confianza y en general cualquier medida necesaria para procurar que el menor no se vea afectado de ninguna forma; dichas reglas bajo las cuales debe declarar el menor son estrictas y complicadas al intentar proteger el interés superior del menor, pero es importante protocolizarlas y aplicarlas de forma efectiva ya que garantizan una adecuada protección al menor y su derecho a ser escuchados, es decir, tomados en cuenta en decisiones que afectan su esfera jurídica.

Con base en lo anterior, es necesario hacer notar que el Interés Superior del Menor es un principio rector que debe ser aplicado efectivamente por el juzgador en el caso concreto de que se trate, aunque para ello deba tomar ciertas consideraciones, establece determinadas reglas y en general tomar precauciones específicas para hacer valer dicho interés. De esta forma el menor de edad podrá ser tomado en cuenta para las decisiones que finalmente afectarán de un modo perjudicial o benéfico su esfera jurídica, independientemente de la edad que tenga, si es que presenta discernimiento y por ende madurez suficiente a discreción de Juez competente, para participar en la toma de ciertas decisiones que se verán reflejadas directamente en su persona y en su patrimonio. De esta misma forma, se hace notar la manera de tratar a un menor de edad, pues al ser persona se le debe respetar su derecho a la administración de justicia, lo cual queda subsanado al dársele la posibilidad de integrarse al procedimiento de una forma, por demás especial, pues no puede ser tratado como una persona mayor de edad, con capacidad jurídica suficiente para realizar actos jurídicos por sí mismo, a pesar de lo cual, recibe consecuencias de derecho por actos celebrados por un tercero encargado de su protección.

4.3. Propuesta para suspender el término de la prescripción de las acciones del menor de edad, en materia mercantil.

Toda vez que, como se ha manejado en la presente investigación, no existe suspensión del término para que comience o para que corra la prescripción contra ninguna persona, en forma general, ni contra personas vulnerables por tener impedimentos legales, en forma particular, como lo son los menores de edad. Primeramente se hace la referencia a que el impúber, no cuenta con la capacidad de ejercicio para ejecutar por sí mismo las decisiones que le conciernen respecto a las situaciones de derecho que se le presenten, no puede actuar en el campo legal más que por medio de un representante que, en primera instancia resultan ser sus padres, pero a falta de ambos progenitores, el derecho estipula que se le nombrará un representante voluntario o impuesto por la ley de conformidad con los procedimientos especificados por el Código sustantivo y adjetivo civil. Sin embargo no se confía en la figura jurídica del tutor de forma exclusiva, sino que se imponen otras que son el curador, encargado de vigilar al tutor en su desempeño, además del Consejo Local de tutelas y la máxima autoridad en cuestiones de tutela y curatela que es, el Juez de lo Familiar, resultando competente para resolver cualquier situación al respecto presentada ante él.

Aun así con todos los órganos especificados por la ley para la protección de menor de edad se tiende a restringir al menor en su actuar jurídicamente hablando, porque se estipula la edad como requisito para participar en la vida jurídica, dado que refleja la madurez y discernimiento de lo positivo y negativo en el bienestar del infante, pero lo que tiende a pasar en la vida práctica es el engaño por parte del tutor, quien dilapida la fortuna del impúber, incluso con complicidad del curador, realizan fraude al menor en cuestión, pues ambos son los únicos encargados de la vigilancia del menor en su persona y en su patrimonio, ya que si bien es cierto que se presenta un informe anual sobre el patrimonio del menor, este es presentado por el tutor

con aprobación del curador ante el Juez de lo Familiar y el Consejo referido, pero estos últimos no tienen posibilidad de obtener más información que la dada por los dos primeros, por lo que tanto el tutor como el curador tienen la disponibilidad absoluta del patrimonio del infante.

A pesar de ello no es factible otorgarle capacidad jurídica al menor, puesto que el discernimiento y la madurez en su actuar no reflejan una edad determinada, es decir, al ser un campo amplio en el que no solo el ámbito del derecho debe inmiscuirse, sino que se requiere del criterio oportuno de otras áreas como la siquiatria, psicología, pedagogía, la biología, la medicina, en fin de muchas otras materias para determinar que un individuo es completamente capaz de actuar de forma adecuada para conseguir su bienestar; por lo tanto se le debe proteger de una mejor forma al menor.

Con base en todo lo abordado y explicado por la sustentante de este trabajo de investigación, se argumenta finalmente que, es necesaria una reforma al artículo 1048 del Código de Comercio vigente, debido a que estipula la permisibilidad para que la prescripción comience a correr en contra de menores de edad, sin aclarar que se procederá hasta que se le haya discernido la tutela, esto es, no interesa que el menor este bajo la tutela de una persona capaz para hacerse responsable de los actos legales que afecten la esfera jurídica del menor. A diferencia de materia civil en la que existe disposición expresa para que no comience ni corra la prescripción, no solamente hasta que se nombre tutor y curador en el juicio correspondiente, sino que durante el desempeño de esta queda prohibido que corra la prescripción, es decir, el tiempo que dure la tutela no formará parte del que deba contarse como lapso de tiempo para que opere la prescripción.

Es por esto que existe la necesidad de modificar la estipulación del precepto 1048 del Código sustantivo de la materia, con la finalidad de suspender el término hasta que el infante cumpla la mayoría de edad, de forma que

comience a correr a partir de haber cumplido los dieciocho años, es decir, que el tiempo, durante el cual el infante no tenga la edad mencionada no forme parte del periodo que comprenda la prescripción, sino que una vez cumplido la mayoría de edad comience a contarse el tiempo para que corra la prescripción de cualquier acción en la que el menor tenga participación a su favor.

Es necesario hacer mención de la posible incongruencia de la prescripción a favor del deudor, ya que una de las situaciones que se busca es la certeza jurídica de no estar esperando a que el acreedor desee hacer efectiva la deuda, además de velar por el interés social de que el titular del derecho lo haga valer en el campo jurídico; sin embargo, este es un caso especial, es decir, una excepción a la regla general, debido a que se trata de una persona en un estado vulnerable frente a cualquier otra, ya que es un incapaz jurídicamente, por lo cual requiere el apoyo de un tercero, que en un determinado caso puede resultar ser un tercero extraño que por disposición legal deba cuidar del incapaz y éste a su vez deba fiarse de dicho tercero para poder participar en el campo del derecho, celebrar actos jurídicos diversos y hacer valer efectivamente las acciones que deriven de sus derechos, cuidando así su patrimonio y su persona misma.

4.4. Reforma al artículo 1048 del Código de Comercio vigente en la República Mexicana.

Debido a lo expuesto y fundamentado en este trabajo de investigación, es necesario entender que la prescripción extintiva en materia mercantil tiene tanto efectos negativos como positivos, sin embargo es factible aplicarla en cualquier caso concreto siempre y cuando se trate de iguales, esto es, personas con la misma capacidad jurídica uno frente al otro, no es posible hacerlo cuando una de las partes es un menor de edad puesto que no goza de las mismas

facultades que su contraparte, además de no estar en un mismo plano de igualdad jurídica depende de un tercero para ejercitar la acción de la prescripción a su favor o para defenderse de los efectos perjudiciales que pudieran ocasionarle. Por todo lo anterior es necesaria una reforma al artículo 1048 del Código de Comercio, para lo cual se expresa la siguiente:

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.

Actualmente el precepto 1038 del Código de Comercio establece que “la prescripción correrá contra menores de edad...quedando a salvo los derechos de estos para repetir contra sus tutores”... por tal motivo es necesario desglosar esta parte sumamente importante del artículo mencionado, comience a correr y contar el tiempo, durante el cual se configurará la prescripción extintiva en materia mercantil contra los menores de edad, quienes no tienen capacidad jurídica por no cubrir los requisitos señalados por la ley; por consiguiente se encuentran en un estado de vulnerabilidad en comparación con las personas mayores de edad, esto ocasiona que dichos mayores no tengan la precaución necesaria para contratar o celebrar actos jurídicos en donde una de las partes es un menor de edad. Asimismo el que dicho infante se encuentre bajo tutela de otra persona que puede ser un extraño para él, hace posible que se dé el fraude del menor, pues el tutor en complicidad con el curador y un tercero actúan sin el consentimiento de éste para celebrar negocios jurídicos donde el menor resulte acreedor perjudicado; por ejemplo, el artículo 556 del Código de Comercio establece la posibilidad de que el menor de edad se dedique a ejercer el comercio heredado por sus progenitores, a través de su tutor en caso de que falten sus padres, por consiguiente quien debe responsabilizarse de ejecutar todos los actos tendientes a realizar dicho cometido es el tutor, sin embargo a quien se beneficia o perjudica directamente es al menor de edad; por ejemplo en una venta realizada a favor del menor, sobre mercancías diversas de acuerdo al comercio específico a que se dedicaran sus padres, en este supuesto podría darse el caso de que se firmara un título de crédito a favor del

menor de edad, debido a la ley, el tutor es quien está facultado para ejercitar el derecho consagrado en éste, pero en caso de no hacerlo oportunamente la prescripción tendría lugar por el simple transcurso del tiempo, dado que tanto el tutor como el curador, conocen la situación peculiar del menor en el comercio y por consiguiente saben que no podrá impedirlo a causa de su falta de capacidad, conspiran en su contra dejando pasar el tiempo sin hacer nada al respecto, configurándose así la prescripción negativa en contra del menor; es así que éste, se ve afectado en su esfera jurídica y por lo tanto mermado en su patrimonio.

El precepto del Código sustantivo citado expresa que, el menor podrá repetir contra su tutor o curador, a pesar de ello, esto implica que el menor deberá esperar más tiempo para poder hacer efectivas sus acciones, dado que por ser incapaz no podrá demandar ni reclamar absolutamente nada a su tutor hasta en tanto no se libere de la tutela; es decir, el infante deberá esperar hasta cumplir la mayoría de edad o en su caso realizar un procedimiento para cambiar de tutor, por supuesto con los requisitos y bajo las disposiciones que establece del derecho común, para después exigir cuentas a su tutor por su mal desempeño, lo cual da como resultado que el tiempo transcurra sin poder suspender el término prescrito de acuerdo a la acción de que se trate específicamente, así configurándose la prescripción extintiva en materia mercantil, resultando en perjuicio, exclusivamente, del menor de edad.

Finalmente, todos los procedimientos realizados, actos jurídicos celebrados por el tutor del menor, el desempeño vigilado por su curador y en general todo lo relacionado con el menor de edad es revisado por el Juez de lo Familiar así como por el Consejo de Tutelas, sin embargo el dispositivo 1048 del Código de Comercio es materia mercantil, fuera de la competencia del Juez en cuestión, por lo tanto quien deberá aplicarla será un Juez civil, el mismo tendrá que seguir taxativamente la ley, pues al estar de forma literal en la ley sustantiva de la materia no podrá fijar su propio criterio o imponer opinión alguna en contra de

lo establecido en una ley que es Federal, así como la principal en jerarquía de normas, tratándose de materia mercantil. Con base en todo lo anterior se hace la siguiente:

PROPUESTA DE REFORMA al precepto 1048 de la ley sustantiva citada, para quedar de la siguiente forma:

“Artículo 1048. La prescripción en materia mercantil correrá **contra cualquier persona incluso** contra los incapacitados, quedando a salvo los derechos de éstos para repetir contra sus tutores o curadores, **excepto contra los menores de edad que estén bajo tutela, cuya prescripción correrá a partir de que cumplan la mayoría de edad”**.

TRANSITORIOS:

ÚNICO: La reforma al artículo 1048 del Código de Comercio, contenida en el presente decreto, entrará en vigor a partir del día hábil siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

4.4.1. Beneficios.

Las ventajas o beneficios de la propuesta de reforma que se hace en esta investigación, respecto al artículo 1048 del Código de Comercio son las siguientes:

- ◆ Trae como consecuencia directa el ahorro de tiempo para el menor de edad, debido a que lo coloca en la posibilidad de adquirir con el tiempo no solo la mayoría de edad, sino el discernimiento y la madurez

necesaria para tomar conciencia de los alcances, así como las consecuencias jurídicas de las decisiones que tome.

- ◆ Extremo cuidado al negociar con menores de edad. Esto es, toda persona que celebre cualquier acto con el representante legal de un menor de edad, deberá tomar las precauciones necesarias para no caer en el supuesto mencionado, de forma que tomará con más sigilo y sumo cuidado el trato con el responsable del infante.

- ◆ Protección directa al interés superior del menor. Al presentarse el precepto legal vigente como esta, se presta al fraude del menor debido a que pudiese darse la complicidad entre el tutor y el curador para obtener ganancias a costa de la merma del patrimonio del pupilo. En cambio con la reforma se deja al arbitrio del infante la toma de decisiones, salvaguardando y garantizando el efectivo cumplimiento las acciones a que tiene derecho, derivada de la celebración de algún acto jurídico realizado por su tutor.

- ◆ De forma indirecta tiene repercusión en el desempeño del cargo de la tutela por parte de quien deba ejercerla, ya sea un familiar o un tercero extraño al menor de edad; toda vez que el tutor deberá tener más cautela al tomar posesión del cargo y durante el tiempo que se ostente con esta calidad, no solo respecto de la persona del infante, sino también de sus bienes y negocios, así como de todos y cada uno de los actos jurídicos que celebre respecto de cualquier materia.

CONCLUSIONES.

PRIMERA. El texto actual del precepto 1048 del Código de Comercio, perjudica al menor de edad al permitir que la prescripción se configure en su contra, dado que vulnera gravemente su esfera jurídica, ya que éste no podrá detenerla por sí mismo debido a su falta de capacidad, aun y cuando presente una madurez suficiente en su actuar para la toma de decisiones.

SEGUNDA. El artículo 1048 del Código de Comercio pretende salvaguardar el derecho de crédito del incapaz al darle la oportunidad de repetir acción contra su tutor, sin embargo esto será cuando dicho menor cuente con la mayoría de edad y por ende con la capacidad suficiente para demandar al responsable de sus perjuicios, a pesar de lo cual, en el tiempo transcurrido hayan prescrito las acciones del menor de edad dando como resultado la imposibilidad de éste para reclamar lo que por derecho le corresponde.

TERCERA. Hoy en día es común que, el menor sufrá en caso de conflicto de intereses entre tutor y curador, pero el artículo 1048 de la ley sustantiva mencionada lo perjudica aún más, puesto que el tiempo en el cual se dirimen y aclaran los intereses de los primeros en beneficio del menor de edad, es tiempo que dicho menor no podrá recuperar al no detener la prescripción en asuntos mercantiles.

CUARTA. El menor de edad se encuentra en desventaja respecto de la prescripción en cualquier negociación mercantil, ya que éste no puede suspender ni detener el tiempo para que no se configure la prescripción, dando como resultado la imposibilidad de recuperar sus ganancias o similares sobre dicha negociación.

QUINTA. El incapaz se ve profundamente afectado frente a cualquier tercero en juicio, al no tener capacidad para oponer la excepción de prescripción sobre un asunto mercantil que le beneficie, siendo condenado a pagar y viéndose mermado en su patrimonio, por actos que realizó su tutor y que el menor desconocía.

SEXTA. Es clara la distinción entre derecho familiar y mercantil, sin embargo existe una estrecha relación al tratarse de un caso donde una parte es un menor de edad, dado que son competencias diferentes, conocen jueces diferentes, el juez civil que conoce de un asunto en el que está involucrado un menor no puede violar el precepto 1048 del Código de Comercio para proteger el derecho de crédito del menor o en su caso para beneficiarle concediéndole la prescripción a su favor, si no cumple con los requisitos de ley estipulados.

SÉPTIMA. El texto vigente y literal del artículo 1048 del Código de comercio tiene consecuencias negativas para el menor de edad, toda vez que, aunque otorgue la posibilidad de repetir contra su tutor o curador, deberá esperar estar en condiciones de demandar, además de ser un proceso que conlleva bastante tiempo, lo cual lo hace complejo para el menor, quien será el único con una afectación directa a su patrimonio.

OCTAVA. Es necesario reformar el artículo 1048 del Código de Comercio debido a que, el menor se ve mermado en su patrimonio ya que al configurarse la prescripción en su contra, aunque reclame por vía legal sus derechos, dicha demanda no surtirá efectos ya que al no interrumpir el lapso de tiempo para que ésta opere, la contraparte podrá hacerla valer en juicio de forma que el juez no podrá conocer del fondo del asunto en cuestión y el menor no podrá recuperar lo debido por el tercero.

NOVENA. Es urgente la reforma presentada en la investigación, toda vez que el menor de dieciocho años no es tratado con justicia, dado que es incapaz no cuenta con las mismas oportunidades de igualdad ante tribunales que cualquier persona mayor de edad, aún más ya que éste depende de la voluntad de otra persona, de la pericia con que dirija su cargo y represente al menor ante cualquier asunto.

DÉCIMA. La reforma presentada es un aliciente en materia mercantil, pero lo es aún más en materia de derecho familiar, debido a que refleja como consecuencia indirecta que el tutor deberá tener demasiada cautela en las diligencias a realizar para representar al menor de edad, además de la vigilancia del curador, del Juez de lo Familiar y del Consejo de Tutelas, lo cual es un control más estricto respecto del cargo del tutor en su desempeño.

DÉCIMA PRIMERA. La reforma al artículo 1048 presenta como consecuencia directa en beneficio del menor de edad que, éste contará con el tiempo suficiente para obtener la mayoría de edad y con ella la madurez, así como discernimiento necesario para tomar decisiones que afecten de manera positiva su esfera jurídica, dando como resultado que, el menor cuente con la misma igualdad jurídica que cualquier tercero con el que tenga negociaciones mercantiles, además de la protección directa y de forma efectiva al Interés Superior del Menor.

DÉCIMA SEGUNDA. Con el texto que se propone al precepto 1048 del Código de Comercio no se vulnera en ningún momento el derecho de crédito de cualquier tercero, así tampoco se irrumpe en las negociaciones en las cuales una parte sea un menor de edad, dado que lo único que hace es poner al infante en condiciones iguales al del tercero con capacidad legal plena. Dando como resultado una negociación justa y conforme a derecho sin vulnerar los derechos de ninguno, además de proteger al incapaz de cualquier engaño o fraude.

DÉCIMA TERCERA. El dispositivo 1048 del Código de Comercio que establece que la prescripción mercantil corra contra menores de edad viola la esfera jurídica del menor, pues lo deja en un estado de indefensión al no contar éste con capacidad suficiente para detenerla, así como ser dependiente de un tercero denominado tutor, sin importar toda la vigilancia que se vuelque contra el tercero para impedir que se perjudique al incapaz, pues a pesar de esto el menor en cuestión se ve mermado en su patrimonio.

DÉCIMA CUARTA. La disposición legal constituida en el Código de Comercio, que permite que corra y que inicie la prescripción negativa contra el menor de edad afecta seriamente el Interés Superior del Menor, debido a que impide la protección máxima que consagra dicho interés sobre el menor de edad, dando como resultado que, al aplicarse dicha norma mercantil el menor se vea gravemente defraudado por su tutor, curador y cualquier tercero.

DÉCIMA QUINTA. La reforma planteada al artículo 1048 del Código de Comercio es beneficiosa en todos los sentidos al suspender el término para que inicie la prescripción contra el menor de edad, considerado incapaz por el derecho común por no contar con los elementos necesarios establecidos por el mismo ordenamiento. Dicha reforma garantiza la protección a los derechos del menor, el respeto al Interés Superior del menor y en general la máxima protección que la ley pueda brindarle a un incapaz de su naturaleza.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS:

- ALAS, Leopoldo, Et. Al, De la Prescripción Extintiva, España, 1918.
- BAQUEIRO ROJAS Edgar, Derecho de Familia y Sucesiones, Segunda edición, México, 2008.
- BONNECASE, Julien, Tratado Elemental de Derecho Civil, obra compilada y editada de Enrique Figueroa Alfonso, Editorial Harla, México, 1993.
- BORJA SORIANO, Manuel, Teoría General de las Obligaciones, Décimo séptima edición, Editorial Porrúa, México, 2000.
- BROSETA PONT, Manuel, Manual de Derecho Mercantil, Editorial Tecnos, España, 1978.
- BUENROSTRO BÁEZ Rosalía, Derecho de Familia. Edición Revisada y Actualizada de la Obra Derecho de Familia y Sucesiones de Edgar Baqueiro Rojas, México, 2007.
- CALVO MARROQUÍN, Octavio, Derecho Mercantil, Cuadragésima octava edición, Editorial Limusa, México, 2009.
- CASTRILLÓN Y LUNA, Víctor Manuel. Contratos Mercantiles, Editorial Porrúa, México, 2011.

- DE GASPERI, Luis, Introducción a la Teoría General de los Hechos y Actos Jurídicos, Editorial Tipografía, Argentina, 1964.
- DE PINA VARA, Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano. Introducción, Personas y Familia, Volumen I, Décimo novena edición, Editorial Porrúa, México, 1995.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, Derecho Civil. Parte General, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez, Décima edición, Editorial Porrúa, México, 2006.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho Civil. Primer Curso. Parte General. Personas. Familia, Vigésima cuarta edición, Editorial Porrúa, México, 2005.
- GARCÍA RENDÓN, Manuel, Sociedades Mercantiles, Segunda edición, Editorial Oxford, México, 1999.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, Décimo novena edición, Editorial Porrúa, México, 2012.
- MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, Institución de Derecho Civil, Tomo II, Editorial Porrúa, México, 2001.
- MANTILLA MOLINA, Roberto L., Derecho mercantil, Obra editada por Roberto L. Mantilla Caballero y José María Abascal Zamora, Vigésimo novena edición, Editorial Porrúa, México, 1993.
- MUÑOZ, Luis, Derecho Mercantil, Editorial Cárdenas, México, 1973.
- MUÑOZ, Luis, Teoría del Contrato, Editorial Cárdenas, México, 1973.

- PUIG BRUTAU, José, Caducidad, Prescripción Extintiva y Usucapión, Editorial Bosch, España, 1988.
- RENDÓN UGALDE, Carlos Efrén, La Tutela, Editorial Porrúa, México, 2001.
- ROGEL VIDE, Carlos, Derecho de la Persona, Editorial J.M.Bosch, España, 1998.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano. Introducción y Personas, Tomo I, Sexta edición, Editorial Porrúa, México, 1990.
- SÁNCHEZ MÁRQUEZ, Ricardo, Derecho Civil. Parte General. Personas y Familia, Editorial Porrúa, México, 1998.
- VÁZQUEZ DEL MERCADO, Oscar, Contratos Mercantiles, Décimo cuarta edición, Editorial Porrúa, México, 2006.
- ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, Contratos Civiles, Décimo tercera edición, Editorial Porrúa, México, 2012.

Bibliografía metodológica

- AGUILAR ESPAÑA, David, Et. Al., Diccionario General de la Lengua Española, Editorial Larousse, España, 2006.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos, Métodos y Técnicas de la Investigación jurídica, Tercera edición, Editorial Porrúa, México, 2004.

- HERNÁNDEZ ESTÉVEZ, Sandra Luz y LÓPEZ DURÁN, Rosalía, Técnicas de Investigación Jurídica, Segunda edición, Editorial Oxford University Press, México, 1998.
- RODRÍGUEZ CEPEDA, Bartolo Pablo, Metodología Jurídica, editorial Oxford University Press, México, 1999.
- WITKER, Jorge, Técnicas de Investigación Jurídica, Editorial McGraw-Hill, México, 1996.

Legislativas

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código de Comercio.
- Código Civil Federal.
- Código Federal de Procedimientos Civiles.
- Ley Federal del Trabajo.
- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
- Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas.

JURISPRUDENCIA Y TESIS AISLADAS

- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito, Novena Época,

Tesis Aislada, Página 1689, SUPLETORIEDAD EN MATERIA MERCANTIL. NO OPERA AL TRATARSE DE LA PRESCRIPCIÓN. Amparo directo 47/2004. Di-Fiore Termoformado, S.A. de C.V. 15 de marzo de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Mario Alberto Adame Nava. Secretaria: Ana María Morales Pérez.

- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito, Décima Época, Jurisprudencia, Página 1654, JUICIO EJECUTIVO MERCANTIL. LA PRESCRIPCIÓN NO ES UNA CAUSA PARA DECLARAR IMPROCEDENTE LA VÍA, SI NO FUE OPUESTA COMO EXCEPCIÓN POR EL INTERESADO, POR LO QUE NO PUEDE SER ANALIZADA DE OFICIO POR EL JUZGADOR EN EL AUTO DE INICIO DEL PROCESO. AMPARO DIRECTO 324/2013. 23 de septiembre de 2013. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Armando Pallares Valdez. Secretaria: Gabriela Guadalupe Rodríguez Escobar. Amparo directo 399/2013. Octavio Contreras Sosa. 10 de octubre de 2013. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Armando Pallares Valdez. Secretaria: Gabriela Guadalupe Rodríguez Escobar. Amparo directo 313/2013. Octavio Contreras Sosa. 10 de octubre de 2013. Unanimidad de votos. Ponente: Ma. Elisa Tejada Hernández. Secretario: Crispín Sánchez Zepeda. Amparo directo 560/2013. Octavio Contreras Sosa. 10 de febrero de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Juan Carlos Cortés Salgado. Amparo directo 59/2014. Octavio Contreras Sosa. 25 de marzo de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Armando Pallares Valdez. Secretaria: Gabriela Guadalupe Rodríguez Escobar.
- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Primera Sala, Novena Época, Jurisprudencia, Página 406, PRESCRIPCIÓN DE LA

ACCIÓN CAMBIARIA DIRECTA. EL CÓMPUTO DEL PLAZO DE TRES AÑOS PARA QUE OPERE, INICIA EL DÍA SIGUIENTE AL DEL VENCIMIENTO DEL PAGARÉ FUNDANTE DE LA ACCIÓN.

Primer Tribunal Colegiado del Trigésimo Circuito, el Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito. 14 de enero de 2009. Cinco votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Jesús Antonio Sepúlveda Castro.

Tesis de jurisprudencia 15/2009. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha veintiuno de enero de dos mil nueve.

- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Cuarto Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Civil del Primer circuito, Novena Época, Tesis aislada, página 2180, PRESCRIPCIÓN NEGATIVA EN MATERIA MERCANTIL. ADMITE APLICACIÓN SUPLETORIA DEL ARTÍCULO 1180 DEL CÓDIGO CIVIL FEDERAL. Amparo directo 317/2009. Magdalena Patiño Cestafe de Martínez. 25 de junio de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: Leonel Castillo González. Secretaria: Mónica Cacho Maldonado.

- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Primera Sala, Novena Época, Jurisprudencia, Página, PRESCRIPCIÓN, EXCEPCIÓN DE. SÓLO OPERA RESPECTO DEL CODEMANDADO QUE LA HACE VALER, NO ASÍ POR LOS DEMÁS, EN EL JUICIO EN QUE SE DEDUCE LA ACCIÓN CAMBIARIA DIRECTA. CONTRADICCIÓN DE TESIS 71/95. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados del Vigésimo Segundo Circuito y Tercero en Materia Civil del Primer Circuito y Primer Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito. 29 de septiembre de 1999. Cinco votos. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Téodulo Ángeles Espino.

Tesis de jurisprudencia 81/99. Aprobada por la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión de veintinueve de septiembre de mil novecientos noventa y nueve, por unanimidad de cinco votos de los señores Ministros: presidente Humberto Román Palacios, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas.
Ejecutorias: CONTRADICCIÓN DE TESIS 71/95.

- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Novena Época, Tesis aislada, Pagina 2890, PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA Y CADUCIDAD. DIFERENCIAS. Amparo directo 456/2008. Rosa María Franco Martínez, su sucesión. 20 de febrero de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: Mauro Miguel Reyes Zapata. Secretaria: Leticia Araceli López Espíndola.

Nota: Por ejecutoria del 30 de marzo de 2011, la Primera Sala declaró inexistente la contradicción de tesis 293/2010, derivada de la denuncia de la que fue objeto el criterio contenido en esta tesis, al estimarse que no son discrepantes los criterios materia de la denuncia respectiva.

- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Primera Sala, Décima Época, jurisprudencia, Página 406, INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. FUNCIÓN EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL. Amparo directo en revisión 1187/2010. 1o. de septiembre de 2010. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Juan N. Silva Meza, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: Ana María Ibarra Olguín y Javier Mijangos y González.

Amparo directo en revisión 1005/2012. 12 de septiembre de 2012. Cinco votos de los Ministros Jorge Mario Pardo Rebolledo, José Ramón Cossío Díaz, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea; Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y Olga Sánchez Cordero de García Villegas reservaron su derecho para formular votos concurrentes. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

Amparo directo en revisión 3759/2012. 27 de febrero de 2013. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho a formular voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Disidente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas, quien reservó su derecho a formular voto particular. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretaria: Cecilia Armengol Alonso. Amparo directo en revisión 583/2013. 11 de septiembre de 2013. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

Amparo directo en revisión 3248/2013. 22 de enero de 2014. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Disidente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Luz Helena Orozco y Villa. Tesis de jurisprudencia 18/2014 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada de veintiséis de febrero de dos mil catorce.

- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Primera Sala, Décima Época, Tesis aislada, Página 259, INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU FUNCIÓN NORMATIVA COMO PAUTA INTERPRETATIVA PARA SOLUCIONAR CONFLICTOS POR INCOMPATIBILIDAD EN EL EJERCICIO CONJUNTO DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS. Amparo directo en revisión 69/2012. 18 de abril de 2012. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Teresita del Niño Jesús Lúcia Segovia

- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Primera Sala, Décima Época, Tesis aislada, Página 260, INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU FUNCIÓN NORMATIVA COMO PRINCIPIO JURÍDICO PROTECTOR. Amparo directo en revisión 69/2012. 18 de abril de 2012. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Teresita del Niño Jesús Lúcia Segovia.

- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Primera Sala, Décima Época, Jurisprudencia, Página 334, INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONCEPTO. Amparo directo en revisión 908/2006. 18 de abril de 2007. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Heriberto Pérez Reyes.
Amparo directo en revisión 1475/2008. 15 de octubre de 2008. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Dolores Rueda Aguilar.
Amparo en revisión 645/2008. 29 de octubre de 2008. Mayoría de cuatro votos. Disidente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jaime Flores Cruz.

Amparo directo en revisión 1187/2010. 1o. de septiembre de 2010. Cinco votos. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: Ana María Ibarra Olguín y Javier Mijangos y González.

Amparo directo en revisión 2076/2012. 19 de septiembre de 2012. Cinco votos. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Alejandro García Núñez.

Tesis de jurisprudencia 25/2012 (9a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada de veintiuno de noviembre de dos mil doce.

- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Primera Sala, Décima Época, Tesis aislada, Página 884, DERECHO DE LOS MENORES DE EDAD A PARTICIPAR EN LOS PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES QUE AFECTEN SU ESFERA JURÍDICA. LINEAMIENTOS PARA SU EJERCICIO. Amparo directo en revisión 2159/2012. 24 de abril de 2013. Mayoría de tres votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz y Jorge Mario Pardo Rebolledo; José Ramón Cossío Díaz reservó su derecho para formular voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

Econográfica

- CAPITANT, Henry, Vocabulario Jurídico, Editorial De palma, Argentina, 1979.
- CABALLENAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo IV, Vigésimo primera edición, Editorial Heliasta, Argentina, 1989.
- DE PINA VARA, Rafael, Diccionario de Derecho, Décimo sexta edición, Editorial Porrúa, México, 1998.

- Diccionario Jurídico, Valletta ediciones, Segunda edición, Argentina, 2001.

- Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXII, Editorial Driskill, Argentina, 1979.

- Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo IV, Sexta edición, Editorial Porrúa, México 1993.