



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO

LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS

TESIS
QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE:
MAESTRO EN DERECHO

PRESENTA:

LIC. JUAN FRANCISCO SALAZAR MARIN SOSA

TUTOR:
DR. ROSALÍO LÓPEZ DURÁN
FACULTAD DE DERECHO

MÉXICO, D. F., ABRIL DE 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.



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO
FACULTAD DE DERECHO.**

LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS.

TESIS.

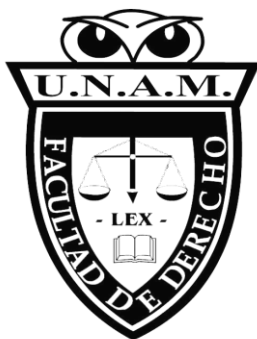
**QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE:
MAESTRO EN DERECHO**

PRESENTA:

**LIC. JUAN FRANCISCO SALAZAR MARIN
SOSA**

TUTOR:

DR. ROSALÍO LÓPEZ DURÁN



Abril de 2015.

A la Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM

Formadora de profesionistas que integran constantemente el acervo de nuestro país

A la Facultad de Derecho, UNAM

Por sus aulas en el ejercicio de la vida universitaria y
formarme en esta etapa dentro de ellas

Al Programa de Becas del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología con la UNAM

Por el incentivo para la preparación profesional y hacer la presentación de este trabajo

A mis padres

Lic. Juan Francisco Salazar Marin Bolaños

Juana María Sosa Rodríguez

Como un testimonio palpable de agradecimiento

Al Doctor Rosalío López Durán

Con gratitud por siempre, que con su sapiencia me orientó a concluir esta etapa de mi vida
académica

Índice

Índice	I
Introducción.....	III

Capítulo 1

Contexto histórico del surgimiento del contrato

1.1 Derecho Romano.....	1
1.2 Derecho Canónico.....	6
1.3 Derecho Alemán.....	8
1.4 Derecho Francés.....	11
1.5 Código Civil para el estado de Oajaca (sic) de 1827-28.....	19
1.6 Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1870.....	23
1.7 Código Civil para el Distrito Federal y Territorios de Baja California y Nayarit de 1884.....	26
1.8 Código Civil de 1928.....	28

Capítulo 2

Generalidades del contrato

2.1 Noción de contrato.....	37
2.2 Noción de prestación.....	40
2.3 Elementos esenciales del contrato.....	40
2.3.1 Consentimiento.....	40
2.3.1.1 Formación del contrato.....	42
2.3.1.2 Ausencia del consentimiento.....	45
2.3.2 Objeto.....	46
2.4 Elementos de validez.....	49
2.4.1 Capacidad.....	49
2.4.2 La ausencia de vicios de la voluntad.....	50
2.4.3 Licitud en el objeto, motivo o fin.....	56
2.4.4 Forma.....	57
2.9 Clasificación de los contratos.....	58
2.10 Terminación.....	62

Capítulo 3

Intercambio contractual

3.1 Reciprocidad.....	72
3.2 Bilateralidad.....	74
3.3 Contratos típicos.....	81
3.4 Contratos atípicos.....	83
3.5 Tracto sucesivo, ejecución inmediata.....	84
3.6 Leyes administrativas, leyes locales.....	88
3.7 Contratos causales, contratos abstractos.....	97
3.8 Condición, elemento accidental del contrato.....	99
3.9 Interpretación e integración del contrato.....	101

Capítulo 4

Incumplimiento contractual

4.1 Incumplimiento.....	108
4.2 Equilibrio contractual.....	109
4.3 Resolución, presupuestos.....	112
4.4 Rescisión, presupuestos.....	116
4.5 Daños.....	119
4.6 La responsabilidad civil contractual.....	121
4.7 La responsabilidad civil extracontractual.....	122
4.8 Reciprocidad.....	122
4.9 Clases de contratos.....	123
4.10 Tipos de resolución.....	124
4.11 Responsabilidad civil contractual.....	129
4.12 Soluciones modernas.....	129
4.13 Cumplimiento. Prestación equivalente.....	133
4.14 Elemento pragmático.....	133
4.15 Elemento ético.....	135
4.16 Equilibrio económico, jurídico, contractual.....	138
4.17 Rompimiento del equilibrio económico del contrato.....	139
4.18 Propuestas	140
Conclusiones.....	166
Bibliografía.....	170

Introducción

Los intercambios contractuales en la actualidad siguen características que los identifican, de ese modo resulta una regulación para encauzarlos y tengan los efectos requeridos, pero parte de esas características han revestido a los contratos en las sociedades y regulaciones que enseña la Historia, aunque otras más se advierten de la sociedad de hoy en día, por ejemplo, los actores contratantes, los medios de intercambio, los bienes y servicios contratados, que hacen incluirlos como integrantes de los supuestos jurídicos para examinar si son regulables por los preceptos legislativos.

El Derecho y dentro de él, la codificación ha pretendido la juridicidad para la realización de las actividades que son desempeñadas en las sociedades, en eso también se encuentra la asignatura contractual y como consecuencia el incumplimiento que se haga de tales acuerdos contractuales.

Esa es la línea que sigue el presente trabajo recepcional: examinar la validez de los contratos, la regulación de su incumplimiento en ese camino y cómo la legislación, la codificación y en sí el Derecho hace una juridicidad del tema para su consecución.

En la hipótesis formulada para el presente trabajo se encuentra que la falta de cumplimiento de la prestación, a favor de su acreedor, en un contrato deriva en el rompimiento del equilibrio contractual, aunque la regulación de ese incumplimiento persigue continuar la reciprocidad del contrato celebrado, para conseguir el equilibrio contractual al inicio y a su conclusión anormal. Esta regulación plantea que atiende el incumplimiento del contrato con los múltiples factores del negocio convenido.

Reflexiono sobre la importancia de asumir las responsabilidades en la sociedad actual, también acerca de una composición del conflicto negocial que haga factible

los acuerdos contratados, que involucre los diversos factores para su realización, como por ejemplo es la misma sustentabilidad de las sociedades en un uso de los bienes y servicios dentro de la ecología, las modalidades de contratación, o los actores contratantes.

Considero que el Derecho como campo de conocimiento tiene como propósito la mejora de lograr la sociedad deseable, esto es una interacción social entre sus integrantes que identifique sus distintas bases, no únicamente las ganancias económicas.

El Derecho es un instrumento que persigue un equilibrio y el logro de relaciones jurídicas que beneficien a la sociedad, en eso protegerá a los contratantes, junto a un correcto manejo de los satisfactores que implican su eficiencia social.

El Derecho tiene como uno de sus objetivos la tutela de los efectos económicos de las transacciones; no obstante, surgen facultades conferidas y reconocidas a los contratantes al interactuar entre ellos con la celebración de su pacto, convirtiéndose en un acto con una relación jurídica, que significa junto con la utilidad económica, un uso con beneficio social.

Ahora bien, en cuanto a la institución contractual que sistematiza la disciplina jurídica, así como lo respectivo a su incumplimiento cabe también la pregunta de cómo se puede conseguir la realización de los intercambios que formaliza, hablamos entonces de la eficacia en los aspectos del ámbito económico y ámbito jurídico.

En una primera intención, al iniciar el presente trabajo recepcional, pretendí solamente examinar la regulación jurídica en la consecución de los efectos del contrato en la actualidad; sin embargo, posteriormente me interesaron otros temas que van más allá de las preocupaciones normativistas, como por ejemplo la eficacia de la norma en los aspectos de cumplimiento de las obligaciones.

El punto de partida, fue la preocupación muy humana de la certidumbre que se espera en las relaciones con los demás ¿ha sido suficiente el Derecho para ello? No en el ámbito tradicional de castigar a quien viola un precepto, sino en el de obligar a alguien que incumple con una obligación a realizarla.

Este trabajo se desarrolla en cuatro capítulos que exponen y plantean conceptos, disposiciones y propuestas respecto al incumplimiento contractual por alguno de los contratantes.

En el primer capítulo se estudian las principales disposiciones en la Historia jurídica del incumplimiento contractual por los contratantes, ellas son las fuentes para la regulación en el tema y proporcionan una base, así como una ayuda conceptual y práctica.

De la exposición de estas fuentes se advierte la complejidad del tema, no exclusiva de la actualidad; pues, la doctrina encuentra distintos orígenes y explicaciones para concluir diversas teorías, pero que proporcionan elementos en su conceptualización.

Con el segundo capítulo son desarrollados los conceptos referentes al contrato, a su formación y su terminación, para identificar el caso particular del incumplimiento a cargo de uno de los contratantes, de manera que sea un paso para analizar las características de los contratos y la norma de la inejecución, así como las particularidades en distintos tipos de contratos, especialmente realizados en la actualidad.

Son conceptos generales que permiten entender la institución jurídica del incumplimiento de los contratos por alguno de los contratantes, conocida como resolución de los contratos, o bien, más comúnmente como rescisión.

Es revisado el contrato como concepto general, que el mismo sustenta incluso ideas jurídicas diversas apegadas a un proyecto de sociedad en sí, como podría ser una sociedad liberal, una consumista, una de economía de mercado.

Se pretende hacer un esbozo de cómo el Derecho regula los intercambios conforme a los requerimientos suscitados en la sociedad de hoy, con una guía de los derechos y deberes contractuales como garantía de conseguir los efectos deseados individual y socialmente para los contratos.

Con el tercer capítulo se enfoca más el tema central de la tesis, de modo que son revisados conceptos y disposiciones legales en contratos con obligaciones recíprocas, propios de la norma para el incumplimiento contractual contenida en el artículo 1949 del Código Civil Federal, con el mismo número en el Código Civil para el Distrito Federal.

También en esta parte de la tesis se pretende hacer una exposición que responde a la dinámica de cada contrato, tanto en los requerimientos sociales de los intercambios, como a la correspondencia respectiva de la legislación.

La institución jurídica del incumplimiento contractual por alguno de los contratantes se desarrolla en el cuarto capítulo junto con las propuestas del contenido de la norma para lograr las expectativas, los derechos y deberes que individual y socialmente involucran los intercambios contractuales.

Con el cuarto capítulo, se busca identificar que el contrato es un medio para realizar los intercambios que requieren las personas, además de la dinámica que siguen los preceptos legales para la falta de cumplimiento por alguno de los contratantes, también se plantea que el incumplimiento involucra los efectos económicos y jurídicos derivados de la inejecución, así como de la misma contratación.

En este capítulo se examina y propone un estudio del incumplimiento contractual que responda a las expectativas sociales actuales; que no sea exclusivamente con un efecto económico, entendido como ganancias comerciales, sino que también contenga otros efectos jurídicos consecuentes al papel del contrato en la sociedad actual y sean realizados los intercambios requeridos contenidos en los contratos, incluso que redunde en una conformación económica mayor.

De la misma manera que comúnmente un contrato implica intercambios recíprocos, el Derecho protege esa igualdad de transmisión e intercambio. Al igual, en otros casos protegerá que no se vulneren los derechos de alguno de los contratantes cuando no sean de tal tipo contractual. El contrato pretende regularse como una institución para recibir y ofrecer una prestación, que conlleve un beneficio a los contratantes.

Al surgir la relación contractual se reviste un derecho privado entre los celebrantes en que recíprocamente crea un conjunto de prerrogativas y obligaciones, que conforma un deber entre ellos. Es otro de los elementos de la relación que salvaguarda en esa medida el orden jurídico.

Esos efectos jurídicos revisten también una regulación del derecho público, más acentuado o especializado en la actualidad, como son normas protectoras o reguladoras del consumo, o del uso y disposición de los bienes y servicios.

En el intercambio encauzado por el contrato debe examinarse todos los elementos que lo componen, no solo la protección jurídica, ni su componente económico tutelado por esa misma tutela legal, quizá los dos elementos más sensibles, sino los demás elementos como el compromiso surgido entre las partes, que en su conjunto dan lugar propiamente al elemento contractual.

Capítulo 1

Contexto histórico del surgimiento del contrato

1.1 Derecho Romano

La terminación del contrato por incumplimiento es una de las instituciones jurídicas con mayor estudio en la disciplina jurídica; pues, el contrato constituye todavía uno de los medios por antonomasia para utilizarse como instrumento en los intercambios que permiten una interacción y subsistencia de la comunidad humana.

En este capítulo se hará un recuento histórico de la institución denominada “resolución de los contratos”, también conocida más comúnmente como “rescisión”, cuyo significado atañe a las disposiciones jurídicas establecidas para aquellos casos que sea incumplido el contrato respectivo por alguno de los propios contratantes, el propósito es situar los cambios más significativos dados en la tradición occidental.

La doctrina encuentra en el Derecho Romano normas para el incumplimiento contractual y que han sido fuente a lo largo de la historia para establecer el estatuto jurídico tratándose de esa inejecución, que representa un evento de importancia para el Derecho, al ser una prioridad y propósito que se realicen las transacciones entre los individuos en una interacción individual o colectiva, pero que lleva la relación social misma en el cuidado de los derechos y obligaciones de su respeto y cumplimiento en los intereses privados y colectivos.

Así, los antecedentes romanos otorgan los remotos vestigios acerca de cómo ha sido y ha de regularse el incumplimiento del convenio privado; esos precedentes, a su vez, han sido la base de tradiciones jurídicas posteriores para encauzar un cambio de regulación que en cada paso histórico reconfiguró la normativa jurídica de la falta de cumplimiento a lo pactado entre los contratantes.

No obstante, del análisis de las instituciones jurídicas del Derecho Romano en su etapa conocida como Derecho Clásico resulta que carecía estatuirse en ellas a la resolución de los contratos por incumplimiento de alguno de los contratantes, la única norma que contemplaban era otorgar al acreedor cumplido la sanción jurídica que exigiera ejecutar el contrato, derecho que se ejercería a través de acciones directas, aunque otorgaban amplias posibilidades sobre los bienes e incluso sobre la persona del deudor¹. La idea de reciprocidad y de bilateralidad como se regula esa institución jurídica en la actualidad, es posterior, hasta varios siglos después se configura.

Sin embargo, en la citada tradición jurídica romana se encuentra regulada la bilateralidad contractual, aunque en un tipo especial de negocios jurídicos, denominados como contratos consensuales, que estatúan obligaciones y acciones contrapuestas, a la par independientes, correlativas y paralelas, creadas coetáneamente *ex nudo consensu*.

En esta etapa del Derecho, Roma estableció dos criterios opuestos para regular el incumplimiento contractual:

- A) El establecido para el acto contractual más usual, esto es, la venta, y;
- B) El referente al arrendamiento de inmuebles, así como para los contratos innominados.

En cuanto al contrato de venta, se otorgaba al vendedor que siguiera ligado por el convenio, aún en el caso del incumplimiento del comprador e incluso al ejercer el acreedor la acción y no haber logrado que el deudor cumpliera el contrato. De tal manera, permanecía subsistente, al igual que incumplida la relación jurídica; no obstante, continuaba en todo momento obligatoria para las partes. No se admitió en

¹ Miquel, Juan Luis, *Resolución de los contratos por incumplimiento*, 2ª ed. Buenos Aires, Depalma, 1986, p. 45.

principio cesar el contrato por la intervención y declaratoria de la autoridad jurisdiccional.

Esta regulación reflejó, un especial peligro para el vendedor, ya que por la insolvencia del comprador, cabía la posibilidad de que perdiera la cosa y el precio. Aun y cuando estaba protegido con el derecho de otorgársele seguir como propietario de la cosa, incluso con posterioridad a la tradición –transmisión física- y en tanto no se solventara el precio. Como garantía de su derecho ante la falta de pago al vencimiento, tenía que protegerse mediante la estipulación celebrada al propio tiempo de la venta, respecto a que tendría la propiedad de la cosa vendida hasta que el precio fuere pagado.

En la práctica se demostró que resultada inconveniente permanecer obligado al vendedor, pues la eventualidad era evidente: el comprador podía faltar al pago del precio. Por tal motivo, lo común en la realización de estos negocios fue que ocurriera y prevaleciera la costumbre de insertar en los mencionados contratos de venta una estipulación por medio de la cual el vendedor se reservaba el derecho de resolver el negocio cuando el comprador no pagase el precio en el plazo convenido.

Fue mediante la ley comisoria que se disminuyó el rigor de la regulación descrita en líneas precedentes, esa *lex commisoria* ante el incumplimiento de la venta permitió únicamente al vendedor la prerrogativa para que resolviera la venta cuando el comprador no hubiera cubierto el precio en el plazo convenido.

Este cambio que significó el mencionado pacto llamado “*lex commissoria*”, reconoce la doctrina que delineó la facultad jurídica para dar por terminado el contrato por incumplimiento, norma desconocida en la etapa anterior del Antiguo Derecho Romano.

Este pacto de la *lex commisoria* apareció por primera vez en el contrato de venta, por medio de este pacto “el vendedor y el comprador convienen que la venta se tendrá

por no celebrada, si el precio no se paga en el plazo fijado: *ut res inempta sit, si ad diem pecunia soluta non sit* (Digesto Lib. XVIII, tít. 3, fr. 2).²

Para ejercer el pacto, su único beneficiario reconocido, el vendedor, debía interponer según procediera la *actio venditti* o, bien, la *praescripti verbis*. La resolución que hubiese realizado el comprador tenía como efecto que el propio comprador restituyera la cosa comprada en el mismo estado en que la hubiese recibido, sin deterioro por su culpa, libre de cargas, junto con todos sus frutos y accesorios; en caso contrario, debía haber pagado los respectivos daños y perjuicios. Por su parte, el vendedor debía restituir el precio; pero no las arras.

Al respecto, cabe apuntar que la institución de las arras, también llamadas señal, consistían en la cosa que entregaba uno de los contratantes al momento de la celebración del contrato, para confirmar el contrato, o bien, permitir el derecho de arrepentirse.

En el Derecho romano anterior a Justiniano, las arras no eran consideradas como modo de resolver el contrato, sino como prueba del contrato ya terminado; el Derecho justiniano introdujo nuevas disposiciones sobre las cuales, al decir de Giorgi, los intérpretes no se han puesto de acuerdo, particularmente a causa de la antinomia entre L. 17, 2, C. 4, 21 y pr. 1, III, 23. Después de repetir el precepto de Gayo –*arrha in signum consensus interpositi data*–, Justiniano limita esta regla al excluir este supuesto de que el contrato debe redactarse por escrito, y añade que en ese caso, es imperfecto el contrato antes de la escritura, y cada contratante puede retractarse, perdiendo la prenda ya dada o restituyendo el doble de lo recibido.³

Desde los Fenicios se da cuenta de las arras, con un carácter penitencial, también se encuentran documentadas hacia la época del Imperio Egipcio.

² Sánchez-Medal Urquiza, José Ramón, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, 5ª ed., México, Porrúa, 1998, p. 61 ss.

³ Enciclopedia Jurídica Omeba, tomo I DIVI-EMOC, Bibliográfica Omeba, Argentina, 1986. p. 781.

Pero sin apartarme del rubro referente a la *lex commisoría*, el funcionamiento de la resolución por incumplimiento con esa ley, permitía que permaneciera la relación con el deudor mientras se lograra la resolución del contrato incumplido al haber agotado el afectado a manera de requisito acudir ante la jurisdicción para tal efecto. Ese hecho fue desde un inicio identificado por los jurisconsultos romanos; por lo que, consideraron que la regla debía ser distinta en el arrendamiento, así como en los contratos innominados, ya resultaba innecesario obligar al arrendador o al arrendatario a permanecer ligados en un contrato que su contraparte no estaba dispuesta a cumplir.

Entonces, cabía el derecho al arrendador de solicitar la resolución del contrato por falta de pago de dos años de alquileres, o bien, por el goce abusivo del arrendatario, respecto a la cosa arrendada. Aunque, también el arrendatario tenía un igual derecho cuando por culpa del locador se veía privado del disfrute de la cosa. Para estos casos la resolución del arrendamiento no tenía efectos retroactivos y quedaban firmes las prestaciones ya cumplidas.

Juan Miquel cita al ilustre jurista Henri Capitant para resaltar que con relación a los contratos innominados, 'quien primero había realizado su obligación, tenía en virtud de la *actio praescripti verbis* el derecho de demandar, si lo prefería, la restitución de su propia cosa, intentando contra su adversario negligente o recalcitrante la *condictio ob rem dati*, o *causa data, causa non secuta*.'⁴.

La regulación de la *lex commissoria* que había cambiado la antigua norma de ligar a los contratantes incluso en la inejecución de lo debido, se extendió más tarde a otros contratos, pero Constantino la prohibió en el contrato de prenda, pues con ello

⁴ Miquel, Juan Luis, *Resolución de los contratos por incumplimiento*, 2ª ed. Buenos Aires, Depalma, 1986, p. 47.

evitaría que en caso de incumplimiento de la obligación por el deudor prendario, la cosa prendada quedase en poder del acreedor por efecto del pacto.

Se pregunta la doctrina si la acción concedida en virtud de la ley comisoraria tiene efectos reales, es decir, si se otorgaba al vendedor acción contra el tercer adquirente, cuando la restitución de la cosa resultase imposible por haber el comprador dispuesto de ella. La opinión más fundada niega los efectos reales, porque: a) el convenio entre comprador y vendedor era *res inter alias acta* y, consecuentemente, no podía ser opuesto a terceros; b) las acciones acordadas (*venditti y praescripti verbis*) eran personales y solo podían intentarse contra el comprador; y c) por una constitución de Alejandro Severo expresamente se niega la reivindicación al vendedor en los siguientes términos: “El que vendió un predio con esta condición, que si no se hubiese pagado lo restante del precio dentro de cierto tiempo, revertiese a él; si no se entregó la posesión precaria, no tiene la reivindicación al vendedor de la cosa, sino la acción de venta.”⁵.

Se otorgaba al vendedor el derecho excluyente a pedir entre la resolución del contrato celebrado, o bien, el cumplimiento del acto contractual; pues, el pacto, únicamente aseguraba una facultad, la cual podía renunciarse.

Como hemos expresado, la *lex commissoria* era una cláusula especial que se refería no a todos los casos de incumplimiento de la venta, sino exclusivamente a la falta de pago del precio en el plazo convenido y protegía solamente al vendedor. El comprador no podía en ningún caso pedir la resolución de la venta por incumplimiento del vendedor. De ello se desprende que aunque más tarde su aplicación se considerase sobreentendida y aun se generalizase a otros contratos sinalagmáticos, el pacto analizado no tiene ninguna similitud con los sistemas resolutorios vigentes en la actualidad.⁶.

1.2 Derecho Canónico

Posteriormente, en la historia jurídica se conforma el Derecho Canónico, que trató al incumplimiento contractual como un hecho ilícito de faltar al pacto celebrado, pero

⁵ *Ibidem.* p. 48.

⁶ *Idem.*

dispensó a la parte afectada el cumplimiento a su cargo y a cambio de pedir la ejecución forzada otorgó la posibilidad de citar ante el tribunal eclesiástico para constatar la violación de la fe prometida y exigir relevarse de su obligación.

Esta solución se aplicó a todos los contratos sinalagmáticos indistintamente, pero esta resolución no operaba de pleno Derecho, no era efecto de la sola voluntad de una de las partes como en el caso de la *lex commisoría*, y se necesitaba de una declaración judicial.⁷

Estas disposiciones canónicas serán reproducidas por la doctrina y sistemática francesa, de ahí se insertará en numerosos Códigos Civiles que se inspiraron en el Código Napoleón, que entre sus normas regularán la terminación por incumplimiento del contrato.

El mérito de la concepción tradicional de la resolución de los contratos sinalagmáticos corresponde a la doctrina canonista, que vio en el contrato bilateral el ejemplo típico del acuerdo que procura un cambio de bienes al cual, por tal razón, debían aplicarse las reglas de la justicia conmutativa, lo que implicó afirmar el más absoluto principio de interdependencia entre las prestaciones, con la consecuencia de que si una de las partes no cumplía, la otra quedaba desligada de su compromiso de su compromiso.⁸

La postura establecida en el ordenamiento jurídico canónico hace suya la evolución romana del instituto resolutorio y abre el paso, que lo identifica, de la interdependencia en las prestaciones pactadas, con base en un contrato por excelencia, consistente en el contrato sinalagmático. En el Derecho Canónico la bilateralidad se extiende a la duración del contrato, además de considerarse en su inicio, motivos que hacen adjudicar la teoría de la causa y de la causa final a los canonistas medievales, como señala Juan Luis Miquel al citar a Alonso Pérez.

⁷ Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*. 5ª ed., Puebla, México, J. M. Gajica, 1974. p. 529.

⁸ Miquel, Juan Luis, *op. cit.*, nota 4, p. 49.

1.3 Derecho Alemán

En el paso de la etapa germánica dentro de la historia del incumplimiento contractual se tiene como su particularidad que enfoca al aspecto económico, más que al análisis jurídico de la relación existente entre los contratantes, aunque no se aparta de la estructura y finalidad tutelada por el Derecho, pero si lo hace con menor técnica, por lo menos de como se entiende en nuestra tradición, que paradójicamente se enfoca también a la conformación y composición económica del contrato, pues es un bien a que aspira la disciplina jurídica.

El Derecho Alemán tuvo un proceso histórico un tanto distinto a la asimilación del Derecho Romano, pero si fue influido por este orden latino clásico y obtuvo quizá al configurar sus instituciones la tendencia romanística, que permitió orientar al aporte teórico de la onerosidad basado en el intercambio de beneficios pecuniarios para tener por jurídico al contrato respectivo.

El Derecho de Pandectas alemán inmediatamente anterior al B.G.B. era decididamente contrario a la resolución del contrato bilateral por incumplimiento de una de las partes. En este sentido WINDSCHEID afirma: 'quien ha cumplido tiene el derecho de exigir el cumplimiento de la otra parte; pero, ¿tiene también el derecho, cuando tal cumplimiento no se realice, de repetir lo que ha sido por él prestado? Según el Derecho actual eso está excluido como regla en todos los contratos bilaterales. En todo caso el derecho de resolución hoy no puede valer más, por la misma razón que ya no rige la *condictio ob causam datorum* en los contratos bilaterales. Si el derecho de desistimiento se ha establecido expresa o tácitamente, nada hay que objetar.⁹

El Código B.G.B. alemán de 1896 se aparta de esa tradición germana y regula la posibilidad de componer el contrato, a través de la facultad de requerirse la ejecución debida para arreglar el incumplimiento; pero, otorga al contratante cumplido los derechos de terminar el contrato por la inejecución imputable a su contraria, a la vez,

⁹ Álvarez Vigaray, Rafael, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*. 3ª ed., Granada España. Comares, 2003. p. 52.

que por la mora de su contraparte, ya sea que ese derecho de resolución se fundamente en convenio o en la ley.

En el Derecho Alemán se aprecia una regulación más detallada del incumplimiento del contrato, este orden jurídico concede al contratante afectado solicitar: la terminación del contrato, la posibilidad de otorgar un nuevo plazo de cumplimiento a su contraparte, una terminación parcial del contrato, una indemnización total, o bien, parcial, según se trate de un incumplimiento total o parcial, como se aprecia en los artículos del Código Civil Alemán que a continuación son citados.

También se otorga un derecho de resolución más amplio a voluntad del contratante cumplido que con la mayor minuciosidad permite pedir la resolución o el cumplimiento del contrato y establece las posibilidades de componer la relación contractual, junto con una regla específica para la pérdida o deterioro de la cosa en el proceso de resolución o plazo para el cumplimiento del contrato.

Art. 325. — Si la prestación que incumbe a una parte, derivada de un contrato bilateral, se hace imposible a consecuencia de una circunstancia de la que ha de responder, la otra parte puede exigir indemnización de daños a causal de no cumplimiento o desistir del contrato. En caso de imposibilidad parcial, si el cumplimiento parcial del contrato no tiene para ella interés alguno, está autorizada a exigir indemnización de daños a causa de no cumplimiento de toda la obligación, de conformidad con el art. 280, párrafo 29, o a desistir de todo el contrato. En lugar de la pretensión de indemnización de daños y del derecho de resolución puede también hacer valer los derechos señalados para el caso del art. 323. Lo mismo vale en el caso del art. 283 si la prestación no es efectuada hasta el trascurso del plazo o si en ese tiempo no está realizada en parte.¹⁰

Entonces, sienta las bases que permitan componer el contrato en un camino que conduzca a alcanzar la finalidad con que originalmente concordaron las partes y logren su acuerdo traducido en recibir las prestaciones que coincidieron uno del otro;

¹⁰ Sánchez-Medal Urquiza, José Ramón, *op. cit.*, nota 2, p. 40.

asimismo, permite que se reciban las prestaciones ante la imposibilidad del incumpliente para solventar su promesa.

Art. 326. — Si en un contrato bilateral una parte está en mora en cuanto a la prestación que le incumbe, la otra parte puede señalarle un plazo prudencial para la efectuación de la prestación con la declaración de que rehusará la aceptación de la prestación después del trascurso del plazo. Después del trascurso del plazo está autorizada a exigir indemnización de daños a causa de no cumplimiento o a desistir del contrato, si la prestación no está realizada a tiempo; la pretensión al cumplimiento está excluida. Si la prestación, hasta el trascurso del plazo, no es efectuada en parte, se aplica oportunamente la disposición del art. 325, párrafo 1°, inciso 2°. Si el cumplimiento del contrato no tiene ningún interés para la otra parte a consecuencia de la mora, le corresponden los derechos indicados en el párrafo 1°, sin que sea necesaria la determinación de un plazo.

Art. 327. — Al derecho de resolución señalado en los arts. 325 y 326 se aplican oportunamente las disposiciones existentes en los arts. 346 a 356 para el derecho de resolución convencional. Si la resolución tiene lugar a causa de una circunstancia de la que no ha de responder la otra parte, ésta sólo responde según las disposiciones sobre la entrega de un enriquecimiento injusto.¹¹.

Es encomiable pretender la reposición del contrato al haberse roto la simetría por causa del incumplimiento en que incurre uno de los contratantes y en este propósito se empeña la tradición germana, aunque también tiene el inconveniente de que se prolongue el desequilibrio que originó el incumplimiento y el acreedor cumplido persista afectado por los daños y perjuicios que su contraparte ha provocado. Por lo que, debe asimilarse y ajustarse esta composición del contrato acaecida la falta.

Con esto el Código Alemán no se aparta de la equidad que persigue el Derecho; en especial, por cuanto hace a la inejecución del contrato y limita la oportunidad de resolver –terminar- el lazo contractual, conforme a su artículo 320: “Si la prestación ha sido cumplida parcialmente, no puede negarse la contraprestación si la negativa es contraria a la buena fe, ésta se aprecia teniendo en cuenta las circunstancias, y en particular la modicidad (sic) relativa a la parte restante”.

¹¹ Sánchez-Medal Urquiza, José Ramón, *op. cit.*, nota 2. p. 20, 21, 41.

La regulación más pormenorizada que se hace en la tradición germana respecto de la institución de la resolución por incumplimiento contractual revela que debe atenderse a esos supuestos para lograr una pretendida composición del contrato, evitar los abusos y sancionarlos en caso de ser debidos para que en beneficio de los particulares y de la sociedad se alcancen los fines jurídicos y económicos que se requieren en las transacciones en que la disciplina jurídica pretende dar certeza.

1.4 Derecho Francés

La historia jurídica de la regulación al incumplimiento de los convenios encuentra un cambio de los principios romanos llegado el antiguo Derecho francés, en esta etapa comienza a estructurarse este viraje, pero no fue pronto, consistió en un proceso que tardó, debido al apego que tenía el ordenamiento francés a los principios romanistas, la novedad radicaba en otorgar carta de ciudadanía a la nueva doctrina canónica.

En la segunda mitad del Siglo XVI el Derecho francés integraba el principio de terminación por el incumplimiento de una de las partes, influida por los estudios de Dumoulin, que retomaría y apoyaría después Domat.

El debate estatuyó la terminación contractual por incumplimiento bajo las bases del legado romano que distinguía a los contratos nominados de los innominados, con la consabida norma de desligar el convenio por incumplimiento cuando se tratase de los innominados, a través de la *condictio*, diferenciación que todavía a finales del siglo XVI permanecerá.

Para explicar la diferencia tradicional, en cuanto al régimen de la resolución, entre los contratos nominados y los contratos innominados, emplea DONELO un razonamiento sutil “En los contratos innominados aquel que da una cosa *ut etiam accipiat* no está obligado en tanto no ha

hecho tradición y, una vez que la ha efectuado, no está obligado a más, puesto que ha ejecutado su obligación. Nada se opone, pues, a que intente la *condictio*. En la venta y en los contratos análogos, al contrario, la obligación resulta del sólo acuerdo de voluntades, de donde se sigue que el comprador tiene una acción para hacerse entregar la cosa. Y, si tiene una acción para obtener la tradición, con un mayor motivo, una vez hecha la tradición, tiene una excepción para retener la cosa, en virtud de la regla de que, quien tiene una acción, tiene forzosamente una excepción.¹²

Dumoulin en el Siglo XVI acudió al ímpetu del nuevo principio para dejar los preceptos romanos y el mismo jurista también sería uno de los promotores de introducir la resolución a la compraventa, pero otorgándole un carácter excepcional de procedencia solo en ciertos supuestos.

Así, para el Derecho Romano era preciso diferenciar si el vendedor que no recibe el pago, pretendía recibir el precio de lo vendido, o bien, pretendía emplearlo para un acto posterior que resultaría complicado obtener por la falta de la ejecución a su favor, misma norma que explica Rafael Álvarez Vigaray encuentra su apoyo en la ley *Incivile* del Código: 3, 32, 12, respecto a negar acción resolutoria al vendedor de un esclavo que no recibe el pago del precio.

En corroboración de su tesis, DUMOULIN invoca, ante todo, la ley *Cum te* del Código 4,54,6, en la cual, según su opinión, se permite al vendedor, *deficiente causa finale*, poder resolver el contrato. En rigor, esta ley dice que, si una persona ha transmitido a otra la propiedad de un fundo, por un precio reducido, en consideración de cierta cosa convenida por los contratantes, puede ejercitar la *condictio ob causam* para volver a recobrar la propiedad de su fundo, si la promesa que le fue hecha no le ha sido mantenida. No hay duda de que este pasaje se refiere a una hipótesis de contrato innominado; pero los glosadores y sus continuadores admitían que entendían hablar de la venta y, por consiguiente, la solución les resultaba mucho más difícil de explicar, por lo que lo consideraban como un texto excepcional, de interpretación restrictiva. DUMOULIN, por el contrario, generaliza su aplicación.

¹² Álvarez Vigaray, Rafael, *op. cit.*, nota 9, p. 31.

Además en apoyo, de su tesis extensiva de la resolución, el mencionado autor cita, en segundo lugar, la ley *Bona fides*, D. 19,1,50, y dice: *Ubi venditor non solum ante rem traditam potest discedere a venditione, si emptor aliqua nova lege vel casu eximatur obligatione pretii; sed etiam post rem traditam; et perinde habetur ac si nunquam vendidisset nec tradisset, iuxta illud, fidem prorsus non servari non esse servandam*. En estas últimas palabras, recoge como fundamento la doctrina de los canonistas sobre violación de la fe contractual.¹³

La acción resolutoria ya se admitía tanto para el vendedor, como para el comprador, explicaba Domat en el Siglo XVII. Con Domat el Derecho francés acepta la noción de interdependencia y de cambio recíproco de prestaciones como características de los contratos bilaterales en los que una obligación es causa de la otra.

Las enseñanzas de Domat pasaron a Pothier, y de este último jurista al Código Napoleón, de cuyos moldes surgieron los demás códigos latinos, el italiano de 1865, el español de 1889 y varios códigos sudamericanos, entre otros el nuestro, que en este aspecto (de la bilateralidad) siguió al pie de la letra el esquema francés. Pothier desestimó las clasificaciones romanistas de los contratos, poniendo énfasis en el distingo entre contratos unilaterales y bilaterales o sinalagmáticos, y contratos onerosos y gratuitos. Según el esquema romano de las acciones que surgen de los contratos, distinguió la bilateralidad perfecta caracterizada por la surgencia simultánea de dos obligaciones principales, de otra bilateralidad imperfecta, cuando una obligación es principal y la otra accesoria.¹⁴

Se debe a Pothier instaurar la resolución con un carácter atemperado del rigor de los principios jurídicos que hacen sea cimentada en la presunta voluntad de los contratantes, así como en la equidad y la oportunidad en dilucidar requerimientos de la vida práctica.

También Pothier distingue entre las obligaciones principales de las accesorias; con lo cual, establece y ofrece un rango para estimar que la inejecución debe tener una importancia merecedora de terminar el contrato; con esto se acredita que intervenga

¹³ *Íbidem*. p. 31.

¹⁴ Miquel, Juan Luis, *op. cit.*, nota 4, p. 50.

la autoridad jurisdiccional, debido a la consecuencia de calificarse el grado de incumplimiento y que radicara en una facultad de discreción a efecto de que el juez determinará la gravedad, así como decretar un plazo de gracia al deudor para lograr el cumplimiento.

Al igual que con el tiempo se formó el concepto de bilateralidad, también poco a poco se formó el concepto de la resolución contractual. Los juristas franceses retomaron la voluntad de las partes en el contrato y la sobrentendida estipulación de la resolución en el caso de incumplimiento, el pacto comisorio tácito.

Tal es la razón de que en el Código Civil francés la resolución por incumplimiento fue sistematizada en el apartado referente a las condiciones; codificada en seguimiento a cierta costumbre, como una condición tácita sobrentendida en los contratos, al grado de producir la confusión de su carácter de condición, o bien, de pacto comisorio.

En el siglo XVII, Pothier sostuvo que la falta de pago del precio permitía demandar la resolución del contrato, aunque no hubiera pacto comisorio, y agregaba que 'En los contratos sinalagmáticos se pone con frecuencia por condición resolutoria de la obligación que contrae una parte el incumplimiento de alguno de los compromisos de la otra. Aun cuando no se hubiera expresado en el contrato el incumplimiento de vuestra obligación como condición resolutoria de la que yo contraí para con vosotros, sin embargo este incumplimiento puede muchas veces producir la rescisión de la venta y consiguientemente la extinción de mi obligación. Pero es preciso que se haga la declaración por el juez...'¹⁵.

Ernesto Gutiérrez y González expone en la cita anterior: Por una parte, como explicaba Pothier la terminación producida por el incumplimiento a la venta, así como el pronunciamiento del juez respecto a determinarla. Además, por otra parte, la confusión en que incurrieron los redactores del Código napoleónico, al elaborar el articulado que contendría la norma resolutoria por incumplimiento contractual e incluir en su texto un sobreentendido pacto comisorio y la indispensable intervención de los tribunales.

¹⁵ Capitant citado por Ernesto Gutiérrez y González, *op. cit.*, nota 7, p. 529.

La doctrina dominante encuentra el antecedente y fundamento de la terminación por incumplimiento en la *lex commissoria*, que en el Derecho Romano resolvía la compraventa en abonos cuando el comprador omitía pagar el precio en cierto plazo, y que se sobreentendió como una cláusula puesta en todos los contratos bilaterales durante la Edad Media.

Mazeaud no comparte esa opinión; ‘en realidad, la resolución del derecho francés posee su origen remoto en la acción de repetición de los contratos innominados romanos’ y el pacto comisorio ‘no ha sido nunca de estilo’. En los siglos XVII y XVIII se tiende a olvidar el verdadero fundamento de la resolución (*la condictio*) para relacionarla con la autonomía de la voluntad (cláusula comisorio).¹⁶.

Para el propio Derecho Francés narrado, el contrato no se resuelve inmediatamente ante la eventualidad consistente en el incumplimiento de las prestaciones, sino que la parte diligente y que es afectada por la falta de su contraparte en el cumplimiento de las obligaciones celebradas, tendría la opción entre obligarlo a cubrir sus prestaciones, en caso de ser posibles, o bien, reclamar la resolución junto con los daños y perjuicios.

Es además, indispensable presentarse ante los tribunales a demandar la declaratoria jurisdiccional del fin al contrato, con la facultad de otorgarse un plazo al demandado para que ejecute su obligación, conforme a las circunstancias del caso, del objeto y de las prestaciones de que se trate.

Cuando en el siglo XVI triunfa en la obra de DUMOULIN el nuevo principio, la hace a través de la aplicación al compraventa de los principios de la resolución de los contratos innominados romanos, robustecida con la doctrina de los canonistas sobre la violación de la fe contractual. En los siglos XVII y XVIII se olvida el verdadero fundamento de la resolución, al tratar de relacionarla con la *lex commissoria* y, de este modo, basarla en la

¹⁶ Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones civiles*, 5ª ed., México, Oxford University Press, 1999. p. 308.

autonomía de la voluntad. DOMAT y POTHIER tratan de la resolución por incumplimiento a continuación de la cláusula resolutoria expresa, pero el propio tiempo insisten en los poderes concedidos al juez sobre la resolución, poderes que se explican con dificultad, si se funda la resolución en una convención, incluso tácita, de las partes.¹⁷.

El instituto resolutorio de los contratos por incumplimiento se incluyó en la codificación francesa, que inspiró a las demás codificaciones que siguieron su sistemática, caso dentro de los cuales se ubica México. El cese contractual por incumplimiento, conocido como pacto comisorio, fue recibido en el antiguo derecho francés, así como en el Código Napoleón, con una fuerte asimilación a su época, que revelan la trascendencia de la figura jurídica de trato.

En esa asimilación se denota la importancia práctica que cumple su cometido, que sirvió, a su vez, en esa medida de funcionalidad a las codificaciones inspiradas en el compendio napoleónico. En Francia se asimiló la *lex commissoria*, pero en mayor medida el temperamento prudencial exigido a los contratantes por el Derecho Canónico, en que fue ineludible la intervención del tribunal para componer el contrato y no dejarlo a los contratantes.

El artículo 1184 del Código Civil Francés, conocido como Código Napoleón, que preceptuó la terminación por incumplimiento contractual, a la letra establece:

Artículo 1184. La condición resolutoria se sobreentiende en todos los contratos sinalagmáticos para el caso de que una parte no cumpla su obligación.

En este caso el contrato no se resuelve de pleno derecho. La parte que no recibió la prestación a que se obligó la otra, puede optar entre obligar a ésta a que cumpla, mientras sea posible, o reclamar la resolución con daños y perjuicios.

La resolución debe demandarse a los Tribunales, y puede concederse al demandado un plazo según las circunstancias.

¹⁷ Álvarez Vigaray, Rafael, *op. cit.*, nota 9, p. 39.

Norma de donde se advierten las notas apuntadas que conformó durante su proceso histórico el ordenamiento jurídico francés, respecto al incumplimiento del contrato. Con el señalamiento a los contratos sinalagmáticos, la cláusula resolutoria sobreentendida en caso de incumplir uno de los contratantes, la necesidad de acudir a los tribunales, además de concederse un plazo para el cumplimiento.

En el caso del pacto comisorio sobreentendido o tácito, el contrato no se resuelve de pleno derecho; la parte en cuyo favor no se ha cumplido la obligación tiene que demandar ante los tribunales la resolución del contrato. Pero si el acreedor desea un procedimiento de resolución más expedito, cuenta para ello con un medio: le basta hacer del incumplimiento, en el plazo convenido, una condición resolutoria ordinaria; escoge este hecho, como tomaría cualquier acontecimiento, para hacer de él una condición. De esta manera el contrato se resuelve automáticamente, por solo efecto del incumplimiento, sin que deban intervenir los tribunales, y sin que haya medio de retardar o impedir la resolución concediendo un nuevo plazo al deudor. Marcel Planiol, Tratado elemental de derecho civil, tomo V, página 164, citado por Ricardo Treviño.¹⁸

La referencia de Planiol muestra como en la propia doctrina francesa se busca una correcta utilización de la cláusula resolutoria, que responde a la dinámica social, así como del acto contractual de que se trate.

La jurisprudencia francesa ha aplicado a estas cláusulas expresas de resolución un sistema de interpretación restrictiva que ha forzado a los acreedores a hacer cada vez más expresos en sus fórmulas materiales e imperiosos en sus exigencias. Si las partes se limitan a estipular la resolución en caso de incumplimiento, nada agregan a las disposiciones legales, y su convenio se limita a repetir el artículo 1184 del Código Civil francés que corresponde al 1949 de nuestra ley. Si se agrega que la resolución será de pleno derecho, con ello se hace inútil la intervención del juez; éste puede, en caso de litigio, declarar la resolución, pero no decretarla.¹⁹

¹⁸ Treviño García, Ricardo, *Teoría general de las obligaciones*, México, McGraw-Hill, 2007. p. 444.

¹⁹ *Ibidem*, p. 444.

Vista la progresividad histórica se advierte como parte de la doctrina encuentra el origen del instituto resolutorio, en la *lex commisoría* romana y en una inserción de ella en el Derecho consuetudinario. Pues, afirman acontecía su uso constante a grado de sobreentenderla en los contratos.

Aunque, si ello fuera así, advierten no cabría explicarse que actualmente el instituto resolutorio pasara de la compraventa, a los demás contratos bilaterales; ni pasar de la resolución con ausencia de declaratoria jurisdiccional, a la vía de requerirse su pronunciamiento para la resolución.

Pero, otra parte la doctrina encuentra los antecedentes en la *condictio on causam* y la *actio praescriptis verbis* de los contratos innominados romanos, para encontrar también esa postura que la institución resolutoria fue instaurada en el Derecho consuetudinario francés, primero en la venta de muebles y después en la venta de inmuebles.

También Demolombe afirma que el origen de la condición resolutoria tácita se encuentra en los contratos innominados de los romanos, e intenta deducir de esta afirmación la consecuencia de que la condición resolutoria tácita debe aplicarse no sólo a los contratos sinalagmáticos, sino también a todos los contratos a título oneroso, aunque sean unilaterales, puesto que, primitivamente, los contratos innominados no producían por si mismos obligaciones recíprocas.

Otros autores postulan el origen de la resolución en el Derecho Canónico, en cuanto consideró proteger el equilibrio posterior a la celebración del contrato, no solo en su inicio, que adjudican realizaba la disciplina romana.

Por lo cual, se tiene con esta crónica histórica de Rafael Álvarez Vigaray, que el instituto resolutorio no tiene su origen en un uso generalizado en el Derecho Consuetudinario Francés de la *lex commisoría* romana, sino que surge del Derecho Canónico y del ordenamiento romano de los contratos innominados del Derecho justiniano.

De ahí, se explica participar del juez para la terminación por incumplimiento que tiene la escuela jurídica francesa. Al igual que tiene sus antecedentes en la normativa canónica el atemperamiento en el uso del rigor de la resolución, con la facultad

jurisdiccional de la apreciación de causa suficiente para estimar el cese del contrato, junto a considerar un plazo de cumplimiento.

1.5 Código Civil para el estado de Oajaca (sic) de 1827-28

En los apartados anteriores se han revisado los principales antecedentes de la regulación referida al incumplimiento contractual por alguno de los contratantes, historia que contiene los preceptos que fueron y son fuente normativa para regular esa inejecución del contrato; nos trasladamos de Europa hacia América, específicamente a nuestro país, en razón de que lo anterior fue el antecedente cultural de las normas que rigen actualmente a la institución que estamos estudiando. No haremos referencia a los antecedentes prehispánicos, dado que para los alcances de esta investigación no tienen mucha relevancia.

En tal virtud fue parte dentro del proceso de elaboración del Código Civil moderno, por decir unos ejemplos desde el Código Napoleón hasta los promulgados en México en el Siglo XIX, así como los actuales.

Una vez narrados esos antecedentes extranjeros cabe mencionar cómo fue regulado en los documentos legislativos nacionales en México; por eso, con esta sección inicia una breve relación de codificaciones mexicanas respecto al incumplimiento del contrato.

Para tal efecto, la primera legislación revisada es el Código Civil para el Estado de Oajaca (sic) de 1827-28, debido a su temporalidad, al ser el primer Código legislado en México, pero también por cuestión de sus disposiciones en lo particular para la institución estudiada, inspiradas en la codificación napoleónica y demás antecedentes relatados, pero que tienen sus propias características.

En general el fenómeno de la codificación respondía a regular en mejor grado los derechos y deberes de las personas, fue una situación acontecida hacia finales del Siglo XVIII e inicios del Siglo XIX, Hispanoamérica también compartió esa fase de la Historia del Derecho para responder a las sociedades de su época, acuñar el valor de la experiencia jurídica anterior a esa legislación decretada en Código. En fin, permanecer e instaurar, en su caso, la juricidad que logre la vigencia de los deberes y derechos.

Por codificación, como es conocido, se entiende en un sentido amplio el proceso histórico que conduce a la elaboración de los diversos códigos y con referencia a cada una de las materias que se han codificado, se alude en particular, a Codificación Civil, Penal o Procesal. Este proceso rompió con el viejo sistema de las recopilaciones o compendio asistemático de las existentes leyes, pragmáticas y disposiciones reales; iniciándose una nueva metodología en la que, de una forma sistemática y articulada una ley de contenido homogéneo, es expresada en un lenguaje preciso donde se regulan todos los problemas de esa materia unitariamente acotada. El código resultante de este proceso, responderá a un plan lógico, en el que se contiene desde unos preceptos generales, unas normas principales a unos preceptos concretos.²⁰

Resulta un dato importante identificar la evolución del Derecho, en particular en el acontecimiento apuntado del Código legislado, que es relevante respecto al tema abordado en el presente trabajo, es decir, en el incumplimiento contractual; pues, es la fuente que establece las normas de esa institución jurídica. De ese modo, es importante reconocer las bases que reseñan las etapas históricas y sus correspondientes ordenamientos legales.

México fue participe de legislar el conocido “Código”, así lo fue en algunas materias, como en la asignatura del Derecho Civil. Pero las bases de la institución del incumplimiento contractual se encuentran en su secuencia histórica que apunta las preceptivas establecidas en diversos códigos que es pertinente conocer, entre ellos

²⁰ Rodríguez Gil, Magdalena, “Consideraciones sobre la codificación civil española y su influencia en las codificaciones iberoamericanas”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, Madrid España, Universidad Nacional de Educación a distancia, Segunda época, N° 6, verano otoño 1994, p. 214.

se ubica el primer Código en Iberoamérica; por ende, queda justificado conocer cuáles y cómo consignó ciertos preceptos al respecto.

El primer Código en México y en Iberoamérica enseña Raúl Ortiz-Urquidi lo conforma el Código Civil del Estado de Oaxaca, que el II Congreso Constitucional de esa entidad oaxaqueña expidió por separado en tres libros que sucedieron uno a otro, en la siguiente continuidad:

El primer libro precedido por el título preliminar, el día 31 de octubre de 1827, el segundo el 2 de septiembre de 1828 y el tercero el 29 de octubre del mismo año 1828, en la inteligencia de que estos libros fueron respectivamente promulgados por los señores gobernadores don José Ignacio de Morales, don Joaquín Guerrero y don Moguel Ignacio de Iturribarria, el 2 de noviembre de 1827 el inicial, el 4 de septiembre de 1828 el siguiente y el 14 de enero de 1829 el último.²¹

En la primera codificación en Iberoamérica, legislada hacia la segunda década del Siglo XIX en la entidad federativa de Oaxaca se regula el incumplimiento contractual, sin copiar las disposiciones del Código Napoleón, aunque lo inspira ese conjunto jurídico francés.

No se incluyen en el Código Oaxaqueño de 1827-28, los preceptos de la inejecución de prestaciones en la misma sistemática francesa, se distingue la falta de ejecución y en artículos separados lo referente a los daños y perjuicios, asimismo hace mención a la cláusula que hubiesen pactado los contratantes con respecto a esos posibles daños y perjuicios, caso en el cual el pago de esas afectaciones se limitarían a lo expresamente pactado. Lo que consiste un propio marco jurídico del incumplimiento contractual.

Especialmente, se reguló en la primera sistemática iberoamericana el incumplimiento en sus artículos 944, 943, 948 y 949, con las normas de los elementos consecuentes para su debida concreción.

El texto de los artículos 944, 943, 948 y 949, es el siguiente:

944. El deudor es condenado si hay mérito, al pago de daños é intereses, ya en razón de no haber ejecutado la obligación, ya á causa de la demora en la ejecución, siempre que él no justifique que la falta de ejecución proviene de una causa estraña que no puede serle imputada, aunque no haya alguna mala fé de su parte.

²¹ Ortiz Urquidi, Raul, *Oaxaca, cuna de la codificación iberoamericana*. Porrúa, México, 1974, p. 9.

943. Los daños é intereses no son debidos sino cuando el deudor es moroso en cumplir su obligación á escepcion del caso en que la cosa que el deudor estaba obligado á entregar ó hacer no podía ser entregada ni hecha sino en un cierto tiempo útil que ha dejado pasar.

948. En el caso en que la inexecución del contrato resulte de dolo del deudor, los daños é intereses no deben comprender respecto de la pérdida sufrida por el acreedor y de la ganancia de que ha sido privado, sino lo que es un resultado inmediato y directo de la inexecución del contrato.

949. Cuando se ha pactado en el contrato que aquel que falte á ejecutarlo, pague cierta suma á título de daño é intereses no se puede designar á la otra parte una cantidad mas grande ni menor.²².

Junto al incumplimiento se regula las bases para determinar los daños y perjuicios, así como la exigibilidad de la prestación, componentes de la ejecución, o bien, de la indemnización derivada del pacto fallido.

De tal modo, en los preceptos 939, 940, 941, 942 y 950 se estatuyó lo siguiente:

939. Toda obligación de hacer ó de no hacer se resuelve en daños é intereses, en caso de inexecución de parte del deudor.

940. No obstante el acreedor tiene derecho de pedir que lo que se haya hecho por contravención al empeño sea destruido; y puede hacerse autorizar para destruirlo á espensas del deudor, salvo su derecho para reclamar daños é intereses si hubiere lugar.

941. El acreedor puede también en caso de inexecución ser autorizado para hacer ejecutar él mismo la obligación á espensas del deudor.

942. Si la obligación es de no hacer, el que contraviniere á ella, estará obligado á daños é intereses por el solo hecho de la contravención.

950. En las obligaciones que se limitan al pago de una cierta cantidad de los daños é intereses que resultan de la demora en la ejecución, no consisten en otra cosa que en la condenación á los intereses ó réditos fijados por la ley, salvas las reglas particulares del comercio y de la fianza.

²² *Ibidem*, p. 246, 247.

Ellos solo se deben desde el día de la demanda, excepto el caso en que la ley los hace correr de pleno derecho.²³.

Estos artículos permiten concluir que establecían la indemnización por el incumplimiento. Pues, instituían los daños y perjuicios provocados a la parte cumplida; pero también estatuían el derecho al acreedor para que solicitase, incluso hacerse autorizar a cargo del deudor, a efecto de destruirse la ejecución realizada del compromiso resuelto finalmente sin la contrapartida esperada del otro contratante.

Esta regulación del Código Oaxaqueño citado se aparta no solo de la sistemática sino de la propia sustantividad de la normativa del Código Napoleón. Con la eventualidad de un particular régimen de los daños y perjuicios, para regir en el incumplimiento, distinto al conjunto, en cuanto a esa indemnización, con que adopta la tradición francesa a la institución resolutoria.

1.6 Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1870

El doctrinario Ramón Sánchez Medal se apoya en la exposición de motivos del Código Civil de 1870 y la cita para indicar, respecto a tal ordenamiento que ‘el artículo 1465 establece que la condición resolutoria va siempre implícita en los contratos bilaterales para el caso de que uno de los contrayentes no cumpliera con la obligación; pero como este principio pudiera ceder en perjuicio de un tercero que haya adquirido de buena fe, fue preciso limitarlo por el artículo 1467, y exigir para que la resolución perjudique al tercero que trató de buena fe, convenio expreso de que la obligación se rescinda por falta de pago y el correspondiente registro del contrato.’.

En el párrafo que antecede se advierte con toda claridad que nuestro legislador de esa época sólo concedía efectos entre las partes a la condición resolutoria implícita en los contratos bilaterales, puesto que para que la resolución del contrato sinalagmático por incumplimiento pudiera perjudicar a los terceros de buena fe se necesitaba este doble requisito:

²³

Idem.

- a) que hubiera pacto comisorio expreso y no la simple presunción de la cláusula resolutoria implícita;
- b) que dicho pacto comisorio expreso se hubiera inscrito en el Registro Público de la Propiedad.²⁴.

Asimismo, la exposición de motivos del Código de 1870 mencionaba que en el artículo 1465 del propio ordenamiento de 1870 se instituía el derecho a estipular expresamente en convenio la modificación que los contratantes formularan respecto de la responsabilidad civil que produjera el incumplimiento de un contrato sinalagmático celebrado entre ellas, derecho consagrado en dicha disposición civil y que daba como resultado una norma legal lejana a un sistema rígido e inderogable:

El artículo 1537 viene a confirmar lo dispuesto en el artículo 1465 respecto de la rescisión del contrato, y además contiene en principio la responsabilidad civil y abre la puerta a nuevos convenios, siempre útiles para evitar pleitos.²⁵.

Por el contrario, el primer estudio doctrinal de este Código civil de 1870 no aportó ningún dato de interés para precisar el sentido de los artículos de referencia, ya que se limitó a reproducir las ideas generales sobre el tema en estos términos:

'La condición resolutoria va siempre implícita en los contratos bilaterales para el caso de que uno de los contrayentes no cumpliera su obligación; porque no puede menos que presumirse que nadie quiere quedar obligado, sino en el caso de que la otra parte cumpla con lo convenido; y como no puede quedar al arbitrio de la parte culpable el rescindir o no la obligación, el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución del contrato, con el resarcimiento de daños y el abono de intereses, pudiendo optar por este segundo medio aún en el caso que habiendo elegido el primero no fuere posible el cumplimiento de la obligación.' (E. CALVA y F. DE SEGURA, Instituciones de Derecho Civil según el Código del Distrito Federal y Territorios de la Baja California, México, 1875, tomo II, De los Contratos, pág. 53, citado por Sánchez Medal).²⁶.

²⁴ Sánchez Medal, Ramón, *op. cit.*, nota 2, pp. 52, 53.

²⁵ *Ibidem*, p. 53.

²⁶ *Idem*.

En el Código Civil de 1870 se hizo la misma regulación del Código napoleónico, que también persistió en el Código Civil de 1884, el cambio fue hasta el Código de 1928 para quedar como actualmente permanece en un único precepto dispuesto en el artículo 1949, escrito en dos párrafos.

En los Códigos de 1870 y 1884 se reguló en tres artículos, que son los números 1465, 1466 y 1537, así como 1349, 1350 y 1421, respectivamente. Preceptos con el texto siguiente:

Artículos 1465 y 1349.- La condición resolutoria va siempre implícita en los contratos bilaterales, para el caso de que uno de los contrayentes no cumpliera su obligación.

Artículos 1466 y 1350.- El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento de la obligación ó la resolución del contrato con el resarcimiento de daños y abono de intereses; pudiendo adoptar este segundo medio, aun en el caso de que habiendo elegido el primero, no fuere posible el cumplimiento de la obligación.

Artículos 1537 y 1421.- Si el obligado en un contrato dejare de cumplir su obligación, podrá el otro interesado exigir judicialmente el cumplimiento de lo convenido ó la rescisión del contrato, y en uno y otro caso el pago de daños y perjuicios.

Sendos artículos tuvieron el mismo texto, pero cambiaba su número dentro de cada ley sustantiva civil; se advierte de ellos: la norma de sobreentender la cláusula resolutoria implícita, la referencia a los contratos bilaterales, el lineamiento para exigir judicialmente el cumplimiento o la rescisión contractual, con daños y perjuicios en ambos casos.

En especial, los artículos citados en tercer lugar -el precepto 1537 perteneciente al ordenamiento de 1870 y el diverso 1421 concerniente al Código de 1884-, darán pauta a la escuela de que en esos Códigos si procedía la necesidad de acudir a los tribunales para ejercer la acción resolutoria, en comparación con el Código de 1928 que fue una legislación donde se eliminó esos preceptos.

No obstante, el lineamiento de hacer indispensable la intervención del juez en el incumplimiento del contrato, constituye una postura que adopta parte de la doctrina e incluso se concreta en el Código Napoleón. Pero, es un tema en debate no acabado, donde la doctrina dominante acepta la intervención jurisdiccional en el único caso de la cláusula resolutoria expresa, no así en la implícita, que es la tratada en los artículos 1537 y 1421, respectivos en su orden a los Códigos de 1870 y 1884.

Otra nota que cabe apuntar en esos dos artículos es la referencia a la rescisión; a ese respecto, hay también correspondientes escuelas doctrinales, con efectos pedagógicos, pero también prácticos en su ejercicio.

Éste señalamiento resulta una exposición que reúne un afán de coherencia y no de ornato o ampuloso, que otra parte de la doctrina nacional e internacional, incluso ya en la propia Francia, entiende en llamar con más propiedad como resolución al cese por incumplimiento del contrato, y; prefiere ocupar la palabra rescisión para los casos de la lesión en los actos jurídicos, que ocurre en una excesiva, así como injustificada onerosidad del acto jurídico realizado por los celebrantes.

1.7 Código Civil para el Distrito Federal y Territorios de Baja California y Nayarit de 1884

El proceso de la sociedad mexicana durante el Siglo XIX dio lugar a la revisión y consecuentes modificaciones del Código Civil de 1870, catorce años después de su entrada en vigor el primer Código Civil que rigió en toda la República Mexicana fue adaptado a las expectativas del país con las realidades de entonces, ante un entorno al exterior de su territorio, también con un proceso en sus diversos ámbitos, entre ellos el político, social y económico de cambiantes realidades.

El Código Civil de 1870, fue objeto de una revisión en 1874, por una comisión encabezada por don Miguel S. Macedo y estuvo vigente hasta el año de 1932, aunque la parte relativa al Derecho de familia fue derogada para quedar regulada por la llamada Ley de Relaciones Familiares de 1917.²⁷.

En el estudio del incumplimiento del contrato por alguna de las partes, Ramón Sánchez Medal da cuenta del análisis que en el Siglo XIX realizaba el jurista Mateos Alarcón bajo las codificaciones distritales y de los territorios mexicanos de 1870 y 1884.

Para tal efecto, Sánchez Medal en su obra “Contratos Civiles”, explica que en contraste, con lo descrito en el apartado anterior, en lo referente a la legislación del

²⁷ De Icaza Dufour, Francisco, “La codificación civil”, Revista de Derecho Civil, México, Distrito Federal, Porrúa, Gobierno de la Ciudad de México, Septiembre 1998, p. 118.

Código Civil de 1870, Don Manuel Mateos Alarcón en su libro titulado “Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal, promulgado en 1870, con anotaciones relativas a las reformas introducidas por el Código de 1884” elaborado para analizar el propio Código de 1870, así como el Código Civil de 1884, muestra que tales ordenamientos concuerdan con exactitud en el tema, asimismo que tratándose de las consecuencias jurídicas producidas por la condición resolutoria expresa y por la condición resolutoria implícita tenían las siguientes diferencias:

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

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

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

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

Por el contrario, la resolución proveniente de la condición resolutoria implícita otorga derecho al perjudicado para exigir el resarcimiento de los daños y abono de intereses.²⁸.

El Código Civil de 1884, regulaba en el apartado de las obligaciones condicionales, la llamada “cláusula resolutoria implícita”, con la cual concedía al acreedor cumplido que solicitase el cumplimiento de la obligación, o bien, que requiriese la resolución –cese- del pacto celebrado con su deudor, más el pago de daños con sus intereses, mismo conjunto de derechos que implicaba ejercerse por la parte cumplida y con eso realizar una manifestación de voluntad.

²⁸ *Ibidem*, pp. 53, 54.

La segunda prerrogativa apuntada –requerir el cese contractual- no tenía lugar conforme a dicho Código, cuando operaba *ipso iure* la terminación del lazo, al haberse incumplimiento el contrato e impedirse ya que acudiera por el cumplimiento del contrato, debido a que entonces, en ese caso, resultaba contrario a la sistemática que seguía esa codificación de 1884.

El anterior derecho entre exigir el cumplimiento o el cese del convenio incumplido, traía consigo también como derecho del afectado que eligiera la terminación, cuando había primero solicitado el cumplimiento y no haber sido posible el cumplimiento (artículo 1350 del Código Civil de 1884).

1.8 Código Civil de 1928

El Código Civil de 1928 cambió la manera de sistematizar las instituciones jurídicas. Tarea realizada en seguimiento a la tendencia en esa misma pretensión que acontecía en esa etapa histórica en las diferentes codificaciones civilistas de las sociedades que se enfrentaban a las realidades de una sociedad industrial, con diferencias sociales e injusticias en un esquema de relaciones jurídicas desiguales entre poderosos y personas con escasos recursos para entablar relaciones en un plano de igualdad o, en todo caso, hacerlas valer, formalizándolas o no.

Como consecuencia de la nueva Constitución, promulgada en 1917, se pensó en la necesidad de adecuar a sus principios y a las nuevas exigencias de la vida las disposiciones del Código Civil. Con tal objeto, en el año de 1926 se comisionó al licenciado Ignacio García Téllez para que elaborara un proyecto de código, en el cual intervinieron otros distinguidos juristas, como los maestros don Francisco H. Ruíz y don Manuel Borja Soriano, entre otros.

Finalmente el proyecto fue concluido en 1928 y su promulgación se hizo hasta 1932. Sobre el método de trabajo utilizado para su redacción, nos dice García Téllez, primero se procedió a hacer una revisión crítica del código de 1884, después un estudio comparativo con la legislación

hispanoamericana, americana y europea, tomando en cuenta las necesidades y circunstancias propias del país.²⁹.

Este Código se encuentra inscrito en la llamada socialización del Derecho Civil que no es privativa de México, sino que es generalizada en diferentes países, y que en el Derecho mexicano se enmarca en la dinámica constitucional de 1917.

Ciertamente, en el Código civil de 1928 sólo se reprodujo en un único precepto, en el artículo 1949, el texto íntegro y conjunto de los antiguos artículos 1349 y 1350 del Código civil de 1884, pero no se reiteró en otro precepto del mismo Código Civil de 1928 la disposición v del artículo 1421 del derogado Código de 1884, que imponía al contratante perjudicado la necesidad de acudir a la autoridad judicial para obtener la resolución del contrato bilateral que había dejado de cumplir el otro contratante.

La razón de esta omisión consistió únicamente en un motivo de carácter general y de ninguna manera en una razón de exclusiva aplicación o referencia a la resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento.³⁰.

Y, es que inicialmente, en el proyecto de Código Civil de 1928 se contempló un Capítulo Segundo dentro del Título Cuarto denominado “De la rescisión de las obligaciones”; aunque, no fue aprobado en el decreto definitivo, de lo dispuesto en ese capítulo, resultaba innecesario reproducir el artículo 1421 del Código Civil de 1884 en un diverso artículo y, en particular, como lineamiento especial a la resolución contractual por incumplimiento.

Pues, el artículo citado en último término estableció el deber de que la resolución debía solicitarse al juez; por lo que, el proyecto inicial del Código de 1928 no formuló un artículo especial en la rescisión –llamada también resolución, terminación, etc.- contractual, debido a que estimaba un Capítulo especial para ese tema, aunque no fue aprobado posteriormente.

²⁹ De Icaza Dufour, Francisco, *op. cit.*, nota 27, pp. 118, 119.

³⁰ *Ibidem.* p 54.

Pero en su mayoría la doctrina considera que el Código de 1928 sistematiza la norma en el sentido de que la terminación por convenio expreso de las partes opera de inmediato cuando se produce el supuesto que los contratantes acordaron para tal efecto al celebrar el contrato.

Además que, por otro lado, el pacto comisorio implícito exige acudir al juez para que determine cesar el contrato; esa medida de instar al tribunal, a la vez, permite y exige del contratante cumpliente que cuando ejerce su reclamo lo formule en su demanda entre dos facultades: pedir el cese por incumplimiento, o bien, de ejecutar de modo forzoso el contrato.

Aunque el Código Civil tiene dos salvedades para que opere de inmediato la resolución del contrato, de modo que exenta la actividad del juez en esa controversia y sin inconveniente de que el acreedor afectado conserve su derecho a pedir en la propia vía jurisdiccional el cumplimiento del contrato.

La primera salvedad se refiere al supuesto de que en una compraventa el comprador no recibe la cosa (artículo 2900 del Código Civil de 1884 y artículo 2292 del Código de 1928), o bien, no exhibe el precio (artículo 2900 del Código Civil de 1884).

El segunda salvedad ocurre en el supuesto que establece la fracción II, del artículo 2412 del Código Civil, referente a permitirse la rescisión –cese- del arrendamiento cuando el arrendador incumple con conservar la cosa arrendada y, por ende, de realizar sus reparaciones necesarias, para mantenerla en estado de servir para el uso convenido o natural. Por lo que, con base en el diverso artículo 2416 el arrendatario podrá unilateralmente dar por terminado el arrendamiento mediante simple comunicación al arrendador y sin necesidad de obtener una sentencia de rescisión –cese-, incluso cuando el arrendatario haya puesto en conocimiento del arrendador la necesidad de hacer tales reparaciones, pues no se realizaron.

Finalmente, cuando en un contrato bilateral se produce el incumplimiento de una de las partes, nacen en ese momento a favor de la otra parte dos acciones, de entre las cuales puede elegir una de ellas para su ejercicio, a saber: la acción para pedir la ejecución forzada del contrato y la acción para obtener la resolución del mismo contrato. Ambas acciones que se generan al mismo tiempo, deben tener lógicamente idéntica duración en cuanto a su prescripción extintiva. No habría razón para que sólo la acción sobre cumplimiento de contrato quedara expuesta a extinguirse por prescripción en el plazo general de diez años que establece el artículo 1159 del Código civil o en los plazos más breves que para determinados contratos fijan los artículos 1161, 1162 y 1164 del mismo Código civil, y que, en cambio, permaneciera viva a perpetuidad sin estar expuesta a los mismos plazos de prescripción negativa, la acción paralela de resolución del contrato.³¹.

En el Código de 1928 se utiliza una mayor técnica jurídica en tanto se excluye el vocablo “condición” dentro de la norma que instruye el llamado pacto comisorio. En su lugar, se denomina el principio como la “facultad de resolver las obligaciones” se considera “implícita en las recíprocas”, para los contratos bilaterales.

Así, se aclara la sistemática que instituía y en algunas legislaciones entiende como obligación condicional al incumplimiento; estimativa relatada que, a su vez, nuestro Código mexicano recoge del Código Español, que atinadamente hizo ese aserto que determina mejor la amplitud de la institución de resolver las obligaciones.

El artículo 1949 del Código Civil de 1928 a la letra indica:

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

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

En este precepto el texto de la sistemática de 1928 eliminó el tercer párrafo que consignaban los artículos equivalentes en los precedentes Códigos de 1870 y 1884, que hacían referencia a la indispensable instancia del juez para decretar la resolución contractual por incumplimiento. Pero, abolir esa providencia origina un

³¹ *Ibidem*, pp. 59-60.

debate que indaga si consistía en ya no requerirse acudir a los tribunales para la resolución.

Pero es consabida la raigambre y debate en torno al aspecto de la intervención judicial, aunque por lo menos para esa polémica doctrinal son otros los elementos más fuertes a efecto de acreditar la intervención o no, como podrían ser la misma progresividad histórica, la importancia de la inejecución, o la normativa en otras naciones de reglamentar el contrato, su inejecución, con el respeto a los derechos de las partes, etc.

La eliminación del tercer párrafo de sus antecesores, se debe con mayor rendimiento práctico a una intencionalidad de mejorar el texto normativo, pero más precisamente para mejorar la propia norma, debido a que este artículo 1949 en sí reglamenta la llamada cláusula resolutoria implícita, donde es aceptada por el grueso de la doctrina la intervención del juez para declarar el incumplimiento, distinta a la norma conocida como cláusula resolutoria expresa que, en su caso, se regularía según el convenio que los contratantes tendrían que acordar al efecto.

Por otro lado, en el tema apuntado resulta pertinente relatar una serie de criterios jurisdiccionales que citaba el jurista Ernesto Gutiérrez y González, respecto del instituto resolutorio, que mencionada fueron referidos, a su vez, por Raúl Ortiz Urquidi, durante un examen profesional.

Esos precedentes jurisprudenciales apoyaban a Ortiz Urquidi para sostener su opinión en aprobar el funcionamiento de pleno derecho en el pacto comisorio, aunque en el único caso de haberse pactado expresamente, tal conjunto de ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se reproducen enseguida:

Pacto comisorio expreso.- La doctrina admite la posibilidad del pacto comisorio expreso, que encierra una condición resolutoria como otra cualquiera, y cuyo efecto es producir la resolución del contrato automáticamente, de pleno derecho, que caso de incumplimiento. Nuestro

Derecho no repugna ese pacto expreso, que no se encuentra en oposición con los artículos 6, 7 y 8 del Código civil, puesto que la voluntad de los particulares no exime de la observancia de ninguna ley ni contraviene leyes prohibitivas. Las partes indudablemente que tiene libertad para fijar expresamente los casos de extinción del contrato o, en otras palabras, de establecer condiciones resolutorias, y el pacto comisorio expreso como se ha dicho, no es otra cosa que una condición resolutoria. Tampoco es contraria al artículo 1949 del Código civil, ya que la validez y el cumplimiento del contrato no se deja al arbitrio de uno de los contratantes, sino que éstos pactan libremente la manera de resolverlo.

El anterior extracto de la ejecutoria, se hizo en otros términos diferentes por la misma Autoridad judicial y dijo:

Pacto comisorio expreso, excepciones por terceros en caso de.- Contiene un pacto comisorio expreso la cláusula de un contrato de compra venta que establezca que en caso de incumplimiento de una o varias cláusulas de dicho contrato, las partes manifiestan y se obligan a sus consecuencias, y que tendrán la facultad recíproca de rescindir la obligación sin necesidad de declaración judicial, bastando para el efecto una simple notificación notarial que se haga a la parte que haya originado la causa. Ahora bien, si el comprador no cumplió con varias de las obligaciones del contrato, y el vendedor, en uso de la mencionada facultad, dio por rescindido el contrato, operándose de pleno derecho su resolución, y en vista de ello demandó a la Compañía afianzadora el cumplimiento de la obligación del comprador, que afianzó, pudo dicha compañía oponer todas las excepciones inherentes a la obligación principal y, por lo mismo, defenderse diciendo que el contrato sí había sido cumplido y demostrar su cumplimiento, pues el actor no estaba en la posibilidad de probar un hecho negativo, o sea, que el comprador no había cumplido; pero si la mencionada afianzadora no opuso la excepción de cumplimiento ni lo demostró, debe cumplir la obligación accesoria que contrajo, si su única defensa fue tachar de ilegal el mencionado pacto comisorio, ya que la misma es ineficaz, pues el pacto comisorio expreso es una institución válida.

Más adelante el mismo Tribunal emitió otra resolución sobre el mismo problema, y así dijo.

Pacto comisorio.- El pacto comisorio es legítimo y en virtud de él y diversamente a lo que acontece con el tácito en que en el incumplimiento se requiere la declaración judicial para lograr la rescisión, el contrato se resuelve automáticamente por el solo efecto del incumplimiento y sin intervención de los Tribunales; por tanto, si el pacto comisorio no es

expreso sino tácito, es evidente que una de las partes no pudo rescindir por sí y ante sí el contrato tan solo porque la haya dejado de cumplir con las obligaciones que el propio contrato le impuso. Si el pacto comisorio o sea la cláusula por la que las partes convienen en que el contrato será resuelto si una u otra de ellas no cumpliera con su obligación, no figura expresamente en el documento en que consta el contrato respectivo, es evidente que tal pacto no pudo operar de pleno derecho.

Y por último, con relación al Código civil del Estado de Puebla, la Suprema Corte de Justicia en un caso sometido a su decisión resolvió:

Rescisión de pleno derecho de la compraventa.- Cuando no se pacta dicha rescisión, no es posible el artículo 2746 del Código civil del Estado de Puebla, el cual establece que el comprador puede pagar el precio aún después del término convenido, mientras no haya sido constituido en mora en virtud de un requerimiento; y debe estarse a la regla general del artículo 1270 del mismo Código que se refiere a la rescisión judicial del contrato por incumplimiento de la obligación. De la cláusula sexta del contrato de compraventa aparece efectivamente que no se estipuló su rescisión de pleno derecho por falta de pago de tres mensualidades, sino la facultad de exigir judicialmente su rescisión, situaciones que son bien distintas, puesto que en la primera operación queda rescindida sin necesidad de declaración (judicial) oficial y en la segunda es necesario seguir el juicio correspondiente ... No habiéndose concertado en la especie la rescisión de pleno derecho, no es aplicable al caso el referido precepto, y debe estarse a la regla general del artículo 1270 del Código civil del Estado de Puebla, el cual previene que si el obligado en un contrato dejare de cumplir su obligación, podrá el otro interesado exigir judicialmente el cumplimiento del contrato o la rescisión del mismo, y en uno y otro caso el pago de daños y perjuicios...³².

Ernesto Gutiérrez y González mencionaba que en la ejecutoria reproducida en primer lugar se identifica al pacto comisorio con la condición resolutoria tácita, pero que esa afirmativa era equivocada; toda vez que, el pacto comisorio corresponde al Derecho romano, en cambio la condición resolutoria tácita pertenece al régimen canónico que postulaba la resolución estatal, vía tribunales, de los convenios.

³² Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 7. pp. 534, 535.

Además del desacierto que considera el pacto comisorio como una condición resolutoria, con el significado de una obligación condicional, en que el incumplimiento resultaría ser el acontecimiento futuro de realización incierta del que depende el cese de los derechos y obligaciones contractuales.

Pero el incumplimiento no es un acontecimiento incierto, más bien es un acto voluntario o involuntario, doloso o culposo, que evita se realice el contrato de la manera en que pactaron y esperaban las partes.

También Gutiérrez y González resalta su postura en el tema de la resolución del contrato, y dice que en las dos últimas ejecutorias reproducidas la Suprema Corte sostiene que el pacto comisorio opera de pleno derecho, únicamente cuando es un pacto expreso, pero para el caso de que sea un tácito es indispensable acudir a la declaratoria jurisdiccional.

Continúa Gutiérrez y González con su pronunciamiento doctrinario al respecto, en el sentido de afirmar como un absurdo el resultado de las dos últimas ejecutorias, que denota un desconocimiento de los señores Ministros firmantes, acerca de los antecedentes del pacto comisorio, además de aducir una la falta del cuidado en cotejar la particular disposición de trato en los textos legales civiles del Código Napoleón (artículo 1184), del Código de 1870 (artículo 1465), del Código de 1884 (1349) y del Código de 1928 (artículo 1949). Pues, sostenía Gutiérrez y González que no existe razón lógica para terminarse *ipso iure*, en el caso de haberse celebrado por las partes el pacto expreso, pero no operar en esa misma calidad de *ipso iure* cuando existe el pacto tácito, también adiciona que como cláusula tácita opera siempre que los contratantes hayan sido omisos en estipularla, al consistir en una cláusula natural; añadido a ello, cita como apoyo de su postura que el saneamiento por evicción debe legalmente ser solventado por el enajenante, aunque no hubiese pacto expreso, al tratarse de otra cláusula natural.

El transcurso histórico advierte las fuentes de regulación para el incumplimiento de los contratantes al acuerdo celebrado, son disposiciones que contienen también efectos prácticos, ya que son tomados en cuenta en la polémica y en las propuestas de reforma de tal institución jurídica en los intercambios contemporáneos.

Los antecedentes del incumplimiento contractual por alguno de los contratantes da pauta incluso a distintas regulaciones en esa asignatura, incluso los mismos antecedentes son materia para diversas teorías, ejemplifica esto las explicaciones doctrinales que encuentran el origen de las normas de la inejecución en diferentes etapas romanistas, para unos basada en la *lex commisoría* romana y en su sobreentendida inserción consuetudinaria, para otros en la *condictio on causam* y la *actio praescriptis verbis* de los contratos innominados romanos.

Los textos jurídicos han establecido los preceptos normativos conforme a cada sociedad que referían, actualmente, esas fuentes históricas han dado origen a las regulaciones del incumplimiento contractual, en tal medida regulan y dan fundamento a la institución legislativa.

De la misma manera en la sociedad o sociedades de hoy existen los intercambios en la dinámica de una misma sociedad, pero también son constantes los intercambios con otras sociedades que hace examinar las regulaciones del incumplimiento que en general son constituidas a partir de los antecedentes descritos en este capítulo.

Capítulo 2

Generalidades del contrato

2.1 Noción de contrato

En este segundo capítulo se expondrán algunos conceptos generales del contrato para enmarcarlo en su dinámica negocial y jurídica. El contrato es un concepto común en el Derecho que es materia para elaborar nuevas consideraciones de su concepción debido a las características de los intercambios que en la actualidad son realizadas en las sociedades, donde convergen contratos tradicionales, propiamente civiles, con diversos actos, por ejemplo, los mercantiles, los de consumo, entre otros.

En el contrato la legislación protege los intercambios que celebran las personas para conducir sus actividades, éstas permiten el funcionamiento de la sociedad, los hechos consignados en esos pactos se enmarcan dentro de ciertas características establecidas en las normas legales.

De esta manera, en el caso del Código Civil para el Distrito Federal, se conforman normas especiales en un catálogo de las operaciones más comunes, denominadas doctrinalmente, como contratos típicos, también llamados contratos tradicionales; aunque, también se establece un apartado de disposiciones generales, con eso permitir y garantizar los deberes de los contratos ubicados en esa lista, además de regular del mismo modo a los contratos fuera de tal índice, conocidos como contratos atípicos. Para, en todo caso, proteger a los contratantes o evitar abusos.

En el plano jurídico, llegada la modernidad como etapa histórica, existe numerosamente la doctrina de identificar al contrato como un acuerdo de voluntades y de tal convenio su soporte obligacional, la norma que lo guiará, que lo regirá; aunque, también encuentra elementos adicionales para esta clase de instituciones jurídicas, así:

La fuerza obligatoria del contrato reside en el acuerdo de voluntades (*servanda est fides, pacta sunt servanda*), aunque la doctrina expone otros fundamentos, como '[...] las exigencias de la vida social, como un imperativo de la seguridad y del orden. Para otros la fidelidad de la promesa garantiza la defensa de los bienes de toda clase, que es la finalidad del derecho. Los contractualistas (GROCIO, PUFENDORF, ROUSSEAU) la fundamentan en un pacto social tácito; y los utilitaristas (BENTHAM), en un interés positivo en beneficio de la sociedad y del individuo. Otros se apoyan en un natural impulso psicológico a cumplir (LIPPS); o en el deber universal de decir la verdad o en un imperativo moral dirían los canonistas. [...], como también hay otros que indican el derecho positivo como el fundamento de toda validez jurídica' (Gabriel Escobar Sanín, *Negocios civiles y comerciales*, t. II, *Teoría general de los contratos*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1994, pág. 21. Citado por Castro de Cifuentes, Marcela).³³.

En general por contrato se reconoce al medio de intercambio de bienes y servicios que resultan favorables a las personas para llevar a cabo sus actividades en la sociedad.

En el ámbito jurídico mexicano se estatuye como género al convenio y como especie al contrato; el convenio ocurre cuando las personas crean, transfieren, modifican o extinguen obligaciones y el contrato cuando las crean o transfieren. De ese modo lo establecen los artículos 1792 y 1793 del Código Civil para el Distrito Federal:

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

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

El Derecho regula este importante instrumento para las actividades cotidianas, en marcha de amoldarse a las necesidades sociales; también, en la tarea de proteger a los derechos y obligaciones de las partes que celebran el contrato, a la vez, con esa función garantizar que la sociedad sea beneficiada por las operaciones

³³ Castro de Cifuentes, Marcela (coord.), *Derecho de las obligaciones*, Bogotá, Colombia, Temis, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2009, pp. 626, 627.

convencionales llevadas a buen término y en suma conlleven al ejercicio de los derechos y obligaciones de las personas.

Fernando S. López de Zavallía manifiesta: 'En nuestro sistema de vida, todos contratamos a diario. Según acertadamente se ha señalado, nadie escapa a la inmensa red contractual, pues aun cuando se limitara a mendigar, ya irrumpiría en el derecho de obligaciones, bajo la forma del contrato de donación. El contrato se manifiesta como el gran instrumento para la circulación de los bienes y servicios.

Por su parte, Patricia Hernández Esparza expresa:

El mundo jurídico se desenvuelve y se refleja en obligaciones que afectan a los individuos, a las sociedades y a las naciones, y es el conjunto de vínculos jurídicos, de obligaciones, el que provoca el movimiento social. Las obligaciones nacen de diversa manera, una clásica, es el contrato. Desde tiempos remotos, la figura del contrato aparece en la vida jurídica de los pueblos, y su reglamentación y clasificación ha sido objeto de estudio, de esfuerzos numerosos y de realizaciones interesantes; algunas de ellas pasajeras, pero otras que han adquirido trascendencia secular.³⁴

El contrato regula derechos y obligaciones concernientes a los bienes objeto de convenirse; pero, también cabe contratarse sobre derechos, la mayor atención de la disciplina jurídica al respecto se encuentra en los derechos de autor.

Dentro de la terminología jurídica se ha hecho una distinción entre contratos y convenios en sentido estricto: al contrato se le ha dejado la función positiva, es decir, el acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones, y al convenio en sentido estricto le corresponde la función negativa de modificar o extinguir esos derechos y obligaciones. El convenio *lato sensu*, comprende ambas funciones.³⁵

³⁴ Treviño García, Ricardo, *Teoría general de las obligaciones*, México, McGraw-Hill, 2007. p. 135.

³⁵ Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil*, 25ª ed., México, Porrúa, 2004, v. 4, p.7.

2.2 Noción de prestación

Las actividades desempeñadas por las personas son tareas que, a su vez, hacen posible el funcionamiento de la sociedad, sin embargo también dan origen a interacciones entre los diversos integrantes del conglomerado social, de manera que sean llevados a cabo los intercambios que permitan ofrecer y allegarse de los bienes, así como los servicios que resultan necesarios para esa sociedad.

Uno de los medios para realizar esos intercambios se encuentra en el contrato, que para conseguir tales efectos regula el Derecho. En esos contratos se establecen las prestaciones que son contratadas, se establece el ofrecimiento y la aceptación, cuál es el bien jurídico susceptible de intercambio y protección jurídica. La prestación consiste en la atribución o cambio de bienes y servicios entre los contratantes, más que dar cuenta de la obligación o deber contratado por las partes.

2.3 Elementos esenciales del contrato

2.3.1 Consentimiento

El consentimiento es 'el acuerdo o concurso de voluntades que tiene por objeto la creación o transmisión de derechos y obligaciones. En los convenios, *lato sensu*, el consentimiento es el acuerdo o concurso de voluntades para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones y derechos. Todo consentimiento, por tanto, implica la manifestación de dos o más voluntades y su acuerdo sobre un punto de interés jurídico.³⁶

³⁶ *Ibidem*, v. 3. p.52.

Por su parte, Ricardo Treviño García señala al consentimiento “como un acuerdo de voluntades que implica la existencia de un interés jurídico; en el caso particular del contrato, ese interés consiste en la creación o transmisión de derechos reales o personales.”³⁷

El contrato reúne a dos o más manifestaciones de voluntad, que convergen a un interés jurídico común, mediante el cual se crean o transmiten derechos reales, o, en su caso, derechos personales, donde se entiende por derechos personales, a los derechos de crédito y a las obligaciones.

Son dos manifestaciones de voluntad para conformar al consentimiento: Una es la oferta o policitud que consiste en la proposición de celebrar el contrato; la otra se designa como aceptación, que radica en la manifestación de plena conformidad con la oferta. Las partes pueden estar presentes (caso de comunicación inmediata) o pueden estar entre ausentes (supuesto de comunicación mediata).

Como expone Treviño García para conformarse el consentimiento es indispensable una aceptación lisa y llana de la oferta, lo cual implica que a la oferta no se haga ninguna modificación (art. 1810). En caso de que se modifique la oferta en su aceptación, el oferente se desliga del ofrecimiento y se invierten los papeles, según el propio artículo 1810.

Conforme al artículo 1808, cuando el oferente se retracte de su oferta y el destinatario reciba tal retractación antes de que reciba la oferta, se tiene por no hecha la oferta; asimismo, para el caso de que se retire la aceptación se establece la misma regla, como lo dispone el mismo artículo 1808.

³⁷ Treviño García, Ricardo, *Los contratos civiles y sus generalidades*, 7ª. ed., México, McGraw-Hill, 2008, p. 9.

Para formarse el consentimiento hay dos maneras: la expresa y la tácita. La manera expresa consiste en hacerse por escrito, verbal, mediante medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos.

La manera tácita consiste en expresarse por hechos o actos que lo presupongan o autoricen a presumirlo, con la salvedad de que deba manifestarse expresamente por disposición de la ley o por convenio (art. 1803).

2.3.1.1 Formación del contrato.

El convenio de las partes implica celebrarse el acuerdo de voluntades que involucra el proceso en producir o transferir derechos y obligaciones, el Código formula las disposiciones para lograr la formación del contrato y dar por realizada la manifestación del consentimiento, cuando sea: tanto entre presentes, como entre no presentes.

Con este respecto cabe mencionar el acontecer coetáneo, seguido de una numerosa doctrina, en torno a las características actuales que reúnen las ofertas y aceptaciones de bienes y servicios, principalmente mediante los medios tecnológicos utilizados para ello, como son el teléfono, la informática.

Aunque, también corresponde referir una notoriedad, que alguna parte de la doctrina subraya para examinar su viabilidad jurídica, consiste que en el mismo caso se presenta la regulación del Código elaborada en respuesta a la realidad existente en la fecha de promulgarse, hacia el año 1927, cuando no había estos adelantos.

No obstante, en México algunos ordenamientos de modo expreso han reproducido la nueva realidad, por ejemplo el Código Civil Federal ha sido reformado para que en su texto fueran catalogados tales medios tecnológicos e informáticos y así adecuarse a nuevos fenómenos como las contrataciones electrónicas; en esa medida, tales

modificaciones han sido más copiosas dentro del Derecho Mercantil, el Código de Comercio muestra esa tendencia.

La formación del consentimiento entre presentes ocurre cuando existe: a) oferta sin fijación de plazo; b) oferta con plazo; c) oferta por teléfono; d) cuando el oferente queda libre de su oferta.

- A) Oferta sin fijación de plazo. Según el artículo 1805, cuando el oferente realiza su oferta sin fijar el plazo queda obligado al momento que recibe una aceptación inmediata acerca de su oferta, en caso contrario queda desligado.
- B) La oferta con plazo. Conforme al artículo 1804 produce que el oferente quede obligado a sostener su oferta hasta el vencimiento del plazo que formuló.
- C) Oferta por teléfono. Treviño García hace notar que acorde a la parte final del artículo 1805 se considera como una oferta entre presentes.
- D) Cuando el oferente queda libre de su oferta. Ocurre al modificarse la oferta mediante una aceptación que no sea lisa y llana; pues, esa respuesta revierte los papeles de oferente y aceptante, para aceptarse la nueva oferta del otro contratante, con ello desliga al primer oferente de su oferta, de acuerdo al artículo 1810.

Cuando la formación del consentimiento ocurre entre no presentes la oferta puede hacerse sin plazo, o bien con plazo. En el primer caso el oferente queda ligado durante tres días, además del tiempo necesario para la ida y vuelta regular del correo público, o del que se juzgue bastante, al no haber correo público, según las distancias y la facilidad o dificultad de las comunicaciones (art. 1806). En el segundo caso queda ligado hasta el término del plazo propuesto (art. 1804).

Para la formación del consentimiento entre no presentes ocurren cuatro sistemas: el sistema de la Declaración, el de la Expedición, el de la Recepción y el de la Información. En el artículo 1807 del Código Civil para el Distrito Federal se hace

constar que la legislación mexicana sigue el sistema de la recepción, tal artículo tiene el texto siguiente:

Artículo 1807: El contrato se forma en el momento que el proponente recibe la aceptación, estando ligado por su oferta según los artículos precedentes.

El principio consignado en el artículo citado se exceptúa dentro del contrato de donación regulado en el propio Código Civil, cuando instituye en el caso de celebrarlo entre ausentes seguir el sistema de la información, cuya esencia sostiene formarse el consentimiento al momento de enterarse el oferente que su oferta fue aceptada (art. 2340).

Para el caso de fallecido el oferente nuestro autor Treviño García señala que si el aceptante no sabe de tal deceso, la ley respeta ese desconocimiento y obliga a los herederos del ofertante a celebrar el contrato; por lo que, en sentido contrario, si el aceptante sabe de la muerte del oferente los herederos de éste no quedarán obligados por dicha oferta (art. 1809). Empero, la salvedad a esta regla consta en lo dispuesto para el contrato de donación en los artículos 2340 y 2346, para disponer que la aceptación debe hacerse del conocimiento del donante y en vida de éste para que surta efectos en vida.

En cuanto a la propuesta y aceptación realizadas por telégrafo rige el artículo 1811 del Código Civil para el Distrito Federal: “La propuesta y aceptación hechas por telégrafo producen efectos si los contratantes con anterioridad habían estipulado por escrito esta manera de contratar, y si los originales de los respectivos telegramas contienen las firmas de los contratantes y los signos convencionales establecidos entre ellos.”

2.3.1.2 Ausencia del consentimiento.

El consentimiento es un elemento esencial del contrato pero existen dos grados de error que lo pueden eliminar, esos dos tipos de error son: a) error sobre la naturaleza del contrato y b) error sobre la identidad del objeto.

El primer tipo de error mencionado, referente al error sobre la naturaleza del contrato, significa la confusión que tienen los contratantes en el acto convenido, donde uno de los celebrantes cree realizar determinado contrato, pero su contraparte cree celebrar un contrato diferente.

En cuanto al segundo tipo de error, sobre la identidad del objeto, ocurre cuando las partes confunden el objeto del hecho contractual respectivo, así uno de los pactantes pretende contratar con determinado objeto y el otro celebrarlo con un diverso objeto.

Por otro lado, la simulación absoluta, acontece en el caso de un acto ficticio, que se declara, aunque únicamente para disimularlo y ostentarlo; pues, es falso o artificioso, respecto al cual existe un diverso acto no declarado, que impulsa realizar el acto ficticio y así esconder el acto no declarado.

En el acto simulado, de manera absoluta, es obvio que no existe consentimiento; pero como se le da cierta apariencia que puede inducir a los terceros de buena fe a celebrar otros actos, el legislador ha establecido de manera atinada, que, si la cosa o derecho han pasado a título oneroso a un tercero de buena fe, no habrá lugar a la restitución, y que también subsistirán los gravámenes impuestos a favor de terceros de buena fe (art. 2184).

Claro está que si el objeto o derecho del contrato simulado no ha pasado a terceros sino que se encuentra todavía en poder de una de las partes que intervino en el acto simulado, el legislador, con todo acierto, declara que ese acto simulado de ninguna manera producirá efectos jurídicos (art. 2182).³⁸.

³⁸ *Ibidem*, p. 15 y 16.

2.3.2 Objeto.

Cuando los contratantes celebran el evento contractual formulan la creación o transmisión de derechos y obligaciones que los ligarán entre ellos, esos derechos y obligaciones son el objeto directo del contrato, acorde con el artículo 1,793 del Código Civil Federal que establece: “Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos, toman el nombre de contratos.”.

En los contratos también se distingue un objeto indirecto que implica la cosa, el hecho, o bien, la abstención, como lo indica el artículo 1824 del ordenamiento citado con la disposición textual siguiente: “Son objeto de los contratos: I. La cosa que el obligado debe dar; II. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer.”.

El objeto en el contrato no es la cosa o el hecho. Este es el objeto de la obligación, pero como el contrato crea la obligación y la obligación tiene como objeto la cosa o el hecho, la terminología jurídica, por razones prácticas y de economía en el lenguaje ha confundido, principalmente en los códigos, el objeto de la obligación con el objeto del contrato. De esta manera nos dice el Código Civil vigente en su artículo 1824: “Son objeto de los contratos: I.- La cosa que el obligado debe dar; II.- El hecho que el obligado debe hacer o no hacer.”.

Desde el punto de vista doctrinario se distingue el objeto directo, que es crear o transmitir obligaciones en los contratos, y el objeto indirecto, que es la cosa o el hecho que asimismo son el objeto de la obligación que engendra el contrato. A su vez, en la obligación el objeto directo es la conducta del deudor, y el indirecto la cosa o el hecho relacionados con dicha conducta.³⁹.

Por su parte, Bernardo Pérez Fernández del Castillo afirma que el objeto del contrato puede analizarse de acuerdo a dos categorías distintas: el objeto jurídico y el material. A su vez, el objeto jurídico se divide en directo e indirecto.

³⁹ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, nota 35, v. 3, p. 60 y 61.

Por *objeto jurídico directo* se entiende a la creación y transmisión de derechos y obligaciones. Cabe recordar que el contrato representa una fuente de obligaciones, por tal motivo origina obligaciones.

En cuanto al *objeto jurídico indirecto* del contrato, se tiene que es el objeto directo de la obligación, esto es, el dar, hacer o no hacer.

Asimismo, corresponde señalarse un tercer carácter del objeto en los contratos, constituido por el propio objeto material del contrato, que será la cosa para dar, el hecho a realizar, o bien, la conducta que debe abstenerse.

El Código Civil para el Distrito Federal regula simultáneamente los objetos jurídicos, tanto directo como indirecto, sin hacer distinción con el objeto material del contrato.⁴⁰

El objeto es un elemento de existencia del contrato, para realizarse debe ser física y jurídicamente posible, conforme los distintos tipos de obligaciones, es decir, según sean obligaciones de dar, hacer o no hacer.

Para las obligaciones de dar, para que sea posible físicamente el objeto del contrato, la cosa debe existir en la naturaleza; sin embargo, el mismo Código contiene salvedades:

Una de ellas sucede cuando permite que las cosas futuras sean objeto de los contratos; toda vez, que es posible que lleguen a existir, aunque, a la par, regula dos excepciones establecidas en los artículos 1826 y 2333.

Como se advierte del artículo 1826 del Código, disposición que indica: “Las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato. Sin embargo, no puede serlo la herencia de una persona viva aun cuando ésta preste su consentimiento.” Y, en segundo lugar el

⁴⁰ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Contratos civiles*, 12ª ed., México, Porrúa, 2008, pp. 25 y 26.

supuesto de prohibir que la donación pueda recaer sobre bienes futuros, como señala el artículo 2333 de la ley sustantiva civil distrital.

Para que la cosa en las obligaciones de dar sea posible jurídicamente, también tiene que estar en el comercio y ser determinada o susceptible de determinarse en cuanto a su especie.

La cosa se encuentra dentro del comercio, cuando por su naturaleza o por disposición de la ley pueda ser objeto de apropiación, en esos términos lo indican artículos 747 y 748 del Código Civil. Asimismo, la sistemática dispone encontrarse fuera del comercio por su naturaleza los bienes que no pueden ser poseídos en forma exclusiva por una persona, como lo preceptúa su artículo 749, ejemplos serían el aire, el ambiente, etc. Al igual, quedan fuera del comercio por disposición de la ley, las cosas que el propio estatuto legal declara irreductibles a propiedad particular.

Respecto, a la determinación de la cosa, o su susceptible determinación en especie, debe indicarse los grados de determinarla: a) individual, b) en especie y, c) en género.

a) La determinación individual, señala la especie y características de las cosas; con lo cual, las distinguirá de las cosas semejantes y evitará confundirlas con las demás. Con la determinación en especie, se determina en cantidad a los bienes fungibles, es precisamente una determinación para los bienes fungibles, que al momento de exigirse su cumplimiento deben individualizarse. Cuando la especie sea indeterminada y no se precise la calidad de la cosa, el deudor deberá entregar una de mediana calidad, como lo establece al artículo 2016. Cuando la determinación de la cosa sea en género, casi en absoluto es inexistente la obligación de que se trate, debido a su indeterminación.

En las obligaciones de hacer, puede tratarse de algún hecho positivo, o en su caso, de uno negativo, que requieren la posibilidad física y la posibilidad jurídica.

Tiene posibilidad física el hacer o no hacer, cuando es compatible con una ley de la naturaleza. La posibilidad jurídica es cuando la realización del hacer o no hacer cumple con las disposiciones jurídicas, con la falta de prohibición en esas normas para realizarse el actuar o la abstención.

Cuando el hacer o la abstención, es imposible llevar a cabo por el obligado, pero sí por otra persona en lugar de él, no significa que es imposible físicamente, conforme al artículo 1829.

2.4 Elementos de validez del contrato.

2.4.1 Capacidad.

La capacidad es la aptitud de la persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, es un elemento de validez del acto jurídico, como el contrato es una especie de acto jurídico también debe reunir a la capacidad como un elemento de validez para su plena vigencia. Existen dos clases de capacidad: La de goce y la de ejercicio.

La capacidad de goce, radica en la posibilidad jurídica de ser sujeto de derechos y obligaciones, inicia con el nacimiento y termina con la muerte, pero el artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal la protege desde la concepción.

En cuanto a la capacidad de ejercicio, consiste en “la posibilidad de la persona para actuar, ejercitar sus derechos, contraer obligaciones, celebrar contratos y cumplirlos por sí misma, que sólo la tienen los que han llegado a la mayoría de edad y está en pleno uso de sus facultades mentales.”⁴¹.

⁴¹ Treviño García, Ricardo, *op.cit.*, nota 37, p. 41.

2.4.2 La ausencia de vicios de la voluntad.

La ausencia de vicios de la voluntad, es otro elemento de validez del contrato, como especie del acto jurídico. Denominado de diferentes maneras en la doctrina, una es “ausencia de vicios de la voluntad”, aunque el Código lo dispone como que el consentimiento debe estar libre de error, dolo, mala fe, violencia o lesión.

El error puede afectar la voluntad o el consentimiento del contrato. Así el “error” como vicio del contrato encuentra las siguientes acepciones: un falso concepto de la realidad; el conocimiento equivocado de una cosa, de un hecho o de una norma jurídica; así como, la inadecuación de algo o de alguien con la realidad.

Treviño García expone una clasificación de cuatro especies de error:

1. Error obstáculo o radical, 2. El error de gravedad media, llamado también error nulidad, 3. Error de cálculo o de aritmética y 4. Error indiferente.

El error obstáculo o radical, no es propiamente un vicio del consentimiento, es un error en la naturaleza del acto contractual o en la identidad del objeto a contratar, que produce la inexistencia del acto jurídico debido a que el consentimiento no se lleva a cabo, no alcanza a formarse.

Por error nulidad, también conocido como error de gravedad media, se entiende al error de hecho o de derecho en el motivo determinante de la voluntad con que las partes celebran el contrato, que debe haberse declarado al momento de celebrar el contrato, o bien, acreditarse que por las circunstancias del propio contrato, se celebró con el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa (art. 1813); es un error que vicia la voluntad y origina la nulidad relativa.

En ese punto, el motivo determinante de la voluntad son las razones personales con las cuales el contratante realiza el acuerdo de voluntades, a la vez, esas razones son

cualidades físicas o jurídicas, acerca del objeto del contrato, o bien, acerca de su contraparte.

Así, el error en el motivo determinante de la voluntad recae en una cualidad física del objeto o del sujeto, será un error de hecho. Pero, si recae en una cualidad jurídica del objeto o del sujeto, será un error de derecho, donde esa cualidad es jurídica se refiere a una norma de derecho.

Desde otro lado, si el error da lugar a la rectificación, se tiene un error de cálculo o de aritmética, conforme al artículo 1814 del Código Civil Distrital, un ejemplo es la entrega de nueve toneladas de un grano, en lugar de diez toneladas pactadas en una compraventa.

Por error indiferente, se tiene al que no guarda ninguna relación relevante con el acto, en nada le afecta, por ejemplo si en una compraventa una de las partes pensó que su contraparte tenía padres, pero es huérfano.

Entre los vicios de la voluntad también se enumera el dolo, el consentimiento debe estar libre de dolo.

Dolo es la maniobra, trampa o engaño del contratante o de un tercero, para inducir o mantener en error a la otra parte al celebrar un contrato.... El *dolo* es una conducta de naturaleza activa que en sí misma no es un vicio del consentimiento, sino que trata de provocar el vicio error y cuando no logra inducirlo el consentimiento no está viciado, por tanto, y a pesar del dolo, el contrato es válido porque el dolo sólo es un medio para inducir a error.⁴².

Martínez Alfaro considera al dolo como una forma de inducir al error o de provocar el error y no lo considera como un vicio autónomo del consentimiento, con este posicionamiento elabora una clasificación para exponer el dolo, como enseguida se enuncia.

⁴² Martínez Alfaro, Joaquín, *Teoría de las obligaciones*, 8ª ed., México, Porrúa, 2001. p. 99.

1. En primer lugar está el dolo principal que produce un error nulidad, con el requisito de que el error al que se induce recaiga en el motivo determinante de la voluntad, supuesto en que el contrato resulta afectado con nulidad relativa (arts. 1816 y 2228).

2. El dolo incidental en segundo lugar, es originado por un error indiferente, que incluso en caso de haberlo conocido hubiese dado lugar al contrato, esta clase de dolo no afecta la validez del contrato, inclusive si éste es más oneroso, sólo daría lugar al ajuste o indemnización correspondiente.

3. Dolo bueno, radica en ponderar las bondades o cualidades de las mercancías con artificios o propaganda por parte de los comerciantes, lo establece el artículo 1821 del Código. Este tipo de dolo no afecta la validez del contrato.

4. Dolo recíproco, es cuando uno y otro de los contratantes actúan con dolo, caso en que ninguna de las dos puede pedir la nulidad, ni reclamarse mutuamente (art. 1817).

Otro vicio de la voluntad que afecta el consentimiento es la mala fe, el Código Civil establece que el consentimiento debe estar libre de ésta, se regula igualmente dentro del elemento de validez de los actos jurídicos en cita.

La mala fe consiste en disimular un contratante su conocimiento respecto del error en que se encuentra el otro contratante, para mantenerlo en ese estado erróneo. Art. 1815....Los medios para lograr que un contratante esté en error son la inducción o el mantenimiento en el error, a través de maquinaciones o disimulaciones, independientemente de los términos que para tal efecto se utilicen, y todos estos medios estarán comprendidos en los vocablos dolo y mala fe, o sea, dolo y mala fe son instrumentos para provocar o mantener el error y sólo producen efectos cuando se da el error, en consecuencia, tiene un valor secundario el pretender atribuirles un significado exacto e inmutable, dado que el mismo puede ser parcialmente variable.⁴³

⁴³ *Ibidem*, pp. 99 y 100.

El dolo proviene de los contratantes, sea uno o sea el otro, aunque puede provenir de una tercera persona a la liga contractual, es una diferencia central con la mala fe, una variante de definición; pues, la mala fe en exclusiva corre a cargo de alguna de las partes.

Violencia. En el artículo 1819 del Código Civil para el Distrito Federal se encuentra la norma respecto a la violencia, como elemento que debe estar ausente en los contratos. Según este artículo la violencia radica en coaccionar grave irresistible e injustamente a una persona, a efecto de lograr su consentimiento a obligarse en contra de su voluntad, mediante el uso la fuerza material o amenazas que importen el peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos

Conforme a esta noción existen dos tipos de violencia: física y moral. Por violencia física se entiende el uso de la fuerza material o privación de la libertad para coaccionar a una persona en contra de su voluntad, por ejemplo, golpes, secuestro, etc. Violencia moral son las amenazas, que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos.

Para catalogar que reúne violencia un hecho, se requiere que sea peligroso e injusto en un plano objetivo; peligroso en perder la vida, la honra, la libertad o los bienes, e; injusto, en carecer de sustento jurídico.

La violencia origina un estado psicológico, subjetivo, que consiste en el miedo o temor y que puede producir la consecuencia jurídica de anular el contrato. Sin embargo, para que se de la nulidad se precisan los requisitos objetivos mencionados por el artículo 1819.⁴⁴

⁴⁴ *Ibidem*, p. 103.

El Código otorga un plazo de seis meses contados a partir de que termina el hecho violento para ejercer la acción por violencia. El artículo 2237 dispone la característica de irrenunciable.

El temor reverencial no es aceptado en el Código Civil para el Distrito Federal como causa de nulidad, al considerarse que no intimida al inferior jerárquico. Más bien, resulta una conducta desestimada por tal sistemática; pues, consideraría que esa persona carecería del carácter para no desagradar a un superior y por ese motivo desmerece de protección legal.

Lesión. “Es el perjuicio que se experimenta en la celebración de un contrato conmutativo, por ser desproporcionadas las prestaciones que intercambian los contratantes, habiendo un contratante beneficiado y otro perjudicado por esa desproporción que está determinada por la ignorancia, inexperiencia, miseria o necesidad del perjudicado. Ejemplo la permuta de un lujoso automóvil por medicinas con valor común y corriente.”⁴⁵.

La lesión en los estudios doctrinales encuentra diferentes posturas; todas ellas, respectivas a instruir su naturaleza jurídica en teorías distintas, con alcances legislativos al regularse conforme a una u otra vertiente teórica, unos países siguen una teoría, otros legislan a la lesión con la diversa naturaleza jurídica.

Las teorías sobre la lesión son: 1. Concepción subjetiva. 2. Concepción objetiva. 3. Concepción ecléctica. 4. Concepción indiferente.

1. Para la teoría subjetiva la lesión es equiparada con la violencia moral, concerniente en el aprovechamiento que hace una persona, un contratante, de la miseria o la necesidad de otra persona, para lograr fines lesivos. También para esta

⁴⁵ *Ibidem*, p. 108.

teoría la ignorancia de la parte perjudicada se asemeja al error. Por tanto, considera a la lesión como un vicio del consentimiento y lo afecta de nulidad relativa.

2. La concepción objetiva considera a la lesión un perjuicio pecuniario que produce la desproporción en las prestaciones, que ocurre cuando en la celebración de un contrato se sobrepasa la tasa de esas prestaciones como las regula la ley. Así, para esta postura la lesión no es vicio del consentimiento, debido a entender que es irrelevante el elemento psicológico. La consecuencia radica en la acción para hacerla valer, mediante elegir la rescisión o la reducción de la afectación lesiva.

3. Como tercera opinión doctrinal se encuentra la teoría ecléctica, en que la lesión se conforma por dos elementos, el psicológico (subjetivo) y el material (objetivo). Para reclamar la lesión sostiene esta teoría debe elegirse entre la nulidad relativa y la rescisión; aunque, una u otra, debido a que no se pueden ejercer las dos al mismo tiempo al excluirse.

El Código Civil vigente del Distrito Federal, originalmente siguió la concepción ecléctica en sus artículos 17, 2228 y 2230, pero el 27 de diciembre de 1983, se publicó en el Diario Oficial del Decreto que reformó el art. 17, al disponer que la lesión produce la nulidad; en consecuencia, desde entonces el Código Civil sigue la concepción subjetiva que conceptúa a la lesión como un vicio del consentimiento.⁴⁶

4. Una cuarta aportación, es la teoría indiferente, en que carece de efecto jurídico la desproporción entre las prestaciones del contrato; por lo que, será válido, sin otorgarse la rescisión y el afectado no tiene tampoco defensa alguna. En su artículo 385 el Código de Comercio acepta esta teoría.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 111.

2.4.3 Licitud en el objeto, motivo o fin.

El contrato también debe tener la licitud en el objeto, motivo o fin; por lo que, debe responderse en qué consisten esos requisitos, Joaquín Martínez Alfaro⁴⁷ expone el tema mediante los conceptos relacionados a este elemento de validez, que hace consistir en: objeto, motivo determinante de la voluntad, fin, condición, leyes de orden público y buenas costumbres.

Por objeto para efectos de este elemento de validez, se considera que es el objeto indirecto, es decir, la cosa que debe dar la persona obligada, o bien, el hecho que esa persona debe hacer o no hacer, conforme al artículo 1824. El motivo determinante de la voluntad son las razones personales que hacen celebrar el contrato, a su vez, consisten en cualidades físicas o jurídicas del objeto del contrato o de la contraparte contratante. Respecto al fin en el contrato, es la consecuencia que el contratante desea lograr como resultado de su conducta. La condición es un acontecimiento futuro de cuya realización incierta depende el nacimiento o extinción de derechos y obligaciones, esta condición, según el caso, puede encontrarse en el objeto, motivo o fin. Conforme al artículo 1830 las cosas que se tienen que dar, en si mismas, no son lícitas ni ilícitas, sino que sería ser lícita o ilícita la conducta con relación a la cosa; igualmente, los hechos, si son lícitos o ilícitos. El hecho ilícito ocurre cuando no es acorde con las leyes de orden público o las buenas costumbres.

La ilicitud en el objeto, motivo o fin produce la nulidad absoluta o relativa según disponga la ley (art. 2225).

⁴⁷ *Ibidem*, p. 141.

2.4.4 Forma.

Para conseguir la certidumbre en los actos jurídicos que cotidianamente son realizados por las personas en sus actividades también el Derecho establece la forma en cómo son celebrados. Entonces, la forma es regulada como elemento de validez que perfeccione tales actos y garanticen la juridicidad en ellos.

La forma significa el medio de exteriorizar el consentimiento. El Derecho Mexicano señala que tal exteriorización ocurre ya sea de manera expresa, o bien, tácita. Conforme al Código Civil Federal en la fracción I de su artículo 1803 se considera un consentimiento expreso cuando la voluntad se manifiesta verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos; asimismo, la fracción II del mismo precepto estatuye que el consentimiento tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente.

En el derecho romano eran contratos formales, tanto los llamados *litteris* como los denominados *verbis*, en el caso de estos últimos, la formalidad consistía en el empleo de ciertas palabras sacramentales.⁴⁸

El Derecho Mexicano establece alguna forma determinada en ciertos actos jurídicos y en otros regula a las personas exteriorizar esa voluntad con absoluta libertad, es decir, es un sistema ecléctico, entre un sistema formalista que fija los medios de esa externalización y entre un sistema consensualista que deja en libertad a las partes de manifestarla.

Así, el Código Civil Federal en sus artículos 1796 y 1832 indica lo siguiente:

Artículo 1796.- Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley.

⁴⁸ Treviño García, Ricardo, *op. cit.*, nota 37, p. 22.

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

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

La forma es otro elemento de validez que debe cubrir el contrato, la falta que ella acarrea la nulidad relativa del pacto, cualquiera de los contratantes tienen el derecho de solicitar con la intervención de los tribunales la forma conforme lo establezca la ley. Esta clase de nulidad se evita cuando: a) el contrato sea ratificado con la forma requerida, artículo 2231; b) por confirmación tácita, al ocurrir el cumplimiento voluntario del acuerdo de voluntades, artículo 2234, y c) en los supuestos de demostrarse indubitable (art. 2232) o fehacientemente (art. 1833), o bien, a través de otros medios de prueba que produzcan convicción.

2.9 Clasificación de los contratos.

Los contratos llamados tradicionales, o bien, aquellos que están legislados y se conocen como contratos típicos, al tener su tipo legal, a la vez, son agrupados según ciertas características que elaboran y encuentran con efectos prácticos los estudios doctrinales, pero también las normas legales.

Contratos unilaterales y bilaterales.

Según el artículo 1835 el contrato unilateral contiene obligaciones solo a cargo de una de las partes, la contraparte, con referencia a ella, no queda sujeta a ninguna obligación. En esta misma clasificación el artículo 1836 considera al contrato bilateral como aquél con obligaciones recíprocas entre los contratantes.

Los contratos se denominan unilaterales cuando la obligación es para una sola de las partes o aún cuando existan prestaciones para ambas partes y en ellas no exista un vínculo o sinalagma; es decir, en estos contratos habrá obligaciones para una sola de las partes, pero aún suponiendo que existan obligaciones para una sola de las partes podría pensarse que puede haber una obligación a cargo de la otra parte. El contrato es unilateral porque no existen vinculaciones en las prestaciones.⁴⁹

Los efectos prácticos de distinguir a los contratos bilaterales de los unilaterales, radica en identificar que en los bilaterales rige la resolución –rescisión- por incumplimiento contractual, así como la teoría de la imprevisión, la imposibilidad sobrevenida y también la lesión.

Contratos onerosos y gratuitos.

El artículo 1837 establece que los contratos onerosos versan acerca de provechos y gravámenes recíprocos. En cambio, por contratos gratuitos o de beneficencia entiende los convenios con el provecho a favor de uno solo de los contratantes.

Como interés práctico se tienen las reglas para la interpretación de los contratos onerosos y de los contratos gratuitos, que indica el artículo 1857.

Artículo 1857. Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas... sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán a favor de la menor transmisión de derechos e intereses; si fuere oneroso se resolverá la duda a favor de la mayor reciprocidad de intereses.

Si las dudas ... recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cual fue la intención o la voluntad de los contratantes, el contrato será nulo.

⁴⁹ López Monroy, José de Jesús, *Los Principios de la Ciencia del Derecho Civil*, México, Porrúa, 2006. p. 100.

Contratos conmutativos y aleatorios.

Los contratos onerosos se subdividen, a su vez, en contratos conmutativos y aleatorios. "El contrato oneroso es conmutativo cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste. Es aleatorio, cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida, sino hasta que ese acontecimiento se realice" (art. 1838).

Contratos principales y accesorios.

En los contratos principales o independientes su existencia es propia, no derivan ni requieren de otro para rendir plenos efectos. Los contratos accesorios dependen de una obligación o relación jurídica principal.

Contratos reales y consensuales en oposición a reales.

Los contratos reales se perfeccionan con la entrega de la cosa, por ejemplo, la prenda; los contratos consensuales en oposición a reales, se perfeccionan con el solo acuerdo de voluntades, sin requerir la entrega de la cosa (art. 1832).

Contratos formales y consensuales en oposición a formales.

Conforme a los artículos 1796 y 1832, los contratos consensuales en oposición a formales, se perfeccionan por el solo consentimiento sin que para su validez se requiera de forma alguna. A diferencia, de los contratos formales en que se dispone expresar el consentimiento mediante determinada manera prescrita, para que sea válido el contrato. El interés práctico identifica que según la clase de contrato, tendría, en su caso, nulidad o inexistencia, al faltar la forma o solemnidad.

Contratos instantáneos, de tracto sucesivo, de ejecución escalonada y de ejecución diferida.

Cuando en un mismo momento se cumplen las prestaciones del contrato se llaman contratos instantáneos. En los casos del cumplimiento durante un lapso de tiempo acordado por las partes, se denominan contratos de tracto sucesivo, conocidos también como de ejecución continuada o periódica. En los contratos de ejecución escalonada, las prestaciones de ambos contratantes o uno de ellos, son cumplidas periódicamente. Si pactan las partes cumplir el contrato en una fecha posterior, entonces será contrato de ejecución diferida.

En las características de los contratos “es interesante conocer esta clasificación, pues si en los contratos de tracto sucesivo se pacta una modalidad –condición-, no surte ésta sus particulares efectos retroactivos, como si acontece en los contratos instantáneos, por regla general.”⁵⁰.

Contratos nominados e innominados.

Otras clasificación de interés práctico es la que divide a los contratos en nominados e innominados, serán contratos nominados aquellos con reglamentación y nombre en las normas jurídicas, ya sea en los Códigos, como el Código de Comercio, o bien, en otras disposiciones, como la Ley General de Sociedades Mercantiles; en la doctrina y la legislación “nominado” se utiliza para designar que son contratos con regulación legal, no que tienen nombre; cabe resaltar, que también son llamados contratos típicos, debido a estar regulados legalmente.

Por otro lado, serán contratos innominados, cuando carezcan de regulación legal propia.

⁵⁰ Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, 14ª ed., México, Porrúa, 2002. p 237.

Contratos mixtos o complejos y simples.

Son contratos mixtos cuando son constituidos con normas de uno o más contratos, sin importar que reúnan elementos de contratos nominados o de innominados. Son contratos simples cuando tienen características de un solo contrato.

2.10 Terminación del contrato.

El doctrinario Ramón Sánchez Medal al hacer un análisis de la terminación del contrato afirma que en un sentido amplio el contrato termina por *frustración* del propio contrato o por extinción de sus efectos.

“Un contrato se frustra cuando no produce efecto a causa de hechos o circunstancias *contemporáneos* a la celebración del contrato (Messineo).”

“Asimismo, un contrato puede extinguirse o dejar de producir efectos a causa de hechos o circunstancias supervenientes, acaecidas con posterioridad a la celebración del contrato.”⁵¹.

Para Sánchez Medal⁵² son cinco los casos en que existe frustración del contrato, con su respectivo contenido:

- 1) Faltar alguno de los elementos de existencia del contrato.
- 2) Nulidad absoluta del contrato.
- 3) Falta de capacidad en alguno de los contratantes.

⁵¹ Sánchez Medal, Ramón, *De los contratos civiles*: “Teoría general del contrato, contratos en especial, Registro Público de la Propiedad”, 21ª ed., México, Porrúa, 2004, p. 123.

⁵² *Ibidem*, pp. 123 a 126.

4) Por lesión, es decir, al estar afectado el contrato del vicio del consentimiento de la lesión.

5) Por inoponibilidad a determinadas personas.

1) La falta de alguno de los elementos de existencia del contrato es la inexistencia jurídica del acto, ocurre al faltar el consentimiento u objeto, que son los elementos esenciales del contrato en nuestro Derecho.

2) La nulidad absoluta del contrato, en los casos de que el objeto del contrato sea un objeto imposible o ilícito; igualmente, en los casos de que el motivo o fin determinante del contrato sea ilícito. Casos en los cuales el contrato se vuelve ineficaz y produce por lo regular la nulidad absoluta.

3) La falta de capacidad en alguno de los contratantes. Al respecto, Sánchez Medal expone que en múltiples casos la carencia de capacidad, más bien concierne una ausencia del consentimiento, tal como ocurre en el contrato celebrado por un demente completo o por un niño "*minor infans*"). Incluso, cabría encontrar suceda algún vicio del consentimiento (error, dolo o violencia); además de surtirse el distinto supuesto por analogía en nuestro Derecho, del estado de necesidad (especie de violencia fortuita), así como el diverso caso cuando no se ha llenado la formalidad exigida por la ley (art. 1795-I, II y IV). En todos estos supuestos, por el principio de conservación, que tiende precisamente a conservar la eficacia de los actos jurídicos (Trabucchi), el contrato produce efectos provisionales, hasta en tanto no se deduzca la acción de nulidad (art. 2227).

4) La lesión en el catálogo rescatado y seguido por Sánchez Medal significa un vicio del consentimiento en que una de las partes, mediante la explotación de la suma *ignorancia*, de la notoria *inexperiencia* o de la extrema *miseria* de la otra parte, obtiene del contrato un lucro excesivo, evidentemente desproporcionado a la obligación que adquiere.

5) Por inoponibilidad a determinadas personas. Cuando sin ser nulo el contrato, al producir efectos a determinadas personas, resulta ineficaz para otras personas, de quienes es inoponible. Opera en este caso el principio de *la relatividad* (efectos directos entre las partes que han celebrado el contrato), pero parcialmente no opera el principio de la *oponibilidad* del contrato frente a terceros (efectos indirectos o reflejos del contrato respecto a terceros).

En cuanto a los supuestos que en sí constituyen las causas de terminación del contrato, por ser hechos o circunstancias posteriores a celebrarse el hecho contractual y que pueden ocasionar que el contrato se extinga o deje de producir sus efectos, Sánchez Medal señala los siguientes: 1) Agotamiento natural del contrato. 2) Vencimiento de algún término. 3) Muerte de alguno o los contratantes (con salvedad en el arrendamiento; para los demás contratos dispone el Código el derecho potestativo, al igual que faculta a pactarlo expresamente). 4) Incapacidad sobreviniente de una de las partes. 5) Por *desistimiento* o por *voluntad unilateral de una de las partes*. 6) Por mutuo consentimiento de los contratantes. 7) Por quiebra. 8) Por resolución del contrato bilateral.

1) Agotamiento natural del contrato. La ejecución total del contrato es el agotamiento natural del contrato, corresponde al cumplimiento de las obligaciones. Es el modo natural y ordinario de terminación del contrato.

2) El vencimiento de algún término. Algunos contratos, en particular los de ejecución duradera establecen un plazo para la terminación del contrato. Por ejemplo, el arrendamiento a plazo fijo (art. 2483-I), el comodato a término (art. 2512), la aparcería (arts. 2742 y 2750), el mutuo (art. 2385), la asociación en la sociedad (art. 2720-II). La fijación de un plazo puede ser, a veces, *esencial al mismo contrato*, como ocurre en la promesa de contrato (art. 2246) y, al vencimiento del plazo, además, no producir la terminación del contrato, si no la *caducidad* misma de los derechos derivados del propio contrato, según acontece también en el propio contrato de promesa, cuando sin culpa de ninguno de los promitentes y por

inactividad de éstos haya faltado celebrar el contrato definitivo dentro del plazo pactado en la promesa.

Por último, el término concedido a una de las partes para la ejecución del contrato puede ser de tal manera esencial, que una vez vencido el plazo y no ejecutado por dicha parte, el contrato debiera tenerse por resuelto. Es lo que en el Código Civil italiano se denomina "*plazo esencial*".

3) Muerte de alguno o los contratantes. Hay contratos en los que *por ley* la muerte de uno de los contratantes *pone fin* al contrato, por ejemplo en el mandato cuando muere el mandante o el mandatario (art. 2595-II). Generalmente sucede en los contratos duraderos e "*intuitu personae*", por ejemplo, el comodato (art. 2515).

Sin embargo, existe la excepción en el arrendamiento, pues aunque es un contrato duradero e "*intuitu personae*" por lo que toca al inquilino, no concluye con la muerte del arrendatario, a menos que exista pacto expreso que lo establezca (art. 2408).

Sin soslayar, que en este tema el Código preceptúa su otorgamiento potestativo en los demás contratos; al igual, de la facultad para su pacto expreso.

4) Incapacidad sobreviniente de una de las partes. En un contrato duradero e "*intuitu personae*", la incapacidad indicada puede también poner fin al contrato, como sucede en el mandato (art. 2595-IV), en la sociedad (art. 2720-IV), en el contrato de obra a precio alzado (art. 2639).

5) Por *desistimiento* o por *voluntad unilateral de una de las partes*. En casos excepcionales a la regla general de la intangibilidad del contrato (art. 1797), la ley misma deja a alguno de los contratantes desistirse unilateralmente del contrato, para ilustrarlo sirven de ejemplos, el arrendamiento por tiempo voluntario (art. 2409), así como la sociedad (arts. 2703 *in fine* y 2720-VI).

6) Por mutuo consentimiento de los contratantes. Cuando los contratantes en un acuerdo voluntario establecen los casos para revocar o resolver –cesar- el contrato que han celebrado. Sin embargo, no siempre es eficaz con una característica plena, pues en los contratos traslativos de propiedad o de derechos reales se requiere una retransmisión que puede tropezar con el obstáculo de los derechos adquiridos por los terceros sobre los mismos bienes, durante el tiempo intermedio.

7) Por quiebra. La quiebra afecta al contrato, aunque cabría pedirse su cumplimiento parcial, total, así como su rescisión –cese, terminación-.

8) Resolución. En un debate doctrinal, pero con alcances prácticos y legislativos son empleados como sinónimos los vocablos “rescisión” o “resolución” de un contrato sinalagmático, que se produce por cualquiera de estas causas: a) *incumplimiento* de una de las partes; b) *por imposibilidad superveniente* de las obligaciones a cargo de una de las partes en el contrato bilateral, y; c) *por excesiva onerosidad superveniente*.

a) *La resolución por incumplimiento*. El incumplimiento de las obligaciones a cargo de una de las partes, otorga el derecho a la otra para pedir la resolución del contrato bilateral (art. 1949), también, a veces, llamada por el legislador *rescisión* de contrato (arts. 2483-IV, 2300 y 2781). En general, se consideran estos dos términos como sinónimos (Borja Soriano).

Sin embargo, también este término de “rescisión” se usa en ocasiones por nuestro legislador simplemente para indicar la terminación del contrato, como sucede en el contrato de obra a precio alzado (art. 2638), en el arrendamiento (art. 2408), en el transporte (art. 2663) y en la revocación de la donación por superveniencia de hijos (art. 2362). Los casos de resolución aceptados por nuestra legislación, según indica Sánchez Medal al hablar del Código Civil Distrital se presentan al incumplirse un contrato, una obligación o prestación pactada, al vencerse un término o alguna condición.

- b) La resolución por imposibilidad sobreviniente. Da lugar a la resolución del contrato sinalagmático el hecho de que después de celebrado dicho contrato haya sobrevenido a alguna de las partes la imposibilidad de cumplir con las prestaciones acordadas al celebrar el contrato, (art. 1949, *in fine*, regla general), (arts. 2431, 2445 y 2490, ejemplos de reglas especiales). Concede al perjudicado el ejercicio optativo de *reducir* la prestación, en vez de la resolución –cese-, cuando la imposibilidad superveniente es sólo parcial.

- c) La resolución por excesiva onerosidad sobreviniente. Equivale a revisarse el contrato por los tribunales, cuando acontecimientos extraordinarios e imprevisibles agraven considerablemente la prestación de una de las partes, este tipo de resolución es aceptada sólo por algunos autores nacionales; y su reconocimiento expreso en nuestra nación sólo lo regulan algunos ordenamientos como el Código Civil de Jalisco, el de Aguascalientes, el del Estado de México o el de Veracruz, y sólo como regla especial en el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 2455 en el arrendamiento de fincas rústicas.

Carlos Sepúlveda Sandoval en torno a la terminación del contrato sostiene que: “como consecuencia lógica y natural de la conclusión de las relaciones contractuales, habrá de producirse en cada caso la cesación de sus efectos; lo cual puede tener lugar por causas normales o naturales, o bien, mediante declaratoria judicial.”⁵³.

El autor citado considera dos puntos de vista desde los que se puede clasificar la terminación contractual: 1. Por causas normales o naturales; y 2. Por declaratoria judicial.

En el primer grupo quedan comprendidos: 1. Realización del objetivo, 2. Vencimiento del término, 3. Muerte de un contratante, 4. Incapacidad superveniente de un

⁵³ Sepúlveda Sandoval, Carlos, *Contratos civiles*, México, Porrúa, 2006. p. 147.

contratante, 5. Mutuo consentimiento, 6. Voluntad de una parte, 7. Formas de concurso, 8. Resolución bilateral, 9. Revocación, 10. Frustración.

1. Realización del objetivo, es “la consecución de su finalidad, es la forma más simple y sencilla de que sus efectos cesen y dejen de producirse.”

2. Vencimiento del término, que da terminación a contratos de tracto sucesivo, ocurre de manera normal y natural al no existir conflicto entre las partes, ejemplo el arrendamiento inmobiliario.

3. Muerte de un contratante, es forma de terminación en los llamados contratos *intuitu personae*, Vgr. mandato, comodato.

4. Incapacidad superveniente de un contratante, se presenta igual que por muerte de un contratante en los contratos *intuitu personae*, mandato, comodato.

5. Mutuo consentimiento, acuerdo de las partes en dejar sin efectos el contrato respectivo.

6. Voluntad de una parte, se presenta en los contratos gratuitos, como el comodato, en el que por disposición expresa de la ley, o bien, por acuerdo entre las partes, el contrato termina por la *voluntad o deseo de la que reporta a su cargo los gravámenes*, o sea, el comodante.

7. Formas de concurso, en cuyos casos se afecta el contrato relativo.

8. Resolución bilateral, pacto entre los contratantes en que acuerdan cuándo darán por terminado su negocio contractual, aquí Sepúlveda Sandoval habla de la cláusula resolutoria expresa.

9. Revocación, es la terminación total o parcial de los efectos de los contratos unilaterales, con justificativa en la necesidad de tutelar los intereses de las propias partes y, en su caso, de terceros.

10. Frustración, es la ineficacia del contrato por causas anteriores al contrato, o; en su caso, de igual modo, originadas por causas posteriores, las cuales pueden ser expresas, o tácitas por omisión, al no realizarse gestión alguna al respecto; como suele suceder en los casos siguientes: por *inexistencia* o *nulidad*, derivadas de circunstancias anteriores a su celebración; por *inoponibilidad*, en el sentido de no producir totalmente sus efectos para con terceros o determinadas personas; por simple *caducidad*, que se traduce en la falta de otorgamiento de las prestaciones pactadas, dentro del término en que éstas debieron tener lugar y, por *alteraciones sustanciales*, que por circunstancias imprevistas y ajenas a la voluntad de los contratantes, traigan consigo un agravamiento o una imposibilidad en el cumplimiento de las prestaciones que hubieren convenido.

En el segundo grupo se ubican: 1. Cumplimiento exacto o forzoso, 2. Inexistencia y nulidad, 3. Rescisión, 4. Terminación de su vigencia.

1. Cumplimiento exacto o forzoso. Es decir, optar por el cumplimiento coercitivo del contrato o prestación incumplida; en particular, si cabe la posibilidad de efectuarse la citada prestación.

2. Inexistencia y nulidad. La inexistencia, es la falta de un elemento esencial de los actos jurídicos. La nulidad es la falta de alguno de los elementos de validez al momento de su integración, caso en que el contrato estaría afectado de nulidad, la cual puede ser absoluta o relativa.

3. Rescisión. Conocida también como resolución del contrato. Tiene lugar por incumplimiento culpable de las obligaciones a cargo de una de las partes en los contratos bilaterales -pero anota Sepúlveda Sandoval 'ocurre en los contratos

sinalagmáticos, aquellos que son bilaterales, onerosos y conmutativos, cuyas prestaciones a cargo de las partes que los celebran guardan una equivalencia en un plano de reciprocidad’-; pues, apunta que al tratarse del incumplimiento de obligaciones derivadas de contratos de naturaleza distinta –como los unilaterales-, se daría lugar a su revocación.

La inexistencia y nulidad proceden de causas anteriores o concomitantes al momento de celebrarse el hecho contractual. La rescisión (resolución) –cese- surge posterior a celebrado el acto, por incumplimiento imputable a una de las partes; además, la rescisión (resolución) puede ser expresa o tácita, expresa cuando la pactan los concertantes, tácita en caso de no pactarla, para el último supuesto se surte el texto legal que la regula (artículo 1949).

4. Terminación de su vigencia, tiene lugar en los contratos de tracto sucesivo.

La inexistencia y nulidad aparecen también en el segundo grupo porque como ha quedado señalado, el autor citado considera desde dos puntos de vista la temática planteada, y en el primer grupo ubica las causas que pueden dar origen a la terminación contractual y en el segundo grupo se refiere sólo a aquellas causas que requieren de intervención judicial y de la resolución –cese- correspondiente.

El segundo capítulo permite comprender la conformación del contrato para su posterior examen en la regulación que se haga de su incumplimiento cuando sea inejecutado por alguno de los contratantes, también en este capítulo en los conceptos involucrados en esa terminación anormal resulta práctico analizar algunas de sus principales características elaboradas en varias clasificaciones de los contratos.

Asimismo se pretende describir los elementos que expongan los efectos contractuales cuando su terminación en un sentido amplio ocurre por frustración del propio contrato o por extinción de sus efectos. Son conceptos generales que dan un

aspecto del contrato y ubicar la particular institución jurídica del incumplimiento de los contratos por alguno de los contratantes, conocida como resolución de los contratos, o bien, más comúnmente como rescisión. Son los elementos para examinar la figura legislativa de trato con sus correspondientes efectos teóricos y prácticos.

Tienen su base en la juridicidad, en el Derecho como disciplina humana y social, los conceptos de contrato y de prestación esbozadas tienen ese propósito, aunque sea más difícil y tema de polémica y estudio el referido al contrato, dado su aspecto como concepto general que sustenta incluso ideas jurídicas diversas apegadas a un proyecto de sociedad en sí, como podría ser una sociedad liberal, una consumista, una de economía de mercado, etc.

Pero en todo caso, más en ese sentido, ofrece los elementos prácticos que ayuden a identificar la regulación para el incumplimiento del contrato, conforme a la codificación civil e incluso mercantil; pues, cuando son conceptos y normas que fundamentan y proponen el equilibrio del contrato y de las consecuencias derivadas de su incumplimiento, referidos a los intercambios que sean propiamente civiles, como otros con mayores características, como los mercantiles o los de consumo, por ejemplo.

Capítulo 3

Intercambio contractual

3.1 Reciprocidad

El Código Civil Federal establece a través del artículo 1949, la figura de “prestaciones recíprocas”, que principalmente son constituidas en los contratos; para el caso del Código Civil para el Distrito Federal se reproduce esa disposición en el mismo número de artículo.

Con tal precepto se hace referencia a la mutua correspondencia, o para designarlo con mayor precisión, al mutuo equilibrio de las prestaciones. Dentro del previo concepto de prestación como aquella atribución o cambio de bienes y servicios entre los contratantes. Tal cambio recíproco de bienes y servicios lo significa el Código Civil en su sentido jurídico, y no económico.

Para la codificación civil en vigor, esa mutua reciprocidad en las prestaciones que se deben los contratantes es la mutua correspondencia de ventajas y sacrificios que equilibra el contrato.

Esta regulación no se refiere a la obligación u obligaciones contratadas por las partes; pues, cuando preceptúa la reciprocidad de prestaciones hace consistir el sentido jurídico del cambio recíproco de bienes y servicios, así como su mutua correspondencia en el equilibrio del contrato celebrado para que esa atribución sea recíproca y con la intención de regirse por las normas de la resolución por incumplimiento.

La categoría contractual a que se alude cobra vigencia y virtualidad en el campo de la dinámica del contrato, en su desenvolvimiento. El sistema resolutorio constituirá mecanismo idóneo para la extinción de los contratos en que, a causa del incumplimiento de una de las partes, se haya producido la ruptura del equilibrio lógico y de equidad que debe mediar entre las prestaciones recíprocas comprometidas, cuando se haya

producido la ruptura de la relación de reciprocación, sin considerar que tal contrato pueda ser simultáneamente encuadrado como bilateral o unilateral, oneroso o gratuito, etc.⁵⁴.

OBLIGACIONES RECÍPROCAS. MODOS DE ALLANARSE A SU CUMPLIMIENTO. En las obligaciones recíprocas sólo el que cumple o se allana al cumplimiento puede exigir a la otra parte lo que le corresponde, siempre que deban llevarse a cabo simultáneamente, según se desprende de la correcta intelección del artículo 1949 del Código Civil para el Distrito Federal, pero el allanamiento no debe consistir en la mera expresión de estar dispuesto a pagar o en la voluntad de hacerlo cuando la otra parte cumpla, pues eso llevaría a un círculo vicioso, en el que una parte encuentra justificación a su omisión en el incumplimiento de la otra, y ésta a su vez no tiene responsabilidad de la situación porque el otro sujeto no da cumplimiento a lo que le corresponde; círculo que sólo se puede romper mediante la realización de actos positivos, no con meras actitudes de la parte que quiera poner fin a ese estado incierto, actos a través de los cuales se revele objetivamente y de modo indudable su voluntad de cumplir aquello a lo que se vinculó, en forma simultánea a lo exigido de su contraparte, de tal manera que en el caso de no hacerlo, el juez que conozca del asunto quede en condiciones de obtener su realización de modo inmediato y directo y sin necesidad de un procedimiento nuevo de conocimiento o un complejo procedimiento de ejecución. Estos requisitos pueden quedar satisfechos a plenitud, verbigracia, con el depósito de la suma de dinero del saldo adeudado ante una institución de crédito y a disposición de una autoridad jurisdiccional, o bien, por cualquier otro medio que a juicio razonable del juzgador reúna las características apuntadas.⁵⁵.

En el anterior criterio jurisprudencial resalta el tema del equilibrio que debe existir en las prestaciones que pactan los contratantes y; por ende, la correspondencia de los beneficios y ventajas protegidos por la facultad resolutoria en materia de los contratos. En el vínculo contractual debe ocurrir la correspondencia en las prestaciones contratadas, durante la vigencia del contrato en un ámbito de pleno cumplimiento

⁵⁴ Miquel, Juan Luis, *op. cit.*, nota 1, pp. 128, 129.

⁵⁵ Jurisprudencia, Civil. Número de tesis: I.4o.C. J/51, Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, tomo IX, marzo de 1992, p. 103, Gaceta número 51, Marzo de 1992, página 41. Apéndice 1917-1995, tomo IV, segunda parte, tesis 566, página 407.

Sin embargo, también esa correspondencia ha de contemplarse en la relación jurídica que surge del incumplimiento o del cumplimiento de las conductas esperadas y esperables de los pactantes, quienes se sujetaron en su beneficio o interés al pacto de intercambio de bienes o servicios convenido. Por eso, ambas partes deben cumplir su palabra y cubrir a su respectivo acreedor el derecho emanado del contrato y la respectiva prestación que ofreció a cambio.

El equilibrio contractual debe conminarse tanto cuando alcanza ser cumplido el contrato, como también cuando resulta incumplido, esa es la finalidad del artículo 1949 del Código Civil; el contratante cumplido para exigir la prestación de su contraparte incumplida debe haber realizado la que correspondía a cargo suyo.

En ese aspecto acontece el supuesto mencionado en el anterior criterio jurisprudencial que indica obtenerla de un modo objetivo e indudable, para así acreditarse la valoración de la correspondencia en las prestaciones negociadas en el contrato, para que el juez y con la resolución contractual se restaure lo más posible ese equilibrio contractual, además se disminuyan los daños, así como perjuicios del incumplimiento.

3.2 Bilateralidad

Sin embargo, Juan Miquel, prosigue el estudio de la reciprocidad y en pie nota a página opina que existe una carencia dentro de la doctrina jurídica de una idea clara respecto a la extensión del concepto “prestaciones recíprocas”.

Para ilustrar eso ofrece el ejemplo que Mosco hace en la doctrina italiana, donde apunta que el instituto resolutorio se limita en exclusiva a los contratos bilaterales,

entendidos con sus características técnicas, con eso pretendo decir, aquellos contratos “que originan obligaciones principales por ambas partes”.

Y que para sustentar tal opinión principalmente se acude a confrontar los artículos 1467 y 1468 del Código de 1942, así como en la pretendida excepcionalidad de su artículo 1820, preceptuado para la resolución del mutuo.

Mosco, enrolado en la tesis de identidad entre la expresión “contratos con prestaciones recíprocas” y “contratos onerosos”, no comparte el criterio señalado, en apoyo de su crítica destaca que la norma del artículo 1820 otorga a la resolución del mutuo el carácter de sanción expresa para satisfacer con mayor claridad las exigencias de práctica, pero no es verdad una excepción, ya que las normas reguladoras de la resolución de tipos especiales de contratos son numerosísimas, por lo que podría llegarse a la misma conclusión para todos ellos, “esto es, a afirmar también que la existencia de la norma que sanciona de modo particular la resolución vendría a significar que habrían quedado fuera del campo de aplicación de las normas contenidas en los artículos 1453 y ss.”. “Todo ello, sin embargo, es absurdo quedando desmentido por el hecho de que algunos de estos contratos para los cuales la resolución se regula expresamente, son verdaderos y propios contratos bilaterales.”⁵⁶.

No obstante, también ocurren los llamados contratos sinalagmáticos imperfectos, cuyas características en un sentido técnico jurídico implican originar obligaciones de Derecho para una sola de las partes al momento de la celebración, aunque durante el funcionamiento contractual también conlleven originar contraprestaciones o contraprestación para el otro contratante.

De igual modo cabe en esta clase de contratos permitir y procurar que exista la debida reciprocidad de prestaciones; además de que nazca ese equilibrio y transmisión patrimonial recíprocos, que ajuste para considerarlo un contrato con prestaciones recíprocas.

⁵⁶ Miquel, Juan Luis, *op. cit.*, nota 1, p. 129.

Pues, aunque de origen no se crearon las prestaciones, si se creó una principal a cargo del *tradens* y posteriormente se creó una accesoria a cargo del *accipiens* que deben reunir una reciprocidad de vinculación en las prestaciones.

Se tiene que estos contratos son analizados por la doctrina encontrándolos como contratos unilaterales al originarse únicamente la obligación principal del *tradens*, quizá sin contrapartida; para, después durante la vigencia del contrato generarse en exclusiva y a cargo del *accipiens* obligaciones accesorias que no podrían tener correspondencia con la obligación o prestación principal.

Toda vez que, es consecuencia de otras razones, ya perfeccionado el acto contractual; que, daría lugar a las prestaciones posteriores, como ejemplo tenemos el supuesto de la obligación del depositante a pagar los gastos realizados por el depositario para conservar la cosa.

Para la doctrina italiana, los contratos con prestaciones recíprocas se oponen a los contratos con prestaciones a cargo de una sola de las partes. Tal clasificación no es de orden legal, aunque ha sido adoptada por la doctrina peninsular, teniendo en cuenta las expresiones de los artículos 1406, 1453, 1469, 1463 y 1467 del Código Civil de 1942.⁵⁷

El Código Civil en su artículo 1949 protege la correspondencia del intercambio celebrado entre los contratantes, para que durante su vigencia y su eventual frustración por incumplimiento imputable a la parte incumplida se realice, así como se restaure la relación jurídica celebrada; no obstante, a través de la práctica y la doctrina son descritos los actos que pueden dar lugar a la reciprocidad en las prestaciones que salvaguarda la resolución contractual.

Así, algunos estudiosos del Derecho opinan que también la facultad de resolver las obligaciones incluye en su protección a las prestaciones derivadas de una

⁵⁷ *Ibidem*, p. 110.

reciprocidad real originada de un contrato de los llamados sinalagmáticos imperfectos, mediante los cuales en un momento inicial únicamente uno de los contratantes se obliga y donde el otro se obliga al surgir con posterioridad la obligación o prestación que deberá cubrirse a su otro contratante.

Con ello, se da cuenta de la utilidad que persigue la regulación de la facultad de resolver las obligaciones recíprocas, que da la pauta nítida de constituirse en un principio práctico por excelencia, alejado de las clasificaciones doctrinales, desde la causalista decimonónica francesa, hasta la de los sinalagmáticos imperfectos.

Aunque, permiten identificar en modo ilustrativo los tipos de actos jurídicos que reglamenta la facultad de resolver, así como la reciprocidad de las prestaciones que salvaguarda la codificación civil a través de dicho instituto resolutorio por incumplimiento.

La doctrina estudia los contratos que son realizados por quienes hacen los intercambios en la sociedad, con los efectos que tienen esas manifestaciones de índole negocial, estudio fundamentado en las normas jurídicas y también en las propias opiniones de los mismos juristas, de manera que es uno de esos temas en el Derecho donde divergen estas posturas doctrinales respecto a la repercusión del distingo.

Para algunos autores en los contratos con prestaciones recíprocas un esquema sería el clásico contrato bilateral o sinalagmático, que consistiría en la reciprocidad de las obligaciones originadas en la contratación, o incluso en las obligaciones nacidas con posterioridad a ese perfeccionamiento y nacidas ya en el funcionamiento del contrato. Pero la reciprocidad de prestaciones no se refleja en esta clasificación de los contratos, de esta noción de contrato bilateral inspirada en Pothier y que influyó en el Código Napoleón la esencia de la bilateralidad se centra “en la idea de reciprocidad e interdependencia de las obligaciones nacidas del contrato, relacionando la interdependencia con la

mutua causalidad de las obligaciones. Según esta interpretación clásica, cada obligación tiene su causa en la obligación asumida por la contraparte.”⁵⁸.

Ya Planiol demostró la contradicción de esta postura: “un efecto y su causa no pueden ser exactamente contemporáneos: ¿Cómo puede tener una obligación su causa en la otra si ambas deben surgir simultáneamente?”

“La doctrina canonista concibe la bilateralidad como un cambio de prestaciones asentadas en la buena fe, y puesto que el incumplimiento de una parte supone traicionar la buena fe contractual en las relaciones sinalagmáticas, la causa de la bilateralidad debe ser no sólo genética o inicial, sino final, es decir, subsiste durante toda la vida del contrato. Se afirma que fueron los canonistas los creadores de la teoría de la causa en las obligaciones recíprocas, quienes forjaron la noción de causa final, y que fueron los artífices, al calor de la máxima *fragenti fidem*, de la *exceptio non adimpleti contractus* y de la resolución por incumplimiento.”⁵⁹.

Pothier recibió estas teorías y las hizo suyas, para sostener como característica sustancial de la reciprocidad a la interdependencia de las obligaciones nacidas del contrato, en la equivalencia existente entre las prestaciones “contrato bilateral” o “contrato sinalagmático”.

La noción de sinalagma, en su doble faz genética y funcional, constituye un elemento de orden técnico que no debe descartarse porque precisamente traslada el miraje hacia un objetivo esencial antes descuidado: el aspecto finalístico del contrato. Abre el panorama de las vicisitudes de la relación negocial; y además presenta una posibilidad gráfica y didáctica sumamente útil que permite la convergencia de la rigidez austera del esquema racional y estático, descubriendo sus fallas, con la moderna noción del contrato como instrumento de cambio.⁶⁰.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 110.

⁵⁹ Alonso Pérez citado por Juan Miquel, *Ibidem*, p. 117.

⁶⁰ Miquel, Juan Luis, *op. cit.*, nota 1, p. 121, 122.

Cada tipo de contrato origina su propia y particular especie de relación contractual. El Derecho identifica como también protege el intercambio, el interés que los contratantes realizan en la operación consensual que someten a la salvaguarda del ordenamiento jurídico. Es dinámico, diferente, cada intercambio convenido por quienes suscriben el hecho contractual, de manera que depende del contrato que celebran y de los contratos que encuadren el origen a los derechos y obligaciones en modalidades diferentes.

Así, resulta un intercambio diferente, por un lado; el otorgado por una compraventa al contado, donde en un solo momento se cubren las prestaciones entre las respectivas partes, a; el concedido en un contrato de depósito, donde un depositante es y queda obligado después de un transcurso de la vida del contrato al actualizarse el supuesto que lo ligue a cuidar y responder por la cosa depositada, aún en el caso de que no consintió ser el depositante, como ocurriría al ser designado por el juez en el depósito judicial.

El Código Civil protege las prestaciones, los derechos y obligaciones que surgen de este particular tipo de contratos como el depósito, de los que la doctrina llama sinalagmáticos imperfectos, las obligaciones surgen en un momento diferente, en la celebración del contrato y posteriormente en el transcurso del contrato.

La sistemática civil para la tutela de los contratantes incluye las reglas para regular la múltiple complejidad de contraprestaciones dentro de la cual esta la dinámica del contrato que atañe también cuando concurre el llamado sinalagma funcional; no obstante, parte de la doctrina describe el funcionamiento del sinalagma funcional para analizar la bilateralidad, el intercambio tanto en el nacimiento del contrato, como en su desenvolvimiento, y luego en la extinción del contrato, conjunto de momentos donde repercute el intercambio entre las partes.

No consiste el sinalagma funcional en el cambio interdependiente de bienes o servicios, ni en la reciprocidad de prestaciones entendidas como

objeto de la obligación, ni tampoco en la mutua conexión de atribuciones patrimoniales. Consiste, en cambio, en el mantenimiento de la correlación, simetría y paralelismo de las obligaciones durante toda la vida del contrato.⁶¹

En el sinalagma funcional surge un intercambio característico respecto a las prestaciones que intervienen. El Código protege y regula ese intercambio propio y denominado doctrinalmente sinalagma funcional, tal hecho brinda la pauta para examinar que no es unitario el intercambio en las prestaciones, de derechos y obligaciones en un momento estático; sino, que existen actos más complejos como lo ejemplifican esos contratos en que las obligaciones para alguno de los contratantes surgen con posterioridad a la celebración del convenio.

El anterior aporte teórico tiene el mérito de explicar el sinalagma funcional. Sin embargo, otra parte de la doctrina critica tal postura, en el sentido de que no es la misma operación, sino otra diversa surgida durante el lapso del contrato, la que origina las prestaciones y obligaciones que sujetan al contratante.

La sistemática civil codificada, empero, regula y tiene reconocido ese supuesto; por lo que, hace acto de presencia su amplia protección para regular los variados supuestos, sin excluir casos al grado de dejarlos sin instrucción jurídica, de modo que el ordenamiento entrañe utilidad, bajo el principio de proteger a los contratantes en el intercambio prestacional que permite la vida de relación.

La doctrina moderna en general acepta la noción, admitiendo que ventaja y sacrificio deben estar en estrecha relación de causalidad; pero se bifurca al tratar de determinar si la equivalencia entre ventaja y sacrificio debe ser objetiva o subjetiva. Es decir, difieren las opiniones al considerar si debe tenerse en cuenta el cambio entre las prestaciones con prescindencia de las valoraciones que las partes efectúen, o si, en cambio, debe omitirse toda consideración respecto de los valores objetivos de las prestaciones,

⁶¹ *Ibidem*, p. 122.

para considerar la equivalencia basada en la apreciación que hagan los contratantes de las prestaciones ligadas recíprocamente, resultando, al parecer, esta última la posición prevaleciente.”.

Dice Messineo: ‘A diferencia del contrato con prestaciones recíprocas, el contrato oneroso no implica nexo de interdependencia entre las prestaciones; tal nexo existe pero solamente cuando el contrato oneroso sea también contrato con prestaciones recíprocas’.⁶².

Acepta en definitiva la doctrina moderna que el ‘sinalagma’ nos ofrece una visión impropia de la bilateralidad, como sinónimo de convención, acuerdo que produce obligaciones (contrato), porque apunta a aquella bilateralidad terminológica o subjetiva de los llamados negocios jurídicos bilaterales.⁶³.

3.3 Contratos típicos

El Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1858 establece el criterio que clasifica a los contratos en típicos, o bien, atípicos, de acuerdo los regule o no la legislación. Ese precepto a la letra indica: “Artículo 1,858.- Los contratos que no estén especialmente reglamentados en este Código, se regirán por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes, y en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía, de los reglamentados en este ordenamiento.”.

Conforme a este criterio son contratos típicos todos aquellos regulados legalmente. Por tanto, no sólo son típicos los contratos regulados en el Código Civil, sino también en otros ordenamientos legales como el Código de Comercio, la Ley General de Sociedades Mercantiles, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la Ley sobre Contrato de Seguro, entre algunas de las demás leyes especiales; de tal

⁶² Ruiz de Chávez y Salazar, Salvador y Ruiz de Chávez Ochoa, Salvador, *Importancia jurídica y práctica de las clasificaciones de los contratos civiles*, 2ª ed. México, Porrúa, 1997, pp. 125 y 126.

⁶³ *Ibidem*, p. 116.

modo, algunos ejemplos de contratos típicos serían: el contrato de seguro que está contenido en la Ley sobre el Contrato de Seguro, o el contrato de fideicomiso, legislado en diversas leyes.

Por contrato típico se entiende aquél que tiene una regulación legal, por lo menos en sus aspectos esenciales; a diferencia, de los contratos nominados que obtendrían nombre –denominación– en el ordenamiento legislativo, pero faltarían estar reglamentados.

Tal sería el caso de diversos actos que son señalados en algunas leyes mercantiles. Así el Código de Comercio identifica en su artículo 75, a los que reconoce como actos de comercio que sin embargo carecen de regulación en las leyes mercantiles.

Encontramos asimismo algunos supuestos como el del contrato estimatorio, que durante mucho tiempo se mantuvo como atípico, pero que tenía, sin embargo, referencia en la derogada Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, para permitir que mediante la tramitación del incidente de separación de la masa de la quiebra, el propietario de un bien dejado en consignación, pudiese recuperarlo, de conformidad con el artículo 159, fracción VI, inciso a.

Otro sería el caso del contrato de franquicia, en donde si bien la Ley de Propiedad Industrial proporciona su concepto, no lo regula de una manera integral.⁶⁴

El anterior significado de contrato típico es el más aceptado en la actualidad por la mayoría de la doctrina, aunque también otra parte de los doctrinarios identifican indebidamente y lo constituyen como contrato nominado.

Pero, en todo caso, son los contratos que han sido legislados en sus particularidades, debido a su importancia práctica, al igual del uso más frecuente dispensado.

⁶⁴ Castrillón y Luna, Víctor Manuel, *Contratos civiles*, México, Porrúa, 2007, p. 67.

3.4 Contratos atípicos

Los contratos atípicos encuentran una actividad numerosa dentro de los intercambios en el día a día de la sociedad actual; pues, existen múltiples contratos sin regulación específica que son muy utilizados, por mencionar algunos ejemplos están los contratos de franquicia, distribución, etc.

Las VII Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil (Junín, 1996), con un criterio contrario a la tipificación, sugirieron, para la regulación legal del fenómeno de la tipicidad, ‘una reducción de los tipos referidos a los contratos especiales, conservando su función de facilitar la actividad económica, y respetando lo concerniente al orden público’. ‘El programa legal debe ser mínimo, y admitir la autonomía privada y la costumbre como fuente de autoprogramación’ (XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 1997); ‘la tipología contractual [debe ser] transparente e inequívoca’ (V Congreso Internacional de Derecho de Daños, Buenos Aires, 1997).⁶⁵.

Los contratos atípicos carecen de regularse en especial dentro de la legislación.

En nuestro derecho actual, la trascendencia de este agrupamiento emana de que los contratos nominados o típicos se rigen por las disposiciones específicas del contrato en cuestión, por las reglas generales de los contratos y, finalmente, por las estipulaciones de las partes que pueden ser en el sentido de modificar las norma supletorias o interpretativas de la voluntad de las partes (1859).

En cambio, los innominados o atípicos se regulan según previene el artículo 1858, antes transcrito; por las normas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes, siempre que no contravengan principios de orden público ni sean contrarias a las buenas costumbres (6,8 y 1830), y supletoriamente, por las disposiciones del contrato con el que guarden más analogía, de los reglamentados en el ordenamiento positivo civil.⁶⁶.

⁶⁵ Alterini, Atilio Aníbal, *Contratos* “civiles, comerciales, de consumo: teoría general”, Buenos Aires, Argentina, Abeledo Perrot, 2009, p. 170, 171.

⁶⁶ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *op. cit.*, nota 40, p. 13.

La siguiente ejecutoria es referente a los contratos atípicos.

HONORARIOS PROFESIONALES. DERECHO A LOS, EN CASO DE QUE EL CLIENTE REVOQUE UNILATERALMENTE EL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS PROFESIONALES. El artículo 2613 del Código Civil previene que los profesores tienen derecho a exigir los honorarios, cualquiera que sea el éxito del negocio o trabajo que se les encomiende, salvo convenio en contrario. De ahí se sigue que, por regla general, los honorarios se cubren por el servicio prestado, con independencia del éxito o buen resultado, a menos que se haya pactado lo contrario. Lo anterior obedece a que el profesor no se asocia en el negocio o el servicio que presta al cliente, y porque en principio la obligación principal del profesional es una obligación de resultado, salvo pacto en contrario. Sin embargo, cuando existe ese convenio en contrario, como sucede en el llamado contrato palmario, que se da cuando se pacta un beneficio en caso de éxito, o cuando se acuerda un pacto de cuota litis, donde se concede como honorario una parte de lo que se obtenga en un litigio, la consecuencia del retiro unilateral de los asuntos por parte del cliente debe originar la indemnización al profesor de todos los gastos que hubiere realizado a sus expensas, así como la utilidad que pudo haber sacado del asunto, no existiendo razón alguna, para que, en este caso específico, se aplique por analogía, al tenor de lo dispuesto por los artículos 1858 y 1859 del Código Civil, el artículo 2635 de ese cuerpo de leyes, resultando, eso sí, indispensable, que se acrediten plenamente los daños y perjuicios que se hubiesen causado, para lo cual debe tenerse en cuenta la prueba de los mismos de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 2108, 2109 y 2110 del Código Civil.⁶⁷.

3.5 Tracto sucesivo, ejecución inmediata

Los contratos de ejecución instantánea son los acuerdos donde se agota en un solo momento el cumplimiento al convenio celebrado entre las partes; pues, se realizan y

⁶⁷ Tesis I.3o.C. 467 C, Semanario Judicial de la Federación, Octava época, tomo IX, junio de 1992, p. 381.

extinguen las prestaciones pactadas, a manera de ejemplo clásico en este tipo de contratos se cita la compraventa al contado.

A su vez, por contratos de tracto sucesivo se entienden los contratos en que la convención jurídica se cumple de momento a momento, durante el lapso de su vigencia, las prestaciones se realizan en un período determinado, el contrato de arrendamiento es un ejemplo de contrato de tracto sucesivo.

En los contratos de ejecución escalonada las prestaciones se repiten en intervalos periódicos, por ejemplo, en el suministro.

Por su parte, en los contratos de ejecución diferida, las obligaciones se cumplen en una sola exhibición posterior a la celebración.⁶⁸.

López Monroy señala que son contratos de ejecución diferida aquellos en los que el momento del vencimiento inicial de ejecución desplaza en un tiempo posterior al de la celebración, en tanto que los contratos son de ejecución inmediata al momento de la constitución del contrato.

Agrega que el contrato es de ejecución única cuando se satisface con una sola prestación o con una prestación realizada en un solo momento, en tanto que los contratos de ejecución continuada o periódica, son aquellos cuya satisfacción requiere una serie ininterrumpida o sistemática de actos.⁶⁹.

La utilidad práctica que tiene esta distinción es para conocer los efectos que se producen por la rescisión o nulidad del contrato.

Cuando se trata de contratos de ejecución instantánea, los efectos se retrotraen al momento de su celebración. En cambio en los de ejecución escalonada o sucesiva, los efectos se suspenden y las partes se compensan mutuamente.

La rescisión por incumplimiento en estos dos últimos tipos de contratos se denomina resciliación.⁷⁰.

⁶⁸ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *op. cit.*, nota 40, p. 52.

⁶⁹ Castrillón y Luna, Víctor Manuel, *op. cit.*, nota 63, p. 71.

⁷⁰ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *op. cit.*, nota 40, p. 52.

Algunos criterios de los tribunales competentes son:

COMPRAVENTA EN ABONOS. CUMPLIMIENTO DE CONTRATO, REQUISITO DE PROCEDENCIA DE LA ACCION. Tratándose de obligaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo, como acontece en el caso, en el que el pago del saldo del precio y el otorgamiento de la escritura pública correspondiente, deben llevarse a cabo al mismo tiempo; sólo la parte que cumple o se allana al cumplimiento puede exigir a la otra parte lo que le corresponde; allanamiento que debe consistir en actos positivos, que revelen objetivamente la voluntad de uno de los contratantes de cumplir con lo que se vinculó, simultáneamente a la que exige de la otra parte. Consecuentemente, el comprador sólo podrá exigir el otorgamiento de la escritura pública de compraventa, siempre y cuando a su vez se encuentre en aptitud de cumplir la obligación de pago del saldo del precio a su cargo que pactó en forma simultánea, lo cual no demostró y, por tanto, la acción de cumplimiento es improcedente.⁷¹.

La simetría y equilibrio en el contrato es el principio salvaguardo por la legislación civil, que protege a los contratantes de sufrir la minusvalía en las pretensiones convenidas entre los propios contratantes; aunque, también los protege para conseguir los beneficios pactados, y que no sufran esa minusvalía y no se priven de esos beneficios por una conducta ventajosa e incumplida de su contraparte.

En la tesis citada en líneas anteriores están esos propósitos de la norma jurídica, se aprecia la finalidad normativa de equilibrar y calificar la correspondencia mutua entre las prestaciones de los contratantes, al exigir de ambas partes el cumplimiento y la disposición para cubrir cabalmente el compromiso a que se sometieron con su respectiva contraparte contractual.

Además, para que sea plena la liga jurídica en un plano de intercambio equilibrado de mutua ventaja para ambas partes sin un abuso ni incumplimiento que vuelve a la

⁷¹ Jurisprudencia I.5o.C. J/10. Semanario Judicial de la Federación, Octava época, tomo VII, enero de 1991, p. 73, Gaceta número 37, enero de 1991, página 91. Apéndice 1917-1995, tomo IV, segunda parte, tesis 487, página 341.

operación en antijurídica, impropia de ser protegida por el Derecho al transgredir un intercambio correcto en lo privado y comunitario respecto a los individuos y la sociedad que demerite hacia faltar a una convivencia deseable en favor de los ciudadanos y de la colectividad.

COMPRAVENTA A PLAZOS, PACTO COMISORIO TACITO INOPERANTE POR MORA EN EL PAGO DE INTERESES CONVENIDOS EN LA (LEGISLACION DEL ESTADO DE COLIMA Y DEL DISTRITO FEDERAL). Si bien es cierto que el artículo 1840 del Código Civil para el Estado de Colima (igual al 1949 del Código para el Distrito Federal) establece que "La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe..."; igualmente, que es potestativo pactar en la venta de bienes inmuebles que la falta de pago de uno o varios abonos ocasionará la rescisión del contrato, según el artículo 2201 del Código Civil local (semejante en su parte relativa al artículo 2310 reformado en 1979 del ordenamiento civil para el Distrito Federal); es decir, se previene el pacto comisorio implícito, entendiéndose por pacto comisorio la cláusula por la cual las partes convienen en que el contrato se rescinde si una de ellas no cumple con su obligación. Sin embargo, debe también señalarse que el pacto comisorio tácito no opera por mora en el pago de intereses. En efecto, los preceptos citados fueron guiados por el antiguo derecho francés, en el que ante el silencio del convenio, el pacto comisorio se consideraba sobreentendido. Al lado del pacto comisorio expreso, el antiguo derecho consuetudinario admitía, pues, el pacto comisorio tácito. Este criterio fue sostenido por Bonnecasse, Baudry, Planiol y otros. Giorgi separó el pacto comisorio de la condición resolutoria en estricto sentido de la palabra, es decir, en el sentido de modificación accidental de la obligación, debiendo incluirse, dijo, entre los efectos de los contratos sinalagmáticos, ser una consecuencia del incumplimiento, pero no condición resolutoria. Ahora bien, en nuestro derecho, la resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento tiene como fundamento, como en el código de 1884, la interdependencia de las obligaciones recíprocas que nacen de esa especie de contratos; pero que no se considera que sea el resultado de una condición resolutoria tácita. Además, el artículo 2191 del Código Civil para el Estado de Colima, vigente a partir del primero de octubre de mil novecientos cincuenta y cuatro (idéntico al 2300 del ordenamiento para el Distrito Federal), establece que "la falta de pago del precio da derecho para pedir la rescisión del contrato, aunque la venta se haya hecho a plazo...", contrariamente al criterio del código local de 1906 y el anterior de 1870 para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, adoptado por el Estado de Colima por Decreto Número 86, de

veinticuatro de junio de mil ochocientos setenta y ocho, así como al criterio del Código Civil de 1884 del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, que impedían la procedencia de la petición de resolución de los contratos en ventas "al fiado", por mora en el pago del precio con sus intereses; al admitir el precepto del nuevo Código Civil la petición de rescisión, sólo estipuló como causa la falta del pago del precio, pero omitió, porque no lo consideró así, la procedencia de rescisión respecto a los intereses, ya que indudablemente estimó que la mora de éstos no originaba la resolución de la venta, consideración benéfica para los compradores en abonos.⁷²

Nota: En el Informe de 1981, la tesis aparece bajo el rubro "COMPRAVENTA A PLAZOS, EL PACTO COMISORIO TACITO NO OPERA POR MORA EN EL PAGO DE INTERESES CONVENIDOS EN LA (LEGISLACIONES DEL ESTADO DE COLIMA Y DEL DISTRITO FEDERAL."

Con este criterio jurisdiccional se advierte la problemática de los contratos con ejecución a plazos; pues, son contratos que se cumplen en etapas, se cumplen unas obligaciones pero continúan otras pendientes de cumplir para posteriormente solventarse, eso hace que deba valorarse el incumplimiento cuando es inejecutado para determinar cuáles son las obligaciones incumplidas y determinarse los derechos que cesarían, así como, en su caso, la ejecución, o la indemnización procedente.

3.6 Leyes administrativas, leyes locales

El Estado Moderno también fue acompañado de una organización y expectativas propias, resultado de los antecedentes a que buscaba dar respuesta, la autoridad estatal llevo a cabo la legislación pertinente con un estudio de la situación que

⁷² Tesis aislada 23/99-PL, Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, volumen 145-150 cuarta parte, p. 537.

correspondía a su sociedad, como también da cuenta de haberse informado y apoyado de las instituciones jurídicas contenidas en la Historia del Derecho.

Con el Estado Moderno fue consolidada la codificación del Derecho, aunque de la misma manera es la época de una sistemática del Derecho Administrativo y de una organización política y social instituida en diversas entidades territoriales y políticas. El Derecho Administrativo se ocupa en la función de la administración pública encargada a las autoridades estatales, de las relaciones entre esas autoridades y las demás personas que integran como particulares al Estado.

Al Estado fue otorgado en sus deberes, brindar la seguridad y paz pública que permitiera asegurar la efectiva facultad delegada a los individuos para dirigir sus actos en sociedad y ejercer la libertad e igualdad con los derechos y responsabilidades de esa participación de la sociedad. El Estado y el Derecho deben cumplir con la función de conseguir esas exigencias, mediante las modificaciones que fueran necesarias.

Entonces, la autoridad estatal respondía a los problemas y características de esa sociedad como las demás organizaciones políticas y sociales anteriores en la Historia lo hicieron en sus sociedades. La realidad hizo que los mismos sectores sociales formularan demandas para atender las problemáticas que fueron paulatinamente patentizadas en una desigualdad que, a su vez, había sido causa del surgimiento del propio Estado moderno.

La aparición del Estado Social y posteriormente del Estado Providencia, llevó a que el estado tuviera un papel más importante en la sociedad, fungiendo como prestador de servicios públicos, como agente económico, protector de derechos laborales, asistencia y seguridad social, con lo que, poco a poco, se fueron desarrollando la Administración Pública y su disciplina jurídica.⁷³

⁷³ Béjar Rivera, Luis José, *Fundamentos de derecho administrativo: “objeto, historia, fuentes y principios”*, México, D.F., Tirant lo Blanch, 2012. p. 53.

El conjunto de las actividades humanas debe responder a la expectativa de sociedad que se construye en cada etapa de la Historia, el Derecho también ha de incluirse en esa exigencia, lo ha sido, las disposiciones jurídicas son especificadas conforme a las particularidades de los problemas presentados en las distintas sociedades, la constante es la atención del Derecho por las temáticas e interacciones entre las personas.

En la actualidad nuestro Derecho preponderantemente de tradición romanista establece la convergencia de legislaciones con distintas particularidades, como es el caso de conjuntar las disposiciones del Código Civil con aquellas contenidas en diversas leyes administrativas, que regulan los supuestos acontecidos en la realidad para conseguir su conformación jurídica.

La modernidad es un paso de la historia de la humanidad en que se implantó un cambio de proyecto de la sociedad, surgió aparejada del cambio económico del sistema de producción con la implementación de producción industrial, delegó al individuo la dirección de sus acciones, conocida también como el ideal de libertad, en esa parte se considera racionalista o empirista.

Aunque, también se caracteriza, en especial hacia inicios y durante el Siglo XX con un consumismo. Por ejemplo, el Derecho para éste fenómeno del consumo da pauta al llamando Derecho del Consumidor.

Ya tradicionalmente se ha reconocido que al monopolista legal debe limitársele la libertad de estipulación (libertad sobre *si* del contrato) para evitar una discriminación arbitraria del consumidor. Pero el problema tiene que ver sobre todo con la libertad de determinación del contenido del contrato (señalada en Alemania como la *Gestaltungsfreiheit*), y especialmente se plantea en relación con los contratos de masa, que se

caracterizan por una disparidad institucional socio-económica entre predisponente y adherente (o sea entre empresario y consumidor).

A este propósito en toda el área occidental está en boga un amplio movimiento legislativo que se ha traducido concretamente en varias formas de control de la autonomía contractual en tutela de la parte débil, identificada principalmente en el 'consumidor'.⁷⁴

El contrato reúne desde la antigüedad las características de un concepto abstracto y permanente, donde recibe la encomienda de conformarse en modelo que da figura al intercambio realizado por los contratantes, en una certidumbre jurídica de guiar los derechos y obligaciones que se originan y se transmiten entre dos o más personas que pactan y hacen patente un acuerdo, cuya función ha sido constante a lo largo de los lineamientos jurídicos que en todos los siglos han dado el cauce a los intercambios económicos.

No obstante que el concepto no ha variado, día a día se imponen mayores limitaciones a la autonomía de la voluntad a través de normas de interés público, razón por la cual algunos autores hablan de la decadencia del contrato.

Las relaciones económicas ocasionaron que en un principio la regulación jurídica fuera espontánea; sin embargo, con el desarrollo cultural esta última se ha ido perfeccionando poco a poco, y de leyes rudimentarias ahora existen modernas codificaciones, mismas que han servido para establecer frenos que evitan abusos e irresponsabilidad.

La reglamentación de los contratos nace de la necesidad de buscar, por un lado la autonomía de la voluntad y por el otro, la equidad en las transacciones, de suerte que constituya y cristalice el *mínimum ético deseable*.⁷⁵

⁷⁴ Fierro Méndez, Rafael Enrique, *Teoría general del contrato* “contratos civiles y mercantiles”. Bogotá, Colombia, Doctrina y Ley, 2007. p. 54.

⁷⁵ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *op. cit.*, nota 40, p. 52.

En la Constitución Política se plasman las ideas políticas y sociales, así como las atribuciones del Estado para con los particulares.

Así, el Estado ha tenido diversas concepciones que van de un Estado “policía” o “gendarme” que únicamente vigilaba que se desarrollara en un ambiente de libre juego de las leyes sociales y económicas la actividad de los particulares.

Para pasar luego a un Estado “providencia” que se proponía conciliar la libertad individual con las exigencias de la seguridad y justicia social.

Al igual, que ha tenido el Estado una actividad intervencionista, así como participante en la economía como un particular.

En la contratación el Estado interviene con los particulares de la siguiente forma:

1ro. Como Estado monopolista, excluyendo a los particulares en la explotación de los recursos naturales y en la prestación de servicios públicos.

2do. Como particular, complementando, colaborando o sustituyendo la actividad de los particulares en las relaciones contractuales.

3ro. Como Estado proteccionista, al regular y limitar la actividad de los particulares por medio de leyes y reglamentos que protegen a la parte más débil y al consumidor en general⁷⁶.

En el siglo XIX fue transformándose el régimen jurídico del contrato de la mano con las cambiantes condiciones y factores de la sociedad, así como del intercambio surgido de las diferencias sociales y económicas, aparejado a un emergente socialismo en Europa.

⁷⁶ *Ibidem.* p. 9.

Los cambios jurídicos fueron en el propio Código Civil que reguló, entonces, el abuso del derecho, la imprevisión, las teorías de la causa y también propagó el regreso a la lesión enorme.

El 15 de marzo de 1962, el entonces presidente de Estados Unidos, John Fitzgerald Kennedy, en un célebre discurso ante el congreso de su país dijo: ‘Ser consumidor, por definición, nos incluye a todos [...]. Somos el grupo económico más grande en el mercado, que afecta y es afectado por casi todas las decisiones económicas públicas y privadas [...] pero es el único grupo importante cuyos puntos de vista a menudo no son escuchados’. Allí nació la protección del consumidor, que luego se legisló e institucionalizó, primero en Estados Unidos, luego en Europa y por último en América Latina.⁷⁷

Las variaciones han sido en el Derecho Civil, en la Constitución Política que instituía un nuevo rumbo en las relaciones económicas y sociales de la época, para concordarse en igual modo con preceptos administrativos establecidos precisamente en las normas jurídicas administrativas, como el Derecho del Consumidor.

Se convierte en una característica de gobiernos políticos liberales, tanto como de los totalitarios; la sociedad sufrió un cambio en su conformación, con distintas formas a las que seguía. Añadido a esto estaban los fenómenos y relaciones sucedidos en esta versátil sociedad moderna, entre los que encontramos a la acumulación de capitales, la concentración de empresas, la desigualdad de poder entre los contratantes, etc.

En el Siglo XX a partir de la década de los años ochenta se conformó un Estado neoliberal que buscaba de nuevo dejar a los particulares la dirección de sus acciones para conseguir sus satisfactores, tarea que realizaba mediante la disminución de la

⁷⁷ Echaiz Moreno, Daniel “El derecho del consumidor a la seguridad”, *Ius et Praxis Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad de Lima, Perú, Núm. 43, 2012, pp. 105,106.

injerencia del Estado en sus propias actividades; en especial, referidas al ámbito económico, aunque no privativo de ese entorno.

Pues, la amplitud de tareas estatales conforman una materia económica, los servicios públicos que brinda en menor o mayor medida incluso influían o influyen en la Economía, como el suministro de energía eléctrica, las telecomunicaciones, los servicios bancarios o los educativos, por mencionar algunos ejemplos.

El Estado neoliberal surgía como respuesta a un Estado con una amplia participación en la Economía e incluso que había realizado medidas populistas en la dirección estatal del mismo ámbito económico, como en general en las actividades estatales.

Con el enfoque neoliberal se otorga preeminencia a la libre empresa, así como a grandes corporaciones internacionales; la participación de los actores e integrantes de la sociedad se pretende sea mayor, exige de ellos ese compromiso y realización, de manera que se autorregularía el mercado entre esos actores.

No obstante, son múltiples las opiniones y críticas de esta fase de nuevo liberalismo ante un aumento de la desigualdad, de persistir la carencia en esa pretendida autorregulación y participación de las personas. Ante un grado distinto de los agentes comerciales, así como de los Estados donde se encuentran los países más industrializados con los industrializados en distinta escala.

Aunque, también la regulación de intercambios respecto a bienes y servicios muestra casos incluso de un deber que puede resultar necesario para lograr una actividad económica más favorable en términos sociales, como es el Derecho del Consumidor que exige un mejor proveedor y un mejor consumidor, o bien, la responsabilidad social de las empresas que pretende una empresa que no únicamente busque sus utilidades económicas sino se entienda con un compromiso hacia la Ecología, al igual que hacia el cliente.

La doctrina anglosajona desarrolló, en época reciente, una nueva institución jurídica, denominada *corporate governance*, que ha arribado al mundo romanogermánico con el nombre de gobierno corporativo, gobierno de las sociedades, etc. (...). La teoría del gobierno corporativo también vincula a las empresas con la ética, lo que acaso se creía incongruente hace algunos años. (...). La ética empresarial nos lleva, a su vez, hacia la responsabilidad social corporativa, la que supone que la empresa asuma el rol social que le corresponde en relación con su entorno y respecto a los stakeholders o grupos de interés –los inversionistas, los trabajadores, los consumidores y usuarios, los acreedores, el Estado, la comunidad, etc.- lo cual está vinculado estrechamente al régimen constitucional económico de la economía social de mercado.⁷⁸

El ente estatal moderno y sus transformaciones han sido estatuidos conforme a los problemas y particularidades de su sociedad para la consecución de los derechos y deberes de las personas, así como conseguir las tareas del Estado. Las expectativas continúan ante una realidad que presenta disminuir las desigualdades, de examinar los resultados.

De tal manera se hizo forzoso equilibrar las relaciones comerciales, junto con las de intercambio en una revisión y corrección del régimen contractual; por lo cual, se ajustó el Derecho para regular y permitir el equilibrio de los contratantes en los diversos momentos del convenio, ya sea en su nacimiento, al celebrarse, transcurrirse (desarrollo) y su ejecución. Pero ante este renovado lineamiento jurídico permanece el principio (regla) de lo concertado contractualmente como ley entre los mismos contratantes.

No obstante, con igual continuidad a la que permanece ese precepto de estimar a lo acordado como ley suprema entre los contratantes, persiste su pugna con la legalidad relatada en el párrafo anterior; bajo renovados principios constitucionales de la vida económica, pero también de las reconsideradas relaciones comerciales

⁷⁸ *Ibidem*, pp. 110, 111.

cotidianas, actuales, que hacen responder al legislador y al juez en la búsqueda de ese control jurídico, en esa regulación que equilibre el intercambio contractual.

El ordenamiento legal del contrato estima que el acuerdo de voluntades debe respetar el orden público, así como las buenas costumbres.

El “orden público no es sino el sometimiento del individuo al derecho.”⁷⁹. Reside en regirse por las leyes emanadas del Estado –por ello, jurídicas- y no vulnerarlas; normas en las que el contrato encuentra el imperativo legal de restringir desigualdades entre los individuos, como ejemplo encontramos una ley ambiental que restrinja la libre transacción de áreas ecológicas.

El orden público es una noción legal que corresponde a la necesidad de equilibrar las libertades individuales en procura de impedir el abuso del derecho cuando tales libertades atentan contra normas jurídicas imperativas.⁸⁰.

Por otro lado, las buenas costumbres, atañen a la moral media reconocida en una sociedad determinada y en un tiempo también determinado; con esto, se tiene que cabe ser variable esa moralidad, respecto a esas pautas de conducta que podrían ser reconocidas y respaldadas jurídicamente.

⁷⁹ Fierro Méndez, Rafael Enrique, *op. cit.*, nota 73, p. 23.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 23.

3.7 Contratos causales, contratos abstractos

La doctrina no es unánime en definir qué se entiende por contratos causales y qué por contratos abstractos. Debido, a la propia dificultad conceptual de la causa de la obligación, como género; tanto, del contrato, como especie.

Así, una parte de la doctrina sostiene que un contrato es causal cuando tiene causa y es abstracto cuando carece de ella; sin embargo, la causa existe en todos los contratos, al ser el porqué se otorga sentido a ese acuerdo.

Otros, por su parte, afirman hay contrato abstracto en el caso de no hacerse expresa la causa que lo origina. Con esa opinión doctrinal se consideran contratos causales cuando expresan su causa, en tanto son contratos abstractos cuando omiten mencionar su causa. La característica de tal postura reside más en un corte formal, procesal.

No obstante, una base con mayor soporte para distinguir entre contratos causales y contratos abstractos se encuentra en la relación que se tenga por un lado, entre la causa imperiosa en su existencia y en su licitud, así como, por el otro lado, con la eficacia del contrato. Para arrogar que un contrato será causal cuando la causa, que deberá existir y ser lícita, sea un presupuesto de validez y de eficacia contractual al acto de que se trate.

Con esto en caso de que faltase la causa, o bien, sea ilícita, implicaría que el referido contrato, fuese nulo, con la consecuencia de impedirse el reclamo de lo prometido contractualmente, para procederse a repetir lo que se haya dado por efecto del contrato.

Conforme a este criterio, el contrato abstracto es el acto jurídico que se desliga e independiza de su causa, que funciona independiente de su causa.

El efecto de la abstracción de la causa es permitir e independizar los efectos jurídicos del contrato a pesar de las anomalías, vicisitudes o irregularidades que pueda haber al contratar.

Los contratos abstractos tienen una importancia en los casos de transmisión de la propiedad o del dominio, así como en las promesas o reconocimiento de deuda.

De ese modo, en los supuestos que se transmita el dominio bajo la postura causal habrá de exigirse que la causa del negocio jurídico sea válida, a la vez que lícita, esa causa debe preceder al acto jurídico referido; de tal manera que, de carecerse de esas condiciones, la traslación del dominio no se produce y el transmitente seguirá siendo el dueño y tendrá la acción real reivindicatoria, en contra del adquirente o cualquier tercero que tenga causa del último.

Un hecho traslativo con un carácter abstracto de la causa, concede el dominio como efecto del contrato formal y abstracto, independiente y sin guardar relación con la causa de transmisión (venta, donación, dación en pago, etc.), y el traslado se realiza aunque tenga una anomalía, alguna irregularidad o vicio la causa del negocio, el transmitente pierde el dominio, pasa al adquirente y los terceros que lo adquieran de este último lo obtendrán con mayor derecho. El acto abstracto de pérdida del dominio podría carecer de causa, caso en el cual podría tener el *tradens* la acción de enriquecimiento en contra de quien haya obtenido el enriquecimiento, esta acción es personal, por lo que, si la cosa la tiene un tercero distinto al demandado, da lugar a un equivalente pecuniario.

Igualmente, la promesa abstracta de deuda y el reconocimiento de deuda; también, dependería de la causa del negocio, al ser esta inválida o ilícita, lo sería la promesa y el respectivo reconocimiento de deuda. Por ejemplo, en la deuda originada de un juego ilícito.

La presunción de causa no comporta que el contrato sea abstracto, pues si se demuestra que la causa es inexistente o ilícita, el contrato será inválido. Así, por ej., las partes pueden ceder el contrato sin necesidad de indicar la razón de la cesión, pero esto es posible, no porque la cesión del contrato sea un negocio abstracto, sino porque la causa se presume. Si, por lo demás, la causa no existe o es ilícita, se sigue la nulidad del contrato.⁸¹.

3.8 Condición, elemento accidental del contrato

La condición es un elemento de validez del contrato como especie del acto jurídico, que radica en un acontecimiento futuro; aunque el nacimiento, o bien, la extinción de derechos y obligaciones se hace depender de la realización incierta de tal acontecimiento.

El elemento de validez en trato podría tener relación y estar inmerso, a su vez, en el objeto, motivo o también en el fin del contrato. Como se ilustra con los supuestos siguientes: si la prestación a cargo del deudor es el hecho futuro e incierto, entonces es el objeto que esta condicionado; otro caso, acontece cuando el hecho futuro e incierto determina la voluntad de contratar al ser una cualidad de la cosa o de la persona, porque entonces la condición es el motivo determinante de la voluntad, y; finalmente, también el hecho futuro e incierto puede ser deseado por uno o ambos contratantes y surge el siguiente ejemplo: me casaré si logro la desposesión de la herencia.

⁸¹ Bianca, C. Massimo, *El Contrato*, trad. de Édgar Cortés Fernando Hinestrosa, Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 490.

No obstante, deben ser lícitos el objeto, motivo, fin, así como la condición en los casos que se actualice estar inmersa en cualquiera de esos tres conceptos de la licitud del acto jurídico; pues, al resultar afectados de ilicitud alguno de ellos, el contrato estaría también afectado de nulidad, que podría ser relativa o absoluta.

Acerca de la condición la ejecutoria siguiente ilustra el tema.

CONTRATOS. CUANDO EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ESTÁ SUJETO A CONDICIÓN SUSPENSIVA Y SE REALIZAN ACTOS VOLUNTARIOS TENDIENTES A IMPEDIR QUE ÉSTA SE REALICE, SE TENDRÁ POR CUMPLIDA. De una recta y armónica interpretación de los artículos 1839, 1938, 1940, 1942 y 1945 del Código Civil para el Distrito Federal se colige que los contratantes pueden establecer las cláusulas legales que crean convenientes, pero las que se refieren a requisitos esenciales del contrato, se tendrán por puestas aun cuando no se expresen. De este principio se advierte que quienes intervienen pueden darle al negocio jurídico un contenido variable y complejo. Así, la obligación pactada será condicional cuando su existencia o resolución dependan de un acontecimiento futuro e incierto, lo que significa que las partes son libres para sujetar voluntariamente el nacimiento o la resolución de una obligación a un acto de la naturaleza apuntada; por tanto, cuando se suspende la existencia de una obligación, la condición será suspensiva y cuando la resuelve, resolutoria. La primera interrumpe la existencia de la obligación, hasta en tanto se cumpla o realice el acontecimiento futuro e incierto y será resolutoria cuando ese hecho la resuelva y haga volver las cosas al estado que guardaban, en la inteligencia de que la obligación nace desde el momento del pacto y tiene vida jurídica que concluye al realizarse el acontecimiento y vuelven las cosas al estado que tenían. De acuerdo con lo establecido por el artículo 1942 del cuerpo legal referido, en el negocio sujeto a condición se distingue la circunstancia especial de que cuando aquélla no se ha cumplido y existe la incertidumbre de que se verifique el acontecimiento, se da un estado de pendencia, precisamente porque no puede producir efectos definitivos y aun cuando el negocio se encuentre en esa circunstancia puede, entre tanto, hablarse de efectos jurídicos preliminares, que la doctrina llama también expectativa tutelada, que es cuando el negocio está sujeto a condición y hay incertidumbre sobre si se verificará o no el acontecimiento; de suerte que si dicha condición es suspensiva, el derecho no ha nacido y si es resolutoria, el derecho nacido podría resolverse si el acontecimiento futuro e incierto se realiza. En este contexto, el artículo señalado en último término da derechos al acreedor e impone obligaciones al deudor, y éste debe

abstenerse de todo acto que impida que la obligación se cumpla, esto es, la etapa de pendencia en la que se encuentra un sujeto por una condición, faculta al acreedor para el ejercicio de movimientos de conservación de sus derechos e impone al deudor el deber de abstenerse de todo acto que tienda a impedir la realización o cumplimiento de la obligación, porque si la impide voluntariamente, de conformidad con el artículo 1945 de la ley sustantiva civil, como sanción se tendrá por cumplida.⁸².

3.9 Interpretación e integración del contrato

Las reglas de interpretación para los contratos son también para los convenios y otros actos jurídicos, en tanto no sean contrarios a la naturaleza o a las reglas especiales que los regulan.

Es pertinente mencionar que los contratos y los problemas que de ellos deriven encuentran en la normativa las disposiciones para realizar los intercambios establecidos por el arreglo contractual, en esa normativa están los preceptos de su interpretación e integración para identificar el contenido del contrato, como ejemplo de tal supuesto Felipe Osterling Parodi cita el siguiente caso:

Aquí conviene citar un caso considerado emblemático por la participación de la Corte de Casación francesa al interpretar el Código Napoleón. Me refiero a la compra-venta de bien ajeno (*Ventre de la chose d' autrui*). Inicialmente el legislador decidió preservar la seguridad jurídica al establecer que la venta de bien ajeno era nula. Sin embargo, la Corte de Casación francesa advirtió, desde muy temprano, que existían excepciones que permitían vender un bien ajeno sin incurrir en nulidad, no obstante que dichas excepciones no estaban previstas por la ley. En este caso la Corte de Casación, mediante un proceso interpretativo de numerosas décadas, estableció que la venta de bien ajeno podía presentar escenarios distintos al previsto por el legislador francés, y que,

⁸² Tesis aislada I.6o.C.339 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXI, Febrero de 2005, p. 1661.

en dichos escenarios, la seguridad jurídica tutelada por la norma debía ceder paso al fomento del tráfico comercial.⁸³

En este se presentaron los supuestos de lograr la seguridad jurídica y la disposición de los bienes con la certidumbre de identificar también la titularidad del objeto contratado para realizar la transacción propuesta en el contrato; queda claro el distinto grado de complejidad para los distintos casos suscitados en la realidad, mismos asuntos que requerirán conforme a sus dificultades la regulación debida.

Por cuanto hace al Derecho Mexicano, el Código Civil para el Distrito Federal, así como el Código Civil Federal, en sus artículos 1839, disponen la conformación de los contratos, tales preceptos hacen referencia a las clases de cláusulas contractuales. Así, las cláusulas estipuladas podrían ser esenciales, naturales, o bien, accidentales.

Las cláusulas esenciales conciernen a requisitos esenciales del hecho contractual. Las naturales aluden a consecuencias de su naturaleza ordinaria, teniéndose en tales supuestos que las cláusulas se tienen por puestas aunque no se haga expresamente, salvo pacto en contrario. Las accidentales corresponden a un indispensable pacto expreso.

Sistema subjetivo

(Teoría de la voluntad real o interna).

Radica en que el juez, en su caso, ha de determinar cuál fue la intención común de los contratantes, o sea, interpretar el contrato es buscar la voluntad de las partes contratantes.

⁸³ Osterling Parodi, Felipe, “Interpretación de la ley y del contrato”, Athina, Perú, año 3, N° 6, 2009. p. 265.

El Código Civil Francés sigue este medio de interpretación en su artículo 1156.

El profesor Jacques Flour, citado por Jorge López Santa María, comenta: "... buscar cuál ha sido la voluntad de los contratantes. El juez está, antes de todo, encargado de descubrir una psicología". En el mismo sentido. Carbonear sostiene: "El juez debe indagar por todos los medios, aún extrínsecos al acto, cuál ha sido el verdadero pensamiento íntimo de los contratantes". O como expresa Cristian Talamon, "... el juez primeramente deberá avocarse a penetrar en el alma de los contratantes, para saber si ellos desearon realmente llegar a tal o cual conclusión, él debe, pues entregarse a un verdadero trabajo de orden psicológico.⁸⁴.

Sistema objetivo

(Teoría de la voluntad declarada).

La teoría objetiva es contraria a la teoría subjetiva, para la tesis objetiva debe recurrirse a la voluntad declarada; esto es, aquello que los contratantes han externado en el acto contractual, este sistema caracteriza al Derecho alemán.

El juez, al interpretar objetivamente, no sólo toma el texto de la declaración, sino que también todas aquellas actitudes y matices que rodean las relaciones de los participantes en el negocio contractual. El juez debe considerar los elementos de hecho que envuelven el contrato, fuesen ellos anteriores, simultáneos o incluso posteriores al momento de su conclusión. Tales elementos de hecho denominados circunstancias de la especie son de decisiva importancia en el sistema alemán de interpretación, de modo que el juez no puede prescindir de ellos. Como Gounot lo ha remarcado, en las doctrinas alemanas el término declaración tiene un sentido muy vasto y muy flexible, que no evoca para nada el formulismo antiguo. Designa no sólo las palabras y los escritos, sino que todos los gestos y actitudes de las partes, y aún los usos particulares nacidos entre ellas de relaciones precedentes.⁸⁵.

⁸⁴ Treviño García, Ricardo, *op. cit.*, nota 37, pp. 1036, 1037.

⁸⁵ Treviño García, Ricardo, *op. cit.*, nota 37, pp. 1037, 1038.

Sistema intermedio

Este sistema intermedio atañe en considerarse tanto la común intención contractual, como a elementos objetivos de interpretación, en caso de que se carezca de voluntad común.

Nuestra legislación civil adopta el sistema subjetivo, concerniente a la búsqueda de la intención de los contratantes, de la voluntad interna de las partes; pues, lo establece el segundo párrafo del artículo 1851 del Código Civil Federal y también del Código Civil para el Distrito Federal.

Aunque, debe considerar lo estatuido en el primer párrafo del propio artículo 1851 citado, en el sentido de que: “Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de las cláusulas.”.

En sentido contrario, cuando las palabras son contrarias a la intención evidente de la partes, prevalecerá esta sobre aquélla –como indica el primer párrafo del mismo artículo 1851-.

También en las reglas de interpretación se encuentra lo dispuesto en el artículo 1852 del Código Civil Federal, así como del Código Civil para el Distrito Federal, inherente a los casos cuando cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato no deberán entenderse en el cosas distintas y casos diferentes a los convenidos.

Otra regla la contiene el artículo 1853 de los propios Códigos “Artículo 1,853.- Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto”. Que, consiste en que sí alguna cláusula admite diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que surta efecto.

A la lista se suma la regla que permite una interpretación sistemática de las cláusulas sin desatender lo estipulado en ellas, en lo particular; asimismo a distinguir las esenciales, de las demás. Con esta regla las cláusulas se interpretan unas por las otras, para conferir a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.

En el artículo 1855 se establece otra regla con la cual las palabras que puedan tener distintas acepciones serán entendidas en aquella que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato.

También según el artículo 1856, se tendrán en cuenta el uso y la costumbre del país para interpretar las ambigüedades de los contratos.

Respecto a la interpretación de los contratos viene siendo desentrañar el sentido, el significado, así como el alcance de los términos usados por las partes en un contrato.

Josserand nos dice: “Interpretar un contrato es determinar el sentido y alcance de las cláusulas que contiene, misión que, en caso de desacuerdo entre las partes, incumbe naturalmente a la autoridad judicial.

Galindo Garfias manifiesta: ‘El propósito que se pretende por medio de la interpretación, ... es la indagación de la voluntad (llamada también voluntad interna) y la declaración o exteriorización de esa voluntad.⁸⁶

El jurista Rafel de Pina declara: ‘La integración del contrato supone una función respecto a la que hay que tener en cuenta que según el artículo 1796 de nuestro Código Civil para el Distrito Federal los contratantes quedan obligados no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley, texto con el cual nos está señalando normas integrativas de las omisiones o lagunas que se presentan en el mismo.⁸⁷

⁸⁶ *Ibidem, op. cit.*, nota 34, p. 1035.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 1033.

La integración como actividad complementaria de las omisiones o lagunas en que las partes hayan incurrido cuando expresen el contrato en su aspecto material, no permite a quienes lo realizan dejarse llevar por el arbitrio personal, para asignar una solución más o menos caprichosa al caso en que intervengan; sino que, están obligadas a proceder bajo la cuenta de los criterios y directivas señaladas al efecto por el legislador, que son los realmente válidos para llevar a efecto la función integradora.

En el tercer capítulo son revisados conceptos y regulaciones, que permitan acercar a un planteamiento y problemática respecto a los contratos con obligaciones recíprocas que son materia para la institución legal del incumplimiento por alguno de los contratantes dentro de la dinámica de cada contrato, así como en un contexto de la legislación y requerimientos sociales donde son realizados.

Las expectativas de celebrar un contrato es formular un intercambio que reviste derechos y deberes entre sus contratantes, el Derecho asegura que encuentren un uso adecuado los bienes y servicios contenidos en ese contrato, con un equilibrio contractual para cumplimiento normal, pero también para cuando sea incumplido, esa es la finalidad del artículo 1949 del Código Civil.

Los intercambios cotidianos y realizados en las sociedades actuales, como antes en la Historia, reúnen ciertas características, pero no en todos los casos serían entendidos con algunas de ellas, de manera simple o clara. No se circunscriben a una u otra clasificación, aunque en general contienen esas particularidades en menor o mayor medida.

Con esto resulta un medio favorable para identificar su regulación conforme a las características que definan al hecho contractual en específico. Con este capítulo se exponen conceptos y disposiciones que preceptúan a los contratos, así como su incumplimiento por alguno de los contratantes, es un apartado con un enfoque

particular respecto a ese incumplimiento para dar paso al capítulo cuatro que expone más detalladamente la resolución por incumplimiento del contrato y las propuestas en el tema.

Capítulo 4

Incumplimiento contractual

4.1 Incumplimiento

El incumplimiento⁸⁸ en sentido estricto es la falta en que incurre el deudor respecto a ejecutar la prestación acordada para su acreedor; suceso que acontece aún cubierto el interés del acreedor al recibir la prestación por otro medio, como podría ser el pago por parte de un tercero, o bien, la ejecución forzada en contra del deudor.

Por otro lado, el incumplimiento en sentido objetivo, ocurre cuando no se cumple la prestación en los términos debidos; pero, además no se solventa el interés del acreedor, al no cubrirse a través de un tercero, ni tampoco mediante la ejecución forzada en especie.

Asimismo, se encuentra una acepción del incumplimiento en sentido subjetivo, cuando resulta frustrado el cumplimiento en sentido objetivo y tal resultado es imputable al deudor.

De esta manera, el incumplimiento en sentido subjetivo, conlleva incumplirse el aspecto objetivo; esto es, tanto la inexecución, como la falta de cubrirse el interés del acreedor referente al pago. Sin embargo, ello debe ser imputable al deudor.

Que el incumplimiento sea imputable concierne encontrar en la voluntad del deudor la incorrección en solventarse lo comprometido, acorde al interés del contratante cumplido. Significa una deficiencia llamada culpa, de no realizarse la conducta que debía; aunque, también es entendido como no hallarse ningún hecho extraño que absolviese al deudor de ese incumplimiento.

⁸⁸ Mélich-Orsini, José, *La resolución del contrato por incumplimiento*, 2ª ed. rev. y act., Caracas, Venezuela, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2003, pp. 164 y ss.

El sistema alemán permite al deudor realizar un intento de pago, considerado un cumplimiento retardado, también permite promover el pago de los daños y perjuicios ocasionados. El sistema francés pide que el deudor no pueda o no quiera solventar la prestación debida para que prospere resolverse por incumplimiento contractual.

4.2 Equilibrio contractual

El Código Civil en el apartado de los contratos, así como en el tema de su incumplimiento, da cuenta de un estatuto de las transacciones negociales que permiten la actividad social en beneficio de los particulares y de la colectividad, donde persigue proteger el conjunto de elementos que constituyen los hechos contractuales para que sean completos.

Analizar los preceptos que regulan los contratos, pero en especial su incumplimiento permite entender la útil y efectiva regulación que promueve a la Economía y al Derecho, como bienes colectivos que la sociedad esta acuciosa de salvaguardar para que sea el eje de su actividad.

Es decir, las normas referidas no solo preocuparían dedicarse a una u otra disciplina, incluso no solo a ambas, sino también a otras más, respecto al alcance de las transacciones contractuales, aún en su incumplimiento. Pues, un hecho de estas características en ocasiones reviste múltiples elementos, que no se agotan en pretenderse jurídicos, o económicos, incluso en la búsqueda de mejorar al individuo, así como a la sociedad, en tanto podrían implicar, por ejemplo, también unos compromisos que conlleven valores.

La sociedad actual sufre sus propios problemas, los intercambios a través de los contratos, en su papel podrían evitar o corregir esas dificultades sociales. Es conocida la discusión de la falta de valores en la sociedad, del predominio de la

Economía que olvida distintos aspectos, como el humano, el cultural, el social, el ecológico, entre otros.

El contrato es un instrumento que jurídicamente permite el intercambio de bienes y servicios, como ha sido a lo largo de la historia y en las diferentes sociedades que el hombre ha conformado en su progresión social. Ese intercambio se menciona indispensable para el propio desarrollo de las comunidades humanas, como lo muestra haberse regulado y usado el contrato en Roma o Grecia, por mencionar un ejemplo.

Con esto se quiere decir que el Derecho del incumplimiento contractual tiene como base considerar los elementos del hecho inexecutado, no solo desde la Economía; aunque, en la sociedad moderna de hoy en día en los más de los casos se examine o priorice el aspecto económico de las relaciones jurídicas.

Pero la sistemática civil cuando regula los contratos y su inexecución pretende que los hechos contractuales logren lo esperado. En un aspecto jurídico, se protegería el compromiso entre los contratantes, pero también su funcionalidad social. Incluso, los demás aspectos también abonarían a una opinión similar, por ejemplo la Economía, de manera que la funcionalidad sea individual y social. Sin embargo, numerosas, quizá no las únicas, voces proponen analizar los problemas de la sociedad y encontrar soluciones.

En esa medida acuñe, así como otorga jurídicamente certidumbre a las personas para respetarse los derechos y obligaciones que derivan de sus relaciones jurídicas desprendidas del contrato. El contrato es un medio que pretende esa certeza; aunque, no queda exceptuado de críticas y fallas en el camino de lograrlo.

Pero es el medio usual y constante, que cuenta con la investidura para la consecución de ese fin; pues, permite los intercambios y brinda su certidumbre, en las modalidades requeridas en la realidad. Aun, en los fenómenos novedosos de

figuras legislativas con un esquema más sofisticado, como en transacciones mercantiles o internacionales; sin dejar atrás a los esquemas conocidos o comunes, como los contratos tipificados, o los intercambios cotidianos entre personas físicas, así como demás sujetos de derecho, con iguales interrelaciones, para obtener su certeza.

Por la razón de que el contrato puede ser el instrumento por antonomasia para la gran cantidad de compromisos cotidianos; desde los más comunes, sin características especializadas, hasta otros con mayor grado de éstas singularidades sofisticadas, complejas, que también podrían regularse o encontrar guía bajo sus lineamientos.

Tales instrumentos de corte más especializado se instauran regularmente para operaciones específicas, también con un frecuente costo en su funcionamiento e infraestructura, como lo ilustrarían las transacciones bursátiles.

En todo caso el Código Civil respecto al tema da lugar a un equilibrio del contrato y de la relación que emana; para con eso establecerse en beneficio de los propios contratantes, pero también de la sociedad.

Mismos lineamientos jurídicos que se estiman válidos en la sociedad actual constituida con diversidad que es propia y la singulariza, con fenómenos negociales novedosos, igual que los hubo en su momento en otras etapas de la historia jurídica y que el Derecho examinó y reguló con esa basta experiencia comercial que permitían las actividades humanas y de intercambio como base para alcanzar el bien común.

El presente trabajo recepcional pretende demostrar algunos de los aspectos que conforman el contrato, tanto en su vigencia normal como en su terminación anormal por incumplimiento del contrato, entre esos aspectos se encuentran el pragmático entendido como las prestaciones que requieren los contratantes para sus actividades, el ético entendido como el compromiso con el otro contratante y la

sociedad, el económico entendido como la utilidad del uso individual y social de los bienes y servicios, el jurídico referido a proteger y hacer vigente esos compromisos.

De manera que deben sumarse los aspectos para hacer a las transacciones completas humana y socialmente, de modo también que sea respetado el compromiso del contrato. Así, se exponen los elementos conformadores del hecho contractual, junto con los referidos al incumplimiento, para que su regulación permita lograr su función.

Tal planteamiento se trata de enmarcar dentro de la práctica realizada hoy día en la sociedad, donde incluso se prioriza el aspecto económico, con eso se logra una función individual, pero también social del intercambio. Sin embargo, en los términos descritos también se considera propicio identificar los demás aspectos que reúne un hecho contractual y su incumplimiento para conseguir su juricidad.

4.3 Resolución, presupuestos

La legislación establece los preceptos jurídicos para el supuesto del incumplimiento contractual por alguno de los contratantes, tales disposiciones son conocidas comúnmente como “rescisión”, aunque con mayor técnica jurídica para distinguirla de otras normas se denomina “resolución del contrato”, o bien, instituto resolutorio, en todo caso es la regulación para la inejecución que uno de los pactantes haga al contrato respectivo.

Aunque, como fue descrito en la parte final del capítulo segundo, el vocablo rescisión es usual que se disponga para designar simplemente la terminación del contrato, para emplearse asimismo la palabra resolución, a partir del concepto jurídico de incumplimiento, en los casos de la inejecución de una de las partes, en el caso de

imposibilidad superveniente de las obligaciones a cargo de una de las partes en el contrato bilateral, así como en el supuesto de la excesiva onerosidad sobreviniente.

Pero en el primer caso que es el tema abordado, referente al incumplimiento de una de las partes, tal institución jurídica dispone los pasos a seguir cuando un contrato celebrado entre dos personas no logre cumplirse. Cabe la posibilidad de que estas normas encuadren en variados supuestos donde concurra la reciprocidad en las prestaciones, desde el momento de contratarse, pero también durante la duración del contrato.

En general, los requisitos o presupuestos para configurarse la terminación por inejecución son:

1. Existencia de obligaciones válidas. 2. El contrato respectivo otorgue obligaciones recíprocas, a cargo de ambos contratantes. 3. Que un contratante haya cumplido su obligación. 4. Incumplimiento del otro contratante.

1. Las obligaciones deben ser válidas. El incumplimiento de las obligaciones reside en la falta de solventarse la prestación comprometida hacia el otro contratante. Por lo que, se requiere que exista un acuerdo válido a través del cual realizaron su compromiso ambos contratantes; con la suma del incumplimiento del convenio por alguno de ellos; además, de que el incumpliente reciba la prestación de su contraparte, o éste se encuentre presto a cubrirla.

Para que haya incumplimiento debe existir la obligación sobre la que recae; por ende, debe hallarse creada la relación jurídica de donde deriven las reclamaciones del incumplimiento, que significa también la plena validez de esas obligaciones, pero además que sean exigibles, así como que no sean contrarias a lo permitido en los contratos y sus normas.

Pues, en ese caso podrían dirimirse las afectaciones de tales incorrecciones mediante otra de las vías que la norma prevé para ello, a efecto de dirimirse la invalidez del acuerdo, como sería el supuesto de la nulidad por vulnerarse alguno de los elementos de validez del contrato.

2. Contrato con obligaciones recíprocas. La reciprocidad radica en el equilibrio de las prestaciones pactadas por las partes, donde ninguna se beneficie en perjuicio de la otra; pues, de lo contrario el resultado se aparta del bien jurídico que pretende salvaguardar el Derecho.

Esta reciprocidad ha dicho una parte de la doctrina se identifica con los contratos bilaterales, en especial entendidos o explicados como los contratos sinalagmáticos; otra escuela agrega a los denominados contratos sinalagmáticos imperfectos; en la tradición alemana postulan que atañe a los contratos onerosos.

Empero, la postura práctica del Código queda de relieve; toda vez que, ninguna de estas clasificaciones las tiene como tales o únicas para efectos de regular a los contratos y su incumplimiento, pues el hecho contractual no acaba en alguna de ellas, de modo que es mayor su complejidad en busca de satisfacer los requerimientos sociales, así como allegarse del mayor equilibrio posible.

Se afirma el predominio de la dinámica de los contratos; ya que, si bien, las clasificaciones de los contratos son criterios para analizar las prestaciones y el equilibrio entre ellas, esos criterios distintivos no bastan para auxiliarse y equilibrar las prestaciones en el lineamiento del Código.

La sistemática civil persigue ese equilibrio que no se limita a clasificarlo; más bien, persiste en analizar la correspondencia entre las prestaciones que reciben las partes y tener en esa medida la validez del contrato y de consecución para componerlo al instarse el ejercicio del instituto resolutorio por incumplimiento.

Lo anterior conlleva la posibilidad de sumar figuras jurídicas al ámbito de las normas que estatuyen el cese por inejecución del contrato; para que, además de los contratos bilaterales, rijan a los contratos que produzcan una reciprocidad, como es el caso de las donaciones onerosas, donde por un efecto de su desenvolvimiento producen un intercambio de prestaciones entre donante y donatario, aunque en un inicio las obligaciones son a cargo del donante.

Evento que traza como la sistemática civil contiene la pauta de identificar que lejos de romperse esquemas o las normas del Código, permite regular este tipo de intercambios, con la característica de conseguir el mayor equilibrio posible y evitar que se perjudique a alguno de los contratantes en las dificultades del rompimiento originado por la inejecución, dentro de los alcances del acuerdo convenido; para con ello, impedir la pérdida de mayores derechos al afectado.

3. Cumplimiento de la obligación por uno de los contratantes, o bien que su cumplimiento se encuentre condicionado a solventarse la obligación correlativa. Para hacer exigible la prestación a cargo de su contraria, debe, a su vez, cumplir su obligación, o estar solícito a prestarla; toda vez que, ambas partes deben realizar el cumplimiento, no puede uno exigirlo sin haber dado la conducta ofrecida, de ese modo no se beneficia sin justa causa, además de que no se desequilibra la relación.

Pues, uno ofrece lo que prometió a cambio de recibir del otro su correlativo; ya que, en otro caso recibiría o exigiría recibir un beneficio sin la reciprocidad esperada y con eso produce un abuso de su derecho en perjuicio de su contraparte, que ante un comportamiento de tal significado convierte en la parte afectada.

4. El incumplimiento del otro contratante. También debe concurrir la falta de cubrirse la prestación a cargo del contratante deudor, que debe haberse dado una vez que fue exigible, es decir, cuando sea cuantificable pecuniariamente y una vez

vencido el plazo que autorice su reclamo, lapso establecido por convenio expreso en el pacto original, o bien, en el requerimiento del contratante cumplido según la naturaleza de la obligación, así como de las reglas que para tal efecto estatuye la legislación.

El incumplimiento del contratante trae consigo el desequilibrio de la relación contractual que el Código trata de evitar y que regula a fin de recomponer ese equilibrio, con las reglas de la resolución por incumplimiento.

La norma resolutoria protege ciertos bienes jurídicos, propone asegurar el equilibrio contractual, los hechos jurídicos necesitan ciertas características para andar en ese camino y ejercerse tales disposiciones, características que en general son referidas a los contratos, pero más específicamente aquéllos con prestaciones recíprocas, con un intercambio entre personas contratantes y con vigencia de esas prestaciones conforme a la apuntada normativa jurídica.

4.4 Rescisión, presupuestos

La palabra rescisión es un término común en el Código Civil, en general denota cuando queda terminado un contrato, aunque también es usada, principalmente ya por la doctrina con una delimitación especializada. Una postura doctrinal no mayoritaria, pero si histórica y técnicamente más precisa considera que la rescisión tiene lugar en el único supuesto del acto lesivo, llamado “lesión enorme”, que ocurre cuando es afectado el hecho jurídico por la desproporción desmedida entre el precio convenido y el justo precio del objeto contratado, en que alguna de las partes se perjudica; por lo que, acarrea rescindirise.

En el ordenamiento jurídico romano se encuentran antecedentes de esta institución jurídica. Con el Antiguo Derecho Romano se protegía a los menores de 25 años.

Hacia el Bajo Imperio se establecía sólo tratándose de bienes inmuebles y únicamente para la protección del vendedor al estimarse que podría sucederse el caso de ser el afectado. El Código Napoleón en similitud sólo contempla normas para proteger al vendedor, aunque lo sea de manera muy restringida.

El derecho civil mexicano del siglo pasado siguió la misma orientación. En los códigos civiles de 1870 y de 1884 no fue consagrada la lesión como un remedio de la desproporción de todo contrato, sino como un recurso que aseguraba el equilibrio de las prestaciones en la compraventa (art. 1772 del CC de 1870 y 1658 del CC de 1884), y solamente cuando la inequivalencia de las prestaciones de los contratantes era excesiva y rebasaba la tasa legal, ya fuera porque el comprador pagara dos tantos más del valor real de la cosa vendida o porque el vendedor obtuviera dos tercios menos del mismo.⁸⁹.

El Código Civil vigente para el Distrito Federal, acepta la lesión en su artículo 17, como Martínez Alfaro lo expone, al decir que: “Es el perjuicio que se experimenta en la celebración de un contrato conmutativo, por ser desproporcionadas las prestaciones que intercambian los contratantes, habiendo un contratante beneficiado y otro perjudicado por esa desproporción que está determinada por la ignorancia, inexperiencia, miseria o necesidad del perjudicado.”⁹⁰.

De igual modo nos ofrece el ejemplo de la permuta de un lujoso automóvil a cambio de medicinas con valor común y corriente.

Ahora bien, para identificar cuando un hecho está afectado por la figura jurídica de la “lesión” encontramos que doctrinalmente se formulan explicaciones acerca de su naturaleza; en torno al tema encuentra cuatro grupos clasificatorios: 1. Concepción subjetiva. 2. Concepción objetiva. 3. Concepción ecléctica. 4. Concepción indiferente.

⁸⁹ Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones civiles*, 5ª, México, Oxford University Press, 1999, p. 85.

⁹⁰ Martínez Alfaro, Joaquín, *Teoría de las obligaciones*, 8ª, México, Porrúa, 2001, p. 108.

En tal medida, Martínez Alfaro señala que conforme a la postura subjetiva la lesión es un vicio del consentimiento, que equipara a la violencia moral con el aprovechamiento de la miseria, así como la necesidad con fines lesivos. También compara al error con la ignorancia de la parte perjudicada con el hecho lesivo. Con la consecuencia de que ese acto resulta afectado de nulidad relativa.

En la teoría objetiva el criterio principal es la desproporción entre las prestaciones; no es relevante el elemento psicológico, pues la lesividad no es vicio del consentimiento; toma al acto lesivo como un perjuicio pecuniario originado por desproporcionarse las prestaciones que sobrepasan la tasa fijada en la ley producto de la celebración de un contrato. El perjudicado tiene el derecho de pedir la rescisión, o bien, la reducción del acto dañoso.

Para la escuela ecléctica la lesión es de naturaleza compleja, compuesta de un elemento psicológico (subjetivo) y otro material (objetivo), donde son desproporcionadas las prestaciones, sumado a explotarse la necesidad ocurrida a la parte perjudicada. En consecuencia, esta teoría otorga la nulidad relativa o la rescisión, con facultad del afectado a elegir una u otra necesariamente; porque, con la nulidad relativa se desconoce la validez del contrato, y con la rescisión de manera tácita se reconoce la validez del contrato, por lo que se excluyen y no se podrán pedir las dos al mismo tiempo.

Con estas teorías se advierte que la afectación a un hecho jurídico por los efectos lesivos son susceptibles de ocasionarse por las consideraciones que postulan las explicaciones jurídicas descritas respecto a la lesión, quizá por eso el Código Civil de 1928 legislaba la materia con cierta controversia en los derechos y vías para dilucidar la lesión, de manera que cabía pedir la nulidad o la rescisión.

Pero la postura ecléctica considero que incluye los factores y las vías propias de la lesión respecto a determinarse y dirimirse en los casos respectivos, aunque con una consideración de la concepción subjetiva como guía principal en ese fin, que es

incluso como lo pretende actualmente el Código Civil del Distrito Federal a partir de la reforma de 1983 en la materia.

El Código Civil vigente del Distrito Federal, originalmente siguió la concepción ecléctica en sus artículos 17, 2228 y 2230, pero el 27 de diciembre de 1983, se publicó en el Diario Oficial del Decreto que reformó el art. 17, al disponer que la lesión produce la nulidad; en consecuencia, desde entonces el Código Civil sigue la concepción subjetiva que conceptúa a la lesión como un vicio del consentimiento.⁹¹

Martínez Alfaro concluye que la ley sustantiva civil para el Distrito Federal no se contradice en el tema de la lesión, más bien otorga al perjudicado la prerrogativa para ejercitar la nulidad, o bien, la rescisión, pero sólo una de ellas por ser excluyentes entre sí, de modo que cuando se ejerza una la otra es extinguida, si se solicita la nulidad se extingue la rescisión, pero cuando se pida la rescisión excluye a la nulidad.

4.5 Daños

El Daño pecuniario atañe a los daños y perjuicios que acorde a los artículos 1915, 2108 y 2109 del Código Civil para el Distrito Federal radican en el menoscabo que sufre el acreedor en su patrimonio, así como las pérdidas por no recibir las ganancias lícitas que se obtendrían de haberse evitado el hecho generador del daño. El Código establece la indemnización para repararse plenamente, al procurar el restablecimiento del fenómeno o mediante el pago en dinero.

Ahora bien, la responsabilidad civil es el deber de una persona de reparar o indemnizar el daño que ha causado a otra persona. A su vez, en el Derecho Civil Mexicano tiene dos especies: La subjetiva y la objetiva.

⁹¹ *Ibidem*, p. 111.

En cuanto a la responsabilidad civil subjetiva su base radica en la intención o negligencia del sujeto productor del daño; En cambio, la objetiva, se basa en los riesgos, las cosas peligrosas en sí mismas, y no en la intencionalidad del sujeto que utiliza tales elementos.

La responsabilidad civil subjetiva tiene como elemento central a la ilicitud, de esto se requiere que con anterioridad al suceso del daño debe haber una norma jurídica que lo prohíba. Por su lado, la responsabilidad civil objetiva, se apoya en otro supuesto, puede adjudicarse aún y cuando se respete la norma que prevé el acto dañoso; ya que, se basa en el uso de objetos peligrosos o riesgosos que sujetan para cubrir el daño al usarse.

Para que haya responsabilidad civil subjetiva deberán tenerse los siguientes elementos: a) La existencia de un daño o un perjuicio; b) dolo o culpa en el daño causado, y; c) que el hecho y el daño tengan una relación de causalidad.

El primero de los elementos anteriores es común para ambos tipos de responsabilidad, la subjetiva y la objetiva. La norma entiende por daño el detrimento en el patrimonio de una persona; mientras que, perjuicio es la privación de cualquier ganancia lícita.

La importancia de este elemento radica en que la responsabilidad civil atiende a la reparación, ante los hechos que se den en un caso le importa si hay que reparar el deterioro en el patrimonio o en la persona a causa del daño o perjuicio.

En la responsabilidad subjetiva como segundo elemento se encuentra el daño o perjuicio, que debe causarse con dolo o con culpa. En un sentido amplio la culpa incluye tanto al dolo como a la negligencia. El dolo significa aquella conducta intencionada de causar un daño o un perjuicio; por su lado, la negligencia pide omitirse el deber de cuidado indispensable que evite ese daño.

Como tercer elemento se tiene la relación de causalidad entre el hecho y el daño, es decir, que directamente sea producido el daño por la acción u omisión del sujeto a quien se pretende hacerlo responsable.

Con la causalidad se atribuye la consecuencia a la acción u omisión de una persona, además permite atribuir el alcance de la reparación; pues, la indemnización del daño va relacionada con atribuirla como consecuencia jurídica del hecho generador.

La relación de causalidad se requiere en ambas clases de responder civilmente por los daños; aunque, para la subjetiva se tiene en cuenta tanto la culpa, como el dolo; mientras que, en la objetiva debe probarse nada más la relación causa-efecto, sin importar el elemento psíquico.

4.6 Responsabilidad contractual

La responsabilidad contractual es la que tiene origen en un contrato, cuando se incumple con la consecuencia de producir daños y perjuicios.

Sus elementos son: a) daño o perjuicio; b) imputable al deudor; c) mora del deudor.

El incumplimiento del contrato, en determinada obligación, o bien, en el objeto del contrato causa el daño o perjuicio de una de las partes hacia la otra en menoscabo de su patrimonio, por detrimento o la falta total de la prestación⁹².

En la responsabilidad contractual se tiene que probar el contrato y el incumplimiento de la obligación, para con ello en un inicio el demandado encuentre la excusa de

⁹² *Ibidem*, p. 177.

probar que incumplió por caso fortuito, para, a su vez, el acreedor no tenga que probar en principio el dolo o negligencia.

4.7 La responsabilidad extracontractual

La responsabilidad extracontractual es la originada por un hecho jurídico, en que no interviene la voluntad del sujeto. En general, esta relación jurídica entre las partes es posterior al hecho sin alguna liga anterior; a diferencia de los otros tipos de responsabilidad que se originan precisamente a partir de la relación previa⁹³.

Son esos hechos jurídicos los que dan lugar a la responsabilidad extracontractual, como son el enriquecimiento ilegítimo, la gestión de negocios, etc.

4.8 Reciprocidad

Por lo visto, en las transacciones contractuales se propone un beneficio para los contratantes, consistente en recibir una cosa de la persona con quien contrata, pero a cambio de prestar una prestación en pago; para que, a su vez, se beneficie ese otro contratante. Tal es, también la normativa y protección del Código, estatuida así a fin de lograrse tanto su funcionalidad como la cercanía en los intercambios cotidianos.

Pues, la seguridad que reclama la ciudadanía en sus operaciones, la cubre el Derecho con la sistemática del Código en la medida de entender los intercambios con las consideraciones desentrañadas en este estudio recepcional; a través, de las

⁹³ *Ibidem*, p. 178.

normas contractuales, que se amoldan a la conflictiva de la transmisión de bienes y servicios, para evitar en los beneficios que se reciben conlleve el abuso de una persona a otra.

Además, porque, de esas normas, al permitirse los intercambios cotidianos, en un ámbito de equilibrio se permite la realización del funcionamiento de la sociedad; al igual que, con evitarse los desequilibrios contractuales se logra la actividad misma del conglomerado social, formada de la suma de todas las transacciones e intercambios de sus integrantes.

4.9 Clases de contratos

Para los efectos del cese por incumplimiento, con un afán expositivo los contratos se agrupan en dos grandes clases: los contratos de ejecución instantánea y los contratos de ejecución sucesiva. Es una clasificación con un fin práctico; pues, el instituto resolutorio por incumplimiento produce que los efectos del contrato sean retrotraídos al momento mismo de celebrarse el contrato incumplido.

Así, en los contratos de ejecución instantánea, el contrato se deshace en sus consecuencias desde las producidas al momento de celebrarlo, al consistir en prestaciones realizadas ya una sola vez.

En cambio, en los contratos de ejecución sucesiva tal característica encuentra el escollo de la continuidad en que se llevan a cabo las prestaciones de esa especie contractual, ocurridas una seguida de otra, con el agregado de que comúnmente han cesado paso a paso en sus consecuencias al haberse prestado y consumado para dar lugar a la siguiente prestación sucesiva.

Por lo que, en ese supuesto existe la doctrina en denominar como “resciliación” a tal clase del cese por incumplimiento; a diferencia, de designar “resolución”, “instituto resolutorio”, etc, al caso de terminarse un contrato de ejecución instantánea cuando resulte incumplido.

La resolución tiene efectos retroactivos, en el caso de los contratos que son ejecutados instantáneamente. En los contratos de ejecución sucesiva los efectos del incumplimiento obran hacia el futuro y se dejan válidos los efectos ya producidos; por eso, dentro de la teoría del instituto resolutorio tales efectos *ex nunc*, hacia el futuro, en los contratos de ejecución sucesiva se reconoce como el espacio donde opera la resciliación, denominada con esa singularidad en estos contratos, a diferencia y sin apego estricto al multicitado calificativo de resolución.

Entre los efectos del cese por incumplimiento de los contratos están: la extinción de la eficacia futura del contrato; los efectos retroactivos del rompimiento, para que en cuanto sea posible las consecuencias producidas del contrato se retrotraigan al momento de la celebración del contrato; la pérdida o deterioro de las especies o cosas ciertas, que son riesgos a cargo de la parte que los reciba en restitución; restituirse como indemnización los frutos percibidos con anterioridad a la resolución⁹⁴.

4.10 Tipos de resolución

- a) Pacto comisorio expreso
- b) Resolución judicial

⁹⁴ *Ibidem*, pp. 253, 254.

a) Pacto comisorio expreso.

La sistemática jurídica reconoce el derecho de los contratantes para obligarse acorde convenga a sus intereses, pero no permite los abusos en ejercicio de esa facultad que deriven en perjudicar a alguno de los contratantes; entre la variedad de cláusulas que pueden convenirse, se encuentra el denominado pacto comisorio expreso.

A través de esa cláusula las partes se comprometen a desligarse y entender por terminado el contrato cuando sea incumplido por alguna de ellas, concierne establecer los supuestos de incumplimiento, qué se considerará por tal, el término, períodos de gracia, etc.

Es decir, las partes expresan con claridad y fehacientemente como regulan ellas el caso del cese por incumplimiento; a diferencia, de las reglas de la llamada cláusula implícita establecidas en el Código, que se tienen por puestas al ser omisos dentro del contrato respecto a su incumplimiento.

Cabe mencionar, que tal cláusula debe ser clara, a modo de constatarse la voluntad de las partes para tal efecto, además de ser perfectamente estipulada; pues, en caso de no establecerse como entenderán por resuelto el contrato, tal contrato se rige por la cláusula resolutoria implícita.

Conforme a la sistemática civil, las partes pueden pactar los derechos y obligaciones que mejor hagan en su beneficio; sin embargo, lo deben hacer con las limitantes dispuestas en las propias normas reguladoras de los contratos. De esa prerrogativa a obligarse se encuentra la cláusula resolutoria expresa; si bien, es un acuerdo válido debe interpretarse restrictivamente a fin de conseguir la protección que hace el Código para evitar mayores perjuicios a las partes, en especial a la diligente.

Haberse pactado la resolución expresa, no impide al acreedor preferir acudir a la cláusula resolutoria implícita, que con el Código tiene por puesta en todos los

contratos; esto es así, debido a que el propósito de la norma es dar esa certeza a los particulares en equilibrarse su relación, así como evitarse que sufran mayores perjuicios, y al acudir a la cláusula implícita se logran los beneficios que conlleva, como lo es calificarse jurisdiccionalmente el incumplimiento.

En especial, cuando la cláusula expresa pactada resulte confusa y no cubra los supuestos donde es discutido el incumplimiento.

Resultará prudente a los interesados acudir al mecanismo del pacto comisorio implícito, evitando una ulterior cuestión y eventual descalificación de la resolución que pueda esgrimir el deudor en la vía judicial. Sobre todo porque en la forma expeditiva en que la ley adopta el mecanismo resolutorio (basta la mera decisión de acreedor comunicada fehacientemente para que el contrato se extinga) exige que la interpretación en la materia sea restrictiva.

(...) El pacto comisorio y la mora de pleno derecho convenidos en el «boleto» para ciertas y determinadas situaciones son, por su propia naturaleza, de interpretación restrictiva y no se proyectan a otros supuestos que los previstos. Los contratos se hacen para ser cumplidos, y toda disposición tendiente a dejarlos sin efecto es de interpretación restrictiva” (Cám. 1ª. Civ., Com. y Minas, Paz y Tributario Mendoza, 12 agosto 1968, “L.L.”, t. 134, p. 633; “E.D.”, t. 51, p. 563; “L.L.”, t. 127, p. 1080).⁹⁵.

En el pacto expreso el contratante cumplido ante la falta de recibir la prestación a cargo de su contraparte, tiene la facultad de terminar el contrato, o bien, exigir el cumplimiento. Por lo que, se acepta de modo pacífico que la resolución por pacto expreso tiene lugar una vez que el acreedor hace conocer a su deudor su voluntad de resolver, esto es, terminar el contrato.

También se reconoce jurídicamente el pacto expreso de resolución porque las partes pueden enfatizar ciertas cláusulas, derechos, obligaciones, modalidades en el

⁹⁵ Miquel, Juan Luis, *Resolución de los contratos por incumplimiento*, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1986, p. 205.

negocio jurídico, además de los daños y perjuicios que, en su caso, produciría la falta de cumplimiento.

b) Resolución judicial

Para la inejecución del contrato existe conforme al Derecho Mexicano en materia civil la facultad de acudir al tribunal y demandar el cumplimiento, o bien, la terminación, así como la indemnización en ambos casos, ese derecho ocurre cuando se establece expresa o tácitamente en el contrato.

En el Derecho Mexicano se encuentra regulado en el caso del Código Civil para el Distrito Federal en el artículo 1,949, –disposición con el mismo número en el Código Civil Federal-, que indica:

La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe.

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

Cuando no fue pactado expresamente en el contrato el supuesto del incumplimiento, entonces tiene vigencia el citado artículo 1949 del Código Civil para el Distrito Federal, con mismo número en el Código Civil Federal, tal precepto contiene la llamada cláusula resolutoria implícita.

La acción judicial puede presentar ventajas para el acreedor en algunos casos: 1) seguridad en la posición jurídica, frente a la indeterminación del plazo para la intimación prevista en el art. 216, párrafo segundo, ya sea porque éste sólo fija un mínimo o porque los usos no son precisos; 2) le permite ventilar toda la situación de inmediato; 3) no ha conceder el plazo de gracia de cumplimiento que le impone la norma legal, evitándose la dificultad de probar que la ejecución en este lapso no le es útil; 4) cuando juzga que el plazo de cumplimiento es esencial, evitando el riesgo de una

interpretación final divergente sobre aplicación del procedimiento de la resolución por cláusula expresa, supuesto también omitido en la regulación y a que se refieren sus modelos se doctrina y redacción (art. 1457 del Cód. Civil italiano; art. 748 del Cód. de Honduras implícitamente).⁹⁶

La declaratoria jurisdiccional se produce en la cláusula tácita, cuando no se pactó expresamente y con claridad lo referente al cese del contrato por incumplimiento, es decir, no se reunió con una cláusula expresa especificar los supuestos, plazos de gracia, efectos, etc, que no dejarán lugar a dudas de esa determinación.

Ya que, no debe ser esa cláusula expresa contraria al orden público, ni a los derechos de terceros, tales inconvenientes se excluirían con el ejercicio de la cláusula tácita; pues, en el proceso de resolución se examinarían los derechos y obligaciones afectados, estableciéndose el grado de incumplimiento.

La postura dominante en la doctrina y la jurisprudencia entiende indispensable la vía y declaratoria jurisdiccional de cese del contrato por incumplimiento, en todos los casos donde fuese ausente la cláusula expresa. Misma postura que es criticada por Ernesto Gutiérrez y González, quien además de considerarla subjetiva, sostiene que sin necesidad de acudir a los tribunales, la víctima del incumplimiento puede declarar la resolución del contrato y notificarlo al deudor.

También la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español ha reconocido que:

Puede ejercitarse, ya en la vía judicial, ya fuera de ella por declaración del acreedor, a reserva, claro es, de que si la declaración de resolución hecha por alguna de las partes se impugna por la otra, puede aquella sometida al examen y sanción de los tribunales que habrán declarar, en definitiva, bien hecha la resolución, o por el contrario, no ajustada a derecho (CASTÁN TOBEÑAS).⁹⁷

⁹⁶ *Ibidem*, p. 205.

⁹⁷ Bejarano Sánchez, Manuel, *op. cit.*, nota 89, p. 311.

4.11 Responsabilidad civil contractual

Para fines expositivos la dogmática, la doctrina y la misma legislación en términos generales elaboran un concepto responsabilidad civil contractual como el deber de responder respecto a los daños y perjuicios por la falta de cumplimiento del contrato, que entra dentro de las demás disposiciones que ameriten regular el intercambio contractual y su inejecución.

Es la obligación de reparar el daño pecuniario que se causa por el incumplimiento de una obligación previamente contraída; se traduce de pagar la indemnización moratoria o la indemnización compensatoria, por violarse un derecho relativo, derecho que es correlativo de una obligación que puede ser de dar, hacer o no hacer, y cuyo deudor está individualmente determinado.⁹⁸.

El acreedor tiene derecho a demandar el cumplimiento cuando no se logre en sus términos el contrato, desde el incumplimiento empieza a transcurrir un lapso que puede originar daños y perjuicios. Esa facultad es la indemnización moratoria, del cumplimiento, más los daños y perjuicios.

La indemnización compensatoria ocurre en el supuesto del incumplimiento definitivo, el acreedor demanda indemnizarse por la prestación, junto con los daños y perjuicios causados, en este caso el acreedor no reclama el cumplimiento, sino su equivalente como indemnización.

4.12 Soluciones modernas

El incumplimiento de los contratos es relevante para el Derecho en tanto que en sus tareas y fines se encuentra proteger, así como conseguir la mayor certidumbre y

⁹⁸ Martínez Alfaro, Joaquín, *op. cit.*, nota 89, p. 177.

equidad entre los contratantes; de ese modo, lo ha sido en la historia y lo es en la actualidad.

Pero tal análisis y la utilización cotidiana del contrato hace patente la relevancia del tema, con un cuidado especial en las características de los intercambios jurídicos de la actualidad, donde concurren figuras de intercambio común, sumadas a otras atípicas, junto a unas más que las combinan, otras con la misma o mayor celeridad en los plazos, prestaciones, etc; mismas características y figuras que han dado lugar a un replanteamiento de los supuestos legales que deben establecerse en las normas jurídicas.

Es recurrente la opinión favorable por una correcta y vigilada cláusula comisorias producto de la autonomía de la voluntad, consistente en regular jurídicamente la facultad de las partes para pactar las causas, especificaciones que den lugar a la terminación de contractual.

Esa cláusula tendría las mismas ventajas y beneficios del principio de la autonomía como autoridad de los contratos; pues, cabría caerse en su abuso, al beneficiarse antijurídicamente un contratante en contra del otro diligente, cuando se encuentre con una conducta indebida respecto al contrato.

No obstante, la terminación del contrato para la norma jurídica debe evitar mayores daños y perjuicios para las partes, especialmente, para la parte diligente; así, por ejemplo, Atilo Aníbal Alterini expone que en Argentina:

El proyecto de Código Civil de 1998 prevé: 'El contrato ser extinguido total o parcialmente por la declaración de una de las partes, mediante rescisión unilateral, revocación o resolución, en los casos en que el mismo contrato, o la ley, le atribuyen esa facultad.' (art. 1041) 'La resolución del contrato está regida por lo establecido en este Capítulo, sin perjuicio de la estipulación o la disposición legal distintas' (art. 1047).

En los contratos predispuestos, el pacto comisorio expreso debe estar controlado por la teoría de las cláusulas abusivas.⁹⁹.

Otro tema del instituto resolutorio por incumplimiento es el cese *ipso iure* desde el momento en que el contratante cumplido y que ejerce la terminación contractual por incumplimiento comunica su determinación de disolver el contrato; con lo cual, a partir ese momento queda sin efecto el hecho contractual, sin el beneficio para el incumplido de llevar a cabo la prestación adeudada.

Lo anterior, con dos salvedades para el incumplido en la posibilidad de efectuar el cumplimiento de su obligación: la primera durante el plazo para contestar la demanda y la segunda en el período que derive de requerirse antes; ambos casos que suceden cuando el otro contratante interpone la demanda, o bien, hace una comunicación previa, sin impedimento de aceptarse el cumplimiento a reserva de valorar posibles intereses –daños y perjuicios-, aunque el propósito es componer el intercambio contractual afectado.

En esta tarea de regular el incumplimiento a cargo de una de las partes, también:

La parte incumplidora debe tener derecho de oponerse a la resolución cuando quien la declara no ha realizado, o no está en situación de realizar, la prestación que hubiera debido efectuar para poder ejercer la facultad extintiva (Cód. Civ. Portugués [art. 432], Anteproyecto de BIBILONI [art. 1347], Proyecto de 1936 [art. 841], Anteproyecto de 1954 [art. 1034], o no está en condiciones de efectuar las restituciones que correspondan, salvo que este impedimento resulte de causas ajenas a su responsabilidad, o del consumo o la enajenación de los bienes correspondientes conforme a la índole del contrato o a los usos y costumbres (Cód. Civ. Portugués de 1967 [art. 432], Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, ley 22.765 [art. 82.1.c)], Anteproyecto de BIBILONI [art. 1341], Proyecto de 1936 [art. 833]).¹⁰⁰.

⁹⁹ Aníbal Alterini, Atilio, *Contratos: “civiles, comerciales, de consumo: teoría general”*, Buenos Aires, Argentina, Abeledo Perrot, 2009. p. 472.

¹⁰⁰ *Ibidem.* pp. 472, 473.

En el supuesto de la anterior cita, se menciona la reciprocidad que caracteriza al instituto resolutorio por incumplimiento, es decir, a la terminación del lazo contractual por haber dejado de cumplirse las prestaciones por parte de alguno de los contratantes.

Para llegar al cese por incumplimiento uno de los contratantes debe haber faltado a su palabra y dejar sin la prestación que el otro contratante esperaba recibir en cumplimiento a la prestación que a su cargo había prestado, prestaba o estaría en la disposición de prestar a su contraparte.

En la resolución por vía jurisdiccional conocida como el pacto comisorio tácito, el incumplimiento debe ser sustancial para que opere el cese del contrato.

La cláusula resolutoria tácita debe ser operativa sin necesidad de requerimiento alguno cuando ha vencido un plazo esencial para el cumplimiento, la parte incumplidora ha manifestado su decisión de no cumplir o el cumplimiento o la interpelación resultan imposibles (Cód. Civ. Alemán [§ 361], Cód. Civ. de Lousiana de 1984 [art. 2016]).¹⁰¹.

Cuando sea el caso de que se incumpla el contrato y el acreedor no ejerza la resolución, el incumplido debe tener la facultad para solicitar en cierto plazo a su acreedor si ejercerá la prerrogativa, con la consecuencia de que transcurrido el vencimiento de ese plazo quede extinguida la facultad de resolver por causas anteriores a la solicitud de intimación, como se estatuye en el Anteproyecto de BIBILONI [art. 1345], Proyecto de 1936 [art. 139], Anteproyecto de 1954 [art. 1033], Cód. Civ. Alemán [§ 355, 466], Cód. Civ. Portugués de 1967 [art. 436]).

La convención de Viena de 1980, ley 22.765, art. 81.1, establece que ese efecto extintivo del contrato debe dejar subsistentes las estipulaciones respecto de las restituciones, la reparación de daños, así como a la solución de controversias.

¹⁰¹ *Ibidem.* pp. 473.

4.13 Cumplimiento. Prestación equivalente

Al contratar se pretende recibir la prestación acordada con la contraparte contratante; no obstante, las vicisitudes del intercambio dan lugar a que en algunos casos no se reciba tal prestación, uno de ellos es debido al incumplimiento del contrato. Los remedios para esa falta de cumplimiento son la ejecución forzada, o la indemnización.

En el intercambio negocial, y, como facultad al acreedor, se incluye el cumplimiento sustituto para reparar el contrato, que desde un inicio puede ser una opción para el acreedor en su reclamo de incumplimiento.

En lo que concierne a la pretensión de cumplimiento, ejecución forzada o en naturaleza, es conveniente precisar que constituye un remedio entre otros de que dispone el acreedor. Debe abandonarse la idea de remedio primario que prevalece sobre la indemnización de daños. La regla, precisamente, es que el acreedor pueda optar libremente entre ésta y el cumplimiento. Así ocurre en las obligaciones de hacer –artículo 1553-. Pese a que la doctrina nacional admite este remedio sólo para la falta de cumplimiento, también procede para los cumplimientos imperfectos, adoptando las modalidades de reparación y sustitución de la prestación imperfecta.¹⁰².

4.14 Elemento pragmático

El elemento pragmático consiste en el intercambio requerido por los contratantes, dentro del cual se proteja la esfera jurídica de los contratantes. Pues, es una norma del derecho permitir las relaciones jurídicas entre los integrantes de la sociedad, pero también es un presupuesto normativo, regular los derechos y obligaciones de las

¹⁰² Pizarro Wilson, Carlos, *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Bogotá, Colombia, Editorial Universidad del Rosario: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, 2010. pp. 215, 216.

partes, implica realizar la correcta disposición de los bienes y servicios contratados, así como lograr el compromiso asumido por las partes.

Con el cumplimiento de las prestaciones se produce el funcionamiento de los intercambios en la sociedad, aunque con su incumplimiento deriva un conflicto que afecta a las partes, pero indirectamente a la sociedad; que, por ejemplo, suscitara la imposibilidad de disponer de los bienes materia del contrato, por las partes, o por ningún otra persona.

El contrato es una institución a través de la cual el Derecho regula a las transacciones que permiten las actividades de la sociedad; en términos generales, en la mayoría de los casos las personas contratan para un fin práctico, el de hacerse de una prestación, a cambio de ellos retribuir otra, eso es la regla general. También, quizá, tendrían una protección jurídica actos con un fin que no sea tan directamente práctico, pero no es la idea común para contratar.

El hombre enfrenta a diario una gran cantidad de necesidades por resolver y de intereses involucrados en ello. Día tras día debe lidiar con la tarea de sobrevivir a su entorno y de hacerlo más agradable.¹⁰³

El propósito práctico radica en que las partes se comprometen a recibir algo a cambio de realizar una contraprestación. Ese elemento práctico conforma al contrato, a su contenido jurídico, que se reflejará en el propio cese por incumplimiento; toda vez que, la norma jurídica del incumplimiento contractual requiere y valora el compromiso práctico del contrato, a fin de componer el desequilibrio producido por el incumplimiento, en la medida de lo posible.

¹⁰³ Castro de Cifuentes, Marcela (coord.), *Derecho de las obligaciones*. Bogotá, Colombia, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Temis, 2009, pp. 310.

4.15 Elemento ético

Al contratar se pretende ofrecer y recibir alguna o algunas prestaciones que redunde en beneficio de los contratantes, ambos pactantes se comprometen a un acto que tiene una función para los dos y también para la sociedad; el aspecto ético se refiere a ese compromiso con el otro contratante y también con la sociedad.

Hoy en día la empresa es el motor de la sociedad contemporánea, actúa con responsabilidad social corporativa, atiende a sus diversos grupos de interés, incorpora política de gobierno corporativo, convive con pequeñas y medianas empresas y se somete al marco regulatorio de la libre competencia.¹⁰⁴

El contrato se realiza para lograr su funcionalidad concerniente a originar un beneficio; aunque, de eso surge también un lazo de compromiso entre los contratantes, que los liga de uno hacia el otro en prestarse esos derechos recíprocos, para que uno reciba del otro la prestación esperada al contratar. Precisamente, el elemento ético radica en el compromiso, además de que se haga esa transmisión de la cosa para el fin que se ajuste a las necesidades pactadas.

Pero también, en que tal conducta se haga de modo lícito, con la funcionalidad del objeto del contrato, incluso en su grado social, aunque esa perspectiva podría implicar un perfil de análisis económico del Derecho que, a su vez, se enfocaría al mejor uso del bien contratado, particular y social; No obstante, al Derecho siempre le ha interesado el interés privado, aunque también el social, pero en el examen del caso particular se conjuntan con los intereses en conflicto.

Además, en los contratos con obligaciones recíprocas en que rige la resolución por incumplimiento debe existir el equilibrio en las prestaciones para la garantía de evitar perjudicarse a alguno de los contratantes y uno de los pactantes no abuse del otro en

¹⁰⁴ Echaiz Moreno, Daniel, *op. cit.*, nota 76, p. 106.

cuanto a sus derechos, tanto en la celebración, en su vigencia, así como en la terminación del contrato.

Pues, el Código vela por la mayor justificación de las transacciones de los bienes y servicios; así suma los elementos del contrato a fin de integrarlo, para lograrse su beneficio privado y social; pero evita que se abuse y sean empleados los intercambios en perjuicio de los particulares y de la sociedad.

Así, en los contratos con prestaciones recíprocas operan las reglas del instituto resolutorio por incumplimiento del artículo 1949 del Código Civil para el Distrito Federal, con que se salvaguarda el equilibrio de las prestaciones. En los contratos gratuitos, en cambio, opera protegerse al que se desprende del patrimonio sin contraprestación, como sería al facultarlo con la acción de revocación, en los casos de ingratitud, por mencionar un ejemplo.

También, por ejemplo, en la materia de contratos de consumo, la Ley Federal de Protección al Consumidor dispone lo siguiente:

Artículo 70.- En los casos de compraventa a plazos de bienes muebles o inmuebles a que se refiere esta ley, si se rescinde el contrato, vendedor y comprador deben restituirse mutuamente las prestaciones que se hubieren hecho. El vendedor que hubiera entregado la cosa tendrá derecho a exigir por el uso de ella el pago de un alquiler o renta y, en su caso, una compensación por el demérito que haya sufrido el bien.

El comprador que haya pagado parte del precio tiene derecho a recibir los intereses computados conforme a la tasa que, en su caso, se haya aplicado a su pago.

Artículo 71.- En los casos de operaciones en que el precio deba cubrirse en exhibiciones periódicas, cuando se haya pagado más de la tercera parte del precio o del número total de los pagos convenidos y el proveedor exija la rescisión o cumplimiento del contrato por mora, el consumidor tendrá derecho a optar por la rescisión en los términos del artículo anterior o por el pago del adeudo vencido más las prestaciones que legalmente

procedan. Los pagos que realice el consumidor, aún en forma extemporánea y que sean aceptados por el proveedor, liberan a aquél de las obligaciones inherentes a dichos pagos.

Los dos artículos citados de la Ley de Protección al Consumidor hacen referencia a los contratos entre proveedor y consumidor¹⁰⁵ donde se adquieran en compraventa bienes y servicios a plazos, supuesto donde se establece como opera el derecho a solicitar la terminación del contrato, para dar certidumbre expresa en los efectos de estos contratos con ejecución periódica.

El art. 2311 del *Código Civil Federal* contiene una disposición similar para la rescisión de los contratos de compraventa, la cual sólo será aplicable cuando las partes no tengan el carácter de proveedor y consumidor, en los términos del art. 2 de la LFPC. Una de las diferencias más importantes de la disposición del art. 2311 consiste en que sólo otorga al comprador que haya pagado parte del precio el derecho a los *intereses legales* de la cantidad que entregó, intereses cuya tasa es de 9% anual, según lo establece el art. 2395 del propio *Código Civil*. En cambio, en el art. 70 de la LFPC se otorga al comprador el derecho de recibir los *intereses conforme a la misma tasa que se haya aplicado al pago del precio*, lo cual, sin duda, es más equitativo.¹⁰⁶

El artículo 70 establece los derechos de terminación, de ejecución y la indemnización conforme al grado de ejecución que fuese realizada por el proveedor, o bien, el

¹⁰⁵ Ley Federal de Protección al Consumidor- - Artículo 2o.- Para los efectos de esta ley, se entiende por:-
- - I. Consumidor: la persona física o moral que adquiere, realiza o disfruta como destinatario final bienes, productos o servicios. Se entiende también por consumidor a la persona física o moral que adquiera, almacene, utilice o consuma bienes o servicios con objeto de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de servicios a terceros, únicamente para los casos a que se refieren los artículos 99 y 117 de esta ley.- - - Tratándose de personas morales que adquieran bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción o de servicios a terceros, sólo podrán ejercer las acciones a que se refieren los referidos preceptos cuando estén acreditadas como microempresas o microindustrias en términos de la Ley para el Desarrollo de la Competitividad de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa y de la Ley Federal para el Fomento de la Microindustria y la Actividad Artesanal, respectivamente y conforme a los requisitos que se establezcan en el Reglamento de esta ley.- - - II. Proveedor: la persona física o moral en términos del Código Civil Federal, que habitual o periódicamente ofrece, distribuye, vende, arrienda o concede el uso o disfrute de bienes, productos y servicios; (...)

¹⁰⁶ Ovalle Favela, José, *Derechos de los consumidores*. México, Oxford University Press, 2008, p. 245.

consumidor. El artículo 71 aduce a los casos que han sido cumplidos ya en más de la mitad de sus prestaciones, para determinar la procedencia del cese y de la ejecución en la medida que han sido cumplidas las prestaciones. Ambos preceptos establecen cómo considerarse un cumplimiento a efecto de determinar el incumplimiento.

4.16 Equilibrio económico, jurídico, contractual

El Derecho salvaguarda que los particulares dispongan de los derechos y deberes en la medida que lo permita el orden jurídico para la consecución de su ejercicio por las personas.

La disposición personal de las facultades y obligaciones permite, a su vez, comprometerse, con otra persona para contratar, así como cubrir las propias necesidades de bienes y servicios, a cambio de ofrecer las prestaciones respectivas en contrapartida.

El Derecho regula para que ese intercambio sea realizado y se cumpla el cometido entre los particulares; también, es importante para la sociedad el logro de los correspondientes y correctos efectos contractuales, tanto entre los particulares, como hacia la sociedad, pues los bienes y servicios tienen por su naturaleza un uso que implica incentivar su debida utilización e incluso evitarse el despilfarro o la pérdida.

El Derecho debe proteger los derechos y obligaciones de los particulares, como sucede cuando celebran un contrato, donde con esa protección realizan el compromiso de sus facultades y deberes, pero también se dispone evitar el abuso de uno en demérito del otro.

Así, con el propósito de satisfacer de manera conveniente y eficaz sus necesidades recíprocas, distintos individuos acuerdan intercambiar

prestaciones mediante las más diversas operaciones económicas. La transparencia de la propiedad sobre un bien (dar), la realización de una acción específica (hacer) o el abstenerse de realizar una determinada conducta (no hacer) son ejemplos de tales prestaciones. Detrás de cada acuerdo hay un hecho económico: los distintos individuos buscan colaborar entre sí, para complementar su propia situación económica y para satisfacer sus intereses y necesidades prácticas.

El derecho mira estos acuerdos desde su propia perspectiva y los trabajos a su propio lenguaje, es decir, como normas jurídicas a las que denomina 'contratos'.

Aun así, el derecho nunca pierde de vista la función económica que motivó la celebración del contrato.¹⁰⁷

La legislación atiende al interés del beneficio y disfrute de los bienes y servicios, para que los particulares dispongan de ellos en la medida del uso que su propia naturaleza permite, pero regula para evitar el abuso de ello, así como prevenirse del su uso inapropiado.

4.17 Rompimiento del equilibrio económico del contrato

El incumplimiento del contrato trae consigo el rompimiento del equilibrio del contrato; de esa manera, también lo hace en su aspecto económico, en las prestaciones que recíprocamente se comprometieron las partes, como en los derechos y obligaciones entre ellas.

Por eso, a la disciplina jurídica interesa que se equilibre el contrato en todos sus momentos, en su celebración, en su vigencia y aún al terminarse. Precisamente, a través del instituto resolutorio contractual por incumplimiento en los casos de

¹⁰⁷ Castro de Cifuentes, Marcela (coord.), *op. cit.*, nota 102, p. 311.

inejecución se persigue tal equilibrio al evitarse en lo posible la terminación por incumplimiento del contrato.

Pero también con unos lineamientos para recomponerlo, o bien, fijar la ejecución forzada y el pago de las prestaciones o su equivalente; sumado, en su caso, a los daños y perjuicios ocasionados. Para ello las pautas normativas radican en el plazo de gracia, también el cumplimiento forzado en equilibrio del contrato; pues, si uno cumplió dejarlo así respecto al incumplido sería injusto.

El Código Civil italiano, inspirándose en la tradición liberal del

siglo XIX, ha disciplinado el fenómeno de la contratación entre particulares, y las relativas patologías, presuponiendo la igualdad meramente formal de los contratantes y, por lo tanto, una situación en la que cada uno de ellos está en condición de valorar completamente la conveniencia del asunto y representar adecuadamente los mismos intereses en la redacción de la autorreglamentación.

La contratación entre particulares, en cambio, siempre se ha desarrollado de modo diferente de cuanto idealmente suponía en el código civil. Efectivamente, tampoco el código civil italiano del 1942 ha podido eximirse de contrarrestar, a veces incluso sobre el plano de los efectos del acto, a algunas de las más graves formas de abuso debidas a las disparidades de fuerza o de información que se han manifestado durante la estipulación.¹⁰⁸

4.18 Propuestas

La actualidad es un escenario que hace reflexionar a los doctrinarios la situación de la sociedad, hacia determinar incluso el grado de crisis en que se encuentra, entre

¹⁰⁸ Catalano, Roberta. “Autonomía privada y desequilibrio de fuerza contractual: perfiles evolutivos de la teoría del contrato en el derecho italiano y europeo”. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, España, Núm. 6, Noviembre-Diciembre 2012, pp. 112.

las diversas temáticas queda inmersa la asignatura jurídica y en ella el ámbito contractual, consistente en los intercambios realizados en la sociedad.

En esas actividades humanas se conjugan diversos elementos conforme a los requerimientos de las personas, así como de la misma sociedad, en el hecho contractual de que se trate se acentuará alguno u otro, aunque también es numerosa la opinión que ubica en las actividades humanas un marcado factor económico sobre otros como el uso razonable de los bienes y servicios, el compromiso hacia las personas, o bien, la naturaleza.

Los alcances del elemento económico lo ejemplifica las aportaciones que encierra el análisis económico del Derecho, tal teoría en esencia elabora estudios concernientes a la disciplina jurídica a través de los postulados que obtiene la teoría económica.

En sus principales características se encuentra adaptar los conceptos y métodos de la Economía al ámbito jurídico. Por ende, para ese efecto plantea evitar o reducir los costos y alcanzar el mayor beneficio social del fenómeno jurídico respectivo, que implica dotarlo con un componente económico sin excluir a su contenido legal.

Se inicia con el convencimiento que hay que tener en cuenta que no es posible entender las instituciones jurídicas únicamente con argumentos legales, es esencial considerar los efectos (económicos) que tales instituciones tienen sobre la sociedad y que resultados generan para los ciudadanos.¹⁰⁹.

Esta opinión doctrinal elabora su postura con referencia a los demás fenómenos sociales, que denomina como las reglas del juego en la sociedad. El objeto de

¹⁰⁹ Romero Pérez, Jorge Enrique “Reflexión en torno al tema de derecho y economía Su encuadre en la corriente institucional y neoinstitucional”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, Costa Rica, N° 122 (131-170) mayo-agosto 2010, 2010, p. 159.

estudio propio del ámbito jurídico, se convierte en uno conforme a la disciplina económica.

Sustituye el planteamiento de la disciplina económica para el diverso campo de conocimiento caracterizado por los lineamientos del Derecho, aunque pretende complementar a este último. Tiene un enfoque que persigue entender y conseguir una gran eficiencia en la práctica del Derecho.

Sobre el análisis de los efectos de las leyes no es posible entender las instituciones únicamente con argumentos legales, es esencial considerar los efectos que tales instituciones tienen sobre la sociedad y que resultado generan crear modelos tendientes a evaluar rigurosamente los efectos de todo tipo producido por las leyes.

El Derecho debe limitarse exclusivamente a garantizar la seguridad y la libertad del mercado y no debe, por lo tanto, realizar más función de regulación o intervención.¹¹⁰.

Analiza los fenómenos desde la eficiencia alcanzada por cada persona respecto de los bienes y sectores de la producción, entiende a esa persona como un ser racional en la medida que busca esa riqueza o utilidad. Esa eficiencia social es el derecho y equilibrio en el mercado.

El análisis económico del Derecho sostiene que corresponde a la disciplina jurídica establecer mecanismos sancionadores en caso de fallas en ese intercambio dentro del mercado, pero con el fin de corregirse y conseguirse tal eficiencia.

Una acción es eficiente cuando aumenta los beneficios totales y disminuye los costos totales de una determinada situación, mientras que será equitativa en la medida en que disminuya la diferencia entre los beneficios distribuidos a cada miembro de la comunidad.¹¹¹.

¹¹⁰ *Ibidem.* p. 161.

¹¹¹ *Ibidem.* p. 162.

La Economía se ocupa de lograr el estudio y disposición adecuada de los satisfactores, la perspectiva económica supondría con sus postulados lograr la realización y equilibrio de los intercambios contractuales, cumplir con las exigencias sociales en la utilización de los bienes y servicios.

Ya que, alejados de otro elemento se enfocaría en su disponibilidad adecuada, pero la realidad día a día hace patente la inadecuada e incluso irracional disposición de los satisfactores, sin contemplar la totalidad de exigencias que confluyen al intercambio respectivo, uno de ellos una creciente responsabilidad por conseguir actividades humanas sustentables que sean más conciliables con la naturaleza en deterioro por esas labores.

O bien, los elementos culturales, o demás deberes y derechos, entre los elementos culturales, por ejemplo, también se encuentra la manera de hacer esos intercambios, en la actualidad se despersonaliza incluso la celebración, el hecho y comunicación contractual, a comparación de antes que existía más posibilidad de negociar el contrato. En la Edad Media intervenía el comerciante, la autoridad gubernamental y el gremio del objeto comercializado para establecer las reglas y funcionamiento del mercado.

Al Derecho corresponde la conducta de las personas en su interacción de uno hacia otro sujeto, así como con la sociedad, en ese ámbito de injerencia tal disciplina comparte y califica la participación de otras disciplinas.

Toda relación jurídica entre personas de derecho tiene como contenido ciertos deberes, obligaciones y derechos o facultades. Hay una correlación imprescindible entre la presencia de lo que llamamos personas de derecho y los contenidos normativos de esas mismas relaciones; contenidos normativos que son obligaciones o deberes, o bien, facultades.¹¹²

¹¹² Manuel Terán, Juan, *Filosofía del Derecho*, 21 ed., México, Porrúa, 2012, pp. 100, 101.

Este esquema de comprender al derecho como un piso que debe interactuar y estructurarse con otros pisos y con otros elementos para hacer la edificación de la sociedad, así como de su respectivo funcionamiento.

Es un esquema que incluye y da cuenta de lo que debe ser y, a mi entender, ha sido el Derecho, un elemento con sus propias características, funciones y sus relaciones e interacciones como parte de la sociedad y de sus diferentes reglas (morales, religiosas, etc), así como de sus diferentes realidades y construcciones humanas (economía, moral, educación, política, etc.).

Este esquema analiza que la conjunción de relaciones y esfuerzos individuales o particulares, da como resultado un mayor beneficio que darían por sí solos tales empeños específicos.

Debemos expresar que el tema de la ejecución y la inejecución de las obligaciones no sólo presenta una faceta de orden jurídico entre las partes, sino también otra de naturaleza social, pues a la sociedad en su conjunto le interesa que las obligaciones se cumplan y que no abunden deudas que se dejen de pagar.¹¹³

En una relación jurídica que ocurre derivado de algún intercambio contractual existe un factor económico, que significa obtener la mejor utilidad del bien o servicio contratado, esa sería una finalidad encomiable para el Derecho, pero también coexiste como fenómeno social esa implicación de deberes entre las personas intervinientes, o bien, otros deberes surgidos de la misma utilidad propia a esos bienes o servicios productivos.

Resulta, entonces, que para regular y obtener la utilidad de esos factores de la producción, evitar posibles y mayores conflictos también entra en ese intercambio los elementos éticos, entendidos como los deberes surgidos entre las partes.

¹¹³ Osterling Parodi, Felipe y Castillo Freyre, Mario, “Algunas consideraciones sobre la inejecución de las obligaciones”. *Athina*, Perú, 2012, p. 342.

Establecer los elementos de un fenómeno determinado permite exponerlo con mayor rigor y estatuirlo en una mejor medida, la norma jurídica no excluye a las demás disciplinas, a los resultados que arrojan otros campos del conocimiento, pero en su propósito de estudio y de regulación abona incluirlos con la claridad de la correspondiente disciplina jurídica.

De modo que logre obtenerse la disposición preferible del fenómeno en particular, para alcanzar el intercambio propuesto por los contratantes y protegido jurídicamente al resguardar la utilidad de la sociedad, de los bienes o factores productivos y de los individuos.

Pues, un planteamiento plausible consiste precisamente en ocuparse del Derecho con la debida correspondencia constante entre las normas legisladas y su respuesta a los hechos reales acontecidos a diario en la sociedad, pero también de las disciplinas del conocimiento humano que con la misma preocupación de correspondencia se ocupan de los respectivos fenómenos sociales.

En el hecho contractual, como en algún otro hecho con efectos jurídicos, se enfrenta a los enfoques que presenten en la sociedad, es decir, a partir de la Cultura, de una interacción entre Culturas, además de las características de cada contrato con sus particularidades como resulta de quiénes son los propios contratantes, o bien, los ordenamientos legales que los regulen; asimismo, confluyen las disciplinas que involucre como la Ética, la Economía, el Derecho, etc.

En la conformación actual de la sociedad se encuentra presente el intercambio por decirlo de algún modo tradicional de intercambios contractuales, pero también intervienen variantes propias de una sociedad nombrada con el fenómeno de la globalización, con un comercio mundial, con una búsqueda de la paz, con la reflexión de encauzar la sustentabilidad de las actividades humanas.

La sociedad nombrada con el fenómeno de la globalización representa una relación entre distintos países con la misma interacción de culturas. En la dinámica de este conglomerado social existen opiniones para encontrar una normativa que responda a las características de esa sociedad y en eso se tiene en cuenta a la persona humana, así como a la sociedad, como variables para su revisión en tal problemática.

El positivismo jurídico en esencia postula realizar un análisis a partir de los hechos y la legalidad empírica observable, considerar como Derecho a las normas legisladas por los órganos estatales facultados para tal efecto, también sostiene una posición racional y sistemática de las disposiciones legales.

Para el positivismo jurídico el Derecho es una disciplina normativa, cuyo objeto de estudio son precisamente las relaciones revestidas con el estatus jurídico entre personas a quienes es susceptible la imputación de las facultades y deberes que conlleve ese hecho real, llevado a la interacción social, investido de la sanción para lograr su cumplimiento derivado de corresponder con las prerrogativas y obligaciones del propio hecho realizado.

Uno de sus principales personajes y doctrinarios es Hans Kelsen que hacia 1934 publicó estas ideas en su obra “Teoría pura del Derecho”, aunque ya había escrito un esquema de ellas en 1911 bajo el título de “Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado”¹¹⁴, la opinión kelseniana fue un comienzo para un debate entre los estudiosos del Derecho.

Es también recurrente la referencia a cuál es el origen de esta teoría kelseniana, pregunta que en numerosa parte de la doctrina se ubica en una marcada ausencia de sustento serio del fenómeno jurídico durante la época de publicada la teoría pura del Derecho, así como un auge con resultados insatisfactorios en el Derecho de tal

¹¹⁴ Schmill Ordoñez, Ulises, “Aportaciones teóricas de la teoría pura del derecho”, *Doxa*, España, 2010, p. 20.

ausencia, aún con la postura de las teorías existentes, entre otras las de índole metafísica.

Kelsen formula que el Estado consiste en la evolución de problemas dados en su proceso histórico y de eso deriva precisamente también su papel en procurar resolverlos, de donde se rescata a nivel de concepto su significado verbal con mayor grado de adecuación; el Estado se constituye mediante el Derecho, así se identifican para designarse como sinónimos. El Estado quiere que los demás sujetos de Derecho desempeñen un comportamiento, pero incluso uno en consonancia con el orden jurídico.

La disposición jurídica corresponde a la conducta exigida a las personas mediante una respectiva imputación a cargo del propio sujeto, tal evento implica conformarse con las características de un problema normativo; en vez de uno, con notas inherentes a la causalidad entre un fenómeno como respuesta a otro fenómeno. Más bien, el Derecho atañe un deber para realizarse el correcto comportamiento exigible con la coacción pública del ente estatal.

La ética responde a buscar las conductas pertinentes según los criterios formulados para tal fin, pero, a su vez, surgen de los requerimientos formulados por los teóricos, que fluctúan alrededor de ser humano, o bien, de la sociedad, aunque actualmente también se suman otros factores como la sustentabilidad, es decir, conservar la ecología.

El elemento ético en un hecho contractual deriva del compromiso formulado en el deber de obtener y brindar una contraprestación, así como de la disposición del bien o servicio conforme a los lineamientos que suscite el contrato, el objeto contratado, las características y necesidades de la sociedad.

En el ámbito de la ética de la globalización también desempeñan un papel importante cuestiones de distintos campos de la ética: ¿cómo es posible,

por ejemplo, valorar éticamente instituciones políticas en el plano global (filosofía política)? ¿Cómo puede valorarse éticamente el desarrollo del comercio mundial (ética económica)?¹¹⁵.

Un enfoque de provecho económico lo logra con un soporte teórico fuerte el llamado análisis económico del Derecho que estudia lograr la mayor utilidad de un bien o servicio, aunque no sólo individual sino también colectiva en eso su aportación es considerable para equilibrar la disposición, uso y disfrute de los objetos que se contratan.

Un análisis en tales términos es en tal medida con un carácter ético, que evita mayores problemas en los intercambios contractuales. No obstante, un número considerable de contratos responden a ese esquema, pero esos y en más proporción otros convenios involucran elementos de diferente característica.

De modo que identificar al contrato en su dimensión permite regularlo favorablemente y conseguir los beneficios que acarrea, tanto como hacer una correcta disposición de los bienes y servicios, la regulación asume tal compromiso para hacer en las distintas sociedades un medio que permita los intercambios y relaciones indispensables.

Los intercambios son realizados para obtener y ofrecer una contraprestación es una utilidad individual, pero también social, es quizá incluso una función inherente de los bienes y servicios, pero al ser un acto social intervienen también otros factores que conforman el contrato, para conseguir su finalidad.

En esos factores están por ejemplo los culturales, que analizados desde la teoría económica, o bien la teoría jurídica se convierten en parte del objeto que estudian desde tales disciplinas, pero los resultados para obtener un tratamiento –regulación– podría variar en su calidad.

¹¹⁵ Reder, Michael, *Globalización y filosofía*, España, Herder, 2012, p.61.

Cuando se contrata el camino y terminación del contrato no implica una anormalidad, se contrata para cumplir recibir y ofrecer una contraprestación, lograr una actividad de intercambio, en menor o mayor medida de beneficio individual, como social.

Pero también se incumple por diversos factores ajenos o no, a quienes contratan. Aunque en todo caso debe analizarse el equilibrio en las prestaciones contratadas para regularse de la mejor manera los intercambios realizados por los actores sociales.

Un caso se tiene en la empresa mexicana Elektra¹¹⁶ con el giro de comercio, que negocia bienes de consumo bajo las modalidades de venta al contado, a pagos, o bien ofrece préstamos a corto plazo.

Como una característica de la globalización las empresas hacen relaciones comerciales en otros países, Elektra es una empresa mexicana pero busca realizar sus actividades en otras naciones, como fue establecerse en otros países de América, tal fue el caso de Argentina. Aunque, la realización de la actividad económica y jurídica buscada por un contratante, en este caso por la empresa Elektra, se consigue entre los factores que intervienen e influyen en las labores empresariales y contratos propuestos en su objeto comercial.

En su participación dentro de la República Argentina no tuvo los resultados positivos para su actividad comercial y decidió dejar ese país. Informó que la operatividad de la empresa era reducida en esa nación, debido a varios factores, entre ellos, un difícil entorno macroeconómico y de negocios.

¹¹⁶ Tejada, Claudia, “Elektra se retira de Argentina; ve un difícil entorno macro”, *El Economista*, México, dos de octubre de 2014, p. 19.

El grupo mexicano Elektra mencionó como motivos para su retiro de Argentina el control cambiario, ciertas restricciones en la importación y exportación en las mercancías objeto de comercio, algunos controles al flujo de capitales que restringían la inversión, el alto porcentaje de inflación, ciertas prácticas sindicales que perjudicaban la inversión, además de que indicó una cultura de no pago de adeudos en ese país que convertía en inviable su negocio del crédito, enfrentaba una demanda colectiva por presuntas tasas usureras y publicidad engañosa.

Los costos estaban al alza a un mayor ritmo que el tipo de cambio, hecho que la empresa adujo la dejó sin consumidores, también en octubre de 2012 bajó las cortinas en algunas tiendas al Oeste de Buenos Aires por problemas gremiales con el Sindicato de Comercio. El cierre de sus establecimientos provocó el cese de los empleos que generaba.

La embajada de Argentina en México desmintió a Elektra y mencionó que todas las empresas tenían que cumplir con las disposiciones legales nacionales, que también planeaban sus negocios con los factores de la Economía del país y realizaban sus actividades con ese entorno.

En Argentina los salarios se pagan mensualmente, a diferencia de otros países, por ejemplo México, que es de manera quincenal, además en Argentina han sufrido varias crisis económicas que hacen una Economía con más atención en su mercado, que requiere al Estado y a los consumidores un papel de responsabilidad.

En el caso de la empresa comercial Elektra se aprecia la multiplicidad de factores que giran alrededor de una operación, que influye en esa medida también en la obligación que adquiere un consumidor de esos bienes y servicios con la empresa.

Igualmente se presenta el factor económico reflejado en una actividad, así como compromiso para mejorar la economía; aunque, en general se advierte la interacción

social, con el respeto a los deberes surgidos de las relaciones que tutela el Derecho para el funcionamiento de la vida en comunidad.

Uno de los aspectos apuntados es la cultura del no pago, que analizada en un hecho particular, es decir, en un contrato específico que realizaba con los consumidores, representó una desventaja y un desequilibrio en la actividad económica susceptible de realizarse; pues, si una parte realiza su prestación la otra debe conducirse con la correspondencia en las prestaciones para lograr la función protegida por el Derecho.

En la actualidad los factores que intervienen son variados, como lo ha sido en las distintas sociedades que enseña la Historia, otro factor importante, por ejemplo, es la sustentabilidad, que incentiva un uso ecológico de los bienes y servicios que requiere las actividades humanas.

Del caso relatado se advierte que la falta de una debida contratación y cumplimiento de las prestaciones fue un factor para que la empresa decidiera abandonar ese país y dedicar sus operaciones en otra nación que reeditarán según sus actividades comerciales.

En esa medida, los contratantes tienen deberes uno hacia el otro y también hacia el Derecho, su comportamiento hacia los bienes y servicios también implica una correcta disposición de ellos para un adecuado aprovechamiento con las exigencias del hecho contractual y la sociedad en que se realizan.

La sociedad contemporánea comienza a inicios del Siglo XX a elaborar un conjunto normativo jurídico conocido después como “Derecho del Consumidor” que formula la desigualdad entre consumidor y proveedor.

Principio y regulación distintos al Código Civil tan criticado, a su vez, por la doctrina al continuar e incrementar esa desigualdad entre actores sociales. Pues, incluso el

Código Civil también perseguía una disminución de ese plano distinto en los derechos y deberes de las personas en sociedad.

La codificación decimonónica proponía una igualdad entre los contratantes, una igualdad que el día a día apuntaba como inalcanzada, debido a que una de las partes tenía mayores posibilidades, en particular económicas para establecer sus condiciones.

Por otro lado, con la postura de Habermas en el Derecho moderno, esto es, respecto a lo jurídico, éste guarda una pretensión de legitimidad, que se une a las propiedades formales pertenecientes al propio Derecho, consistentes en la coerción y en la positividad¹¹⁷.

Conforme a eso, para elaborar y ejercer el Derecho son pertinentes las deliberaciones que tengan en cuenta los enunciados comunicativos de los integrantes de la comunidad política, que hacen una participación de los intereses privados y de los intereses públicos para incluirse en las libertades y límites a establecer en las normas.

La circunstancia referente a que la norma investida de sanción estatal tenga su origen en resoluciones cambiables del legislador político, esta relacionada con una expectativa de garantizar la autonomía a todas las personas jurídicas por igual.

Esta expectativa de legitimidad se entrelaza con la facticidad de la producción legislativa y con la facticidad de la imposición del derecho.

La validez de la norma jurídica se da cuando la norma sea obedecida, ya sea un término medio, y en caso necesario a través de sanciones, y; cuando pueda ser

¹¹⁷ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez* “sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso”, 4ª ed., Madrid, Trotta, 2005. p. 645.

obedecida por respeto a la ley, por las condiciones institucionales para que la norma sea creada legítimamente.

El proceso democrático, ejercita la deliberación a cada momento, lo cual se agudiza en sociedades pluralistas, donde el fundamento moral de imágenes inclusivas del mundo, de éticas colectivas o de la conciencia privada, no satisface ser un fundamento suficiente para el derecho natural, antes fundamentado religiosamente o metafísicamente. La única legitimación sería el proceso democrático de producción del Derecho, ese proceso discursivo de tomar en cuenta temas y contribuciones, tiene el propósito de la falibilidad de obtener resultados más o menos racionales.

Para ello; el Derecho, junto con el sistema político, es una garantía que cubre funciones sociointegrativas, y; los ciudadanos se entienden como participantes en la creación del derecho a que se encuentran sometidos.

El modelo del discurso o el modelo de la deliberación vienen a sustituir al modelo del contrato: la comunidad jurídica no se constituye por vía de un contrato social, sino sobre la base de un acuerdo discursivamente alcanzado.¹¹⁸.

El libro “facticidad y validez” trata de probar que “entre el Estado de derecho y la democracia no solamente se da una relación histórica-contingente, sino una conexión interna y conceptual.”¹¹⁹

La única fuente de legitimación del derecho, radica en el proceso democrático que participa de presupuestos comunicativos y de condiciones procedimentales de la opinión y la voluntad; que es una autocomprensión procedimentalista, que asegura la autonomía privada y la autonomía pública de los sujetos jurídicos, que sería el Estado social de Derecho,

¹¹⁸ *Ibidem.* p. 647.

¹¹⁹ *Ibidem.* p. 648.

Por tanto, para mostrar la interna conexión que tiene el Estado de derecho y la democracia, es necesaria la aclaración: de que no cabe subordinar sin más el derecho positivo a la moral, de cómo la soberanía popular y los derechos del hombre se presuponen mutuamente y, de cómo el principio democrático tiene su raíz independiente de la del principio moral.

El derecho tiene una estructura más compleja que la moral porque por una parte desencadena y por otra parte delimita libertades subjetivas de acción (orientadas a los propios valores e intereses de cada cual) y porque recoge en sí objetivos colectivos y, por tanto, las regulaciones son demasiado concretas como para poder ser justificadas solamente desde puntos de vista morales.¹²⁰

Para tener una verdadera práctica constitucional no debe introducirse solamente un 'principio del discurso' con el que los ciudadanos juzguen si es legítimo el derecho que establecen. También, previamente es necesario que a nivel jurídico se institucionalicen las formas de comunicación en las que deba formarse discursivamente una voluntad política racional.

Los derechos liberales de defensa son una evolución de las libertades subjetivas de acción otorgadas mutuamente. Es secundario el sentido privado de no intervención del aparato estatal.

Los derechos de defensa solo surgen a consecuencia de una diferenciación de una asociación de sujetos jurídicos que se administran a sí mismos, diferenciación por la que esa asociación se convierte en una comunidad jurídica estatalmente organizada. Los derechos de defensa surgen cooriginalmente con ese principio del Estado de derecho, conforme al que la Administración ha de atenerse estrictamente a la ley.

(...)

¹²⁰ *Ibidem*, p. 650.

La filosofía se mete en una tarea innecesaria cuando trata de demostrar que no sólo resulta obvio por razones funcionales, sino que también es una obligación moral organizar la convivencia en forma de derecho, es decir, de formar comunidades jurídicas. A los filósofos debería bastarles con que en las sociedades complejas sólo en el medio del derecho es ya posible establecer fiablemente esas relaciones de respeto mutuo (también entre extraños) moralmente obligatorias.¹²¹

Para que el Derecho pueda mantenerse como legítimo, los ciudadanos deben salir de ser un papel de sujetos jurídico privados y adoptar una perspectiva de participantes en procesos de entendimiento acerca de las reglas de su convivencia. Emplear sus libertades comunicativas no exclusivamente para conseguir sus propios intereses, sino para los fines de un 'uso público de la razón'.

En las sociedades complejas, como las actuales en los países llamados avanzados, quizá no se desarrolla esa comunicación de deliberación procedimental. No obstante, debe realizarse y existen las vías legales que garantizan el uso de esas libertades.

Con ello la integración social cobra una forma peculiarmente reflexiva: el derecho, al cubrir su necesidad de legitimación con ayuda de la fuerza productiva que representa la comunicación, utiliza como aguijón de discursos públicos jurídicamente institucionalizados un riesgo de disenso convertido ahora en permanente.¹²²

Ahora bien, el estudio que se haga a las ideas antes expuestas debe estar provisto de la medida necesaria para ajustarse al acontecer particular, es decir, al caso de México, a la situación que tiene nuestro país, para tomar las medidas que sean pertinentes a nuestra realidad, y no llegar a una imitación extralógica de instituciones extranjeras que nada resultan e incluso compliquen problemas pendientes de resolver.

¹²¹ *Ibidem*, p. 656, 659.

¹²² *Ibidem*, p. 662.

La legislación reúne los valores, así como las demandas de la sociedad para permitir el goce de los derechos y obligaciones para sus integrantes, personas con las prerrogativas que permitan la relación en sociedad, con las demás personas en un plano de igualdad y libertad; pero que, a su vez, sigan y mejoren el conjunto, al igual que el desempeño de la sociedad.

Así, con el seguimiento a los postulados de Habermas, la resolución de los contratos responde a un interés particular y a un interés público, al velar el equilibrio prestacional que conforma al contrato; para con ello, permitir el intercambio de bienes y servicios, pero también evitar el abuso en detrimento de los derechos, así como deberes estatuidos a los contratantes.

La autonomía de las personas jurídicas es proyectada garantizarse con sanción jurídica cambiante a cargo del legislador político, correlacionada con la producción legislativa y con la imposición del derecho.

El instituto resolutorio protege el equilibrio de las prestaciones en los contratos, el Código Civil preceptúa esa norma resolutoria para ser cumplida, con disponerse la sanción jurídica, o mediante el respeto a la ley, o bien, al contrato en que se reciben las prestaciones concertadas; que, según con Habermas implicaría conformarse como legitimación del instituto resolutorio contractual.

Esta conformación de las normas contractuales para el incumplimiento tendría su legitimidad en el proceso discursivo de elaboración del Derecho Civil, incluso en cada etapa y durante el proceso de los siglos en que se ha configurado el instituto resolutorio.

Aunque, las mismas normas sean ejercidas a fin utilizarse como medida para regular los incumplimientos contractuales, además de que tiene la regulación para ventilarse

los conflictos derivados del incumplimiento, aún en gran número de los casos que en la actualidad acontece.

Habermas sugiere la constante la legitimidad del derecho, en que los discursos, los problemas, se reflexionen y encuentren vías de dirimirse; el incumplimiento contractual es entonces, también, una norma que de modo permanente debe adecuarse a la conflictiva suscitada por el incumplimiento para dar cabida al equilibrio contractual que regula, en aras de las correctas relaciones jurídicas.

Una salvedad más a tenerse en cuenta consiste en las múltiples imágenes inclusivas del mundo, de éticas colectivas o de la conciencia privada; que, no por ello debe dejarse relativizar a la resolución contractual por incumplimiento a grado de diluirse su cometido jurídico, sino más bien tenerse como relevante, para equilibrar el lazo prestacional del contrato.

En que se logre cierta certeza de la situación jurídica que se restablece con la norma resolutoria y cumplir el Derecho, con sus funciones sociointegrativas, en que se considera a los ciudadanos como participantes al elaborarse el ordenamiento jurídico a que se encuentran sometidos, mismas funciones que precisamente Habermas propone cumpla el sistema político, para un comportamiento de los ciudadanos que permita el desenvolvimiento de la sociedad.

En la sociedad actual con un pluralismo logrado y promovido como una vía para el mejoramiento social, se presenta su enlace con el Estado de Derecho para apreciar la dinámica comunitaria y establecerse las pautas de conducta que permitan la convivencia, la libertad individual y social.

Los procedimientos jurídicos han sido el cauce para dar cumplimiento a los derechos y deberes de las personas, por parte de los demás sujetos sociales. El Derecho protege a cada ciudadano, a sus derechos y a sus obligaciones, para que haga su

desempeño respectivo; con ello, a su vez, conseguirse el correspondiente ejercicio por parte de los demás sujetos jurídicos.

Como sería el otro contratante, o bien, la sociedad, al evitarse un conflicto en la ilegalidad de un beneficio indebido originado en un contrato o en su incumplimiento, sin la validez del acto contractual como se preceptuaría jurídicamente en las normas legales.

Esta validez se constata en el Código Civil en el artículo 1949, que regula el incumplimiento contractual, pero sigue su legitimidad al regir los casos en particular, al ventilarse en juicio y pronunciarse acerca del restablecimiento del contrato, mediante la decisión jurisdiccional del intercambio de prestaciones que no perjudiquen a las partes, que consiste en institucionalizarse los actos de comunicación para una voluntad política racional.

Entonces, la resolución por incumplimiento responde a la legitimidad del Derecho, en regular a los ciudadanos como sujetos privados, así como participantes en procesos de entendimiento acerca de las reglas de su convivencia, que es la propuesta habermasiana de comportamiento humano, en hacer un uso público de la razón y no solamente en alcanzar sus propios intereses.

Como dice en su libro *Facticidad y Validez* donde indica que: La única fuente de legitimación del derecho, radica en el proceso democrático que participa de presupuestos comunicativos y de condiciones procedimentales de la opinión y la voluntad; que es una autocomprensión procedimentalista, que asegura la autonomía privada y la autonomía pública de los sujetos jurídicos, que sería el Estado social de Derecho.

En la regulación del fenómeno contractual y su incumplimiento cabe calificar el contenido que lo formula; así, se analizan sus componentes económico, ético y la suma final identificado como jurídico, para los efectos de su regulación legal.

En el contrato son reunidos los derechos y deberes acordados por las partes, conforme a los lineamientos que regulen el hecho respectivo. La celebración de tal convenio ofrece instituirlo como un medio para que sean efectuadas las interacciones que ocurren entre los integrantes de la sociedad.

Ese solo acontecimiento hace que el Derecho proteja los compromisos contractuales para establecer al contrato como la vía que permita realizar los intercambios y actividades de los integrantes, que implican también el propio funcionamiento del conjunto social.

Desde hace tiempo, los estudiosos italianos y europeos destacan la existencia de impulsos evolutivos sobre la teoría general del contrato e insisten en definir las líneas con las que este proceso de transformación se está desarrollando.

Aunque haya diversidad de aspectos particulares en sus teorías, todos concuerdan en localizar las causas de tales cambios en dos importantes fenómenos del siglo XX: la globalización de los mercados y la difusión de la convicción existencia de impulsos evolutivos sobre la teoría general del contrato e insisten en definir las líneas con las que este proceso de transformación de que cada ser humano, antes de ser sujeto de derecho, es persona, y en cuanto persona, es titular de derechos fundamentales, para cuyo ejercicio y tutela tiene que estar predispuesto cada ordenamiento jurídico. Precisando más, todos concuerdan en creer que ha sido la propia necesidad de hacer frente a las cuestiones planteadas por el inmanente conflicto existente entre exigencias mercantiles y necesidades de protección de la persona humana lo que ha inducido a legisladores e intérpretes a experimentar nuevas soluciones por las que se han puesto en tela de juicio algunos postulados fundamentales de la teoría del contrato.¹²³

El Derecho regula las relaciones contractuales en los diversos planos que lo integran, para proteger a los mismos contratantes, a terceros, así como a la sociedad, para con eso lograrse la mejor disposición de los bienes y servicios que se acuerden.

¹²³ Catalano, Roberta, *op. cit.*, nota 104, pp. 105-118.

Pues, se protegen los derechos y deberes de las personas en particular, en los variados ámbitos que lo integran, no solo uno, sino los distintos compromisos implicados, por ejemplo el acuerdo entre los celebrantes, pero también la utilidad económica del objeto contratado que esperan, al igual que el contenido del bien jurídico contratado.

Asimismo, con ese mismo propósito, por ejemplo, se estatuyen restricciones al ejercicio de los derechos para lograrse la utilidad adecuada de los objetos contratados.

Cabe mencionarse un caso para ilustrar en mayor medida esto, como el que ocurriría cuando con base en lo anterior, la propiedad de un bien debe utilizarse apropiadamente, aunado a evitar en el ejercicio de ese derecho cualquier afectación a otra persona, o bien, a la comunidad, al igual que impedirse obstaculizar una utilidad a la sociedad, como obstruir un camino.

Así, se regula la disposición de bienes y servicios, los deberes y derechos de las personas, no dañar a otros, pero tampoco a la sociedad, al igual que, en su caso, contribuir al uso social de los bienes.

Estas disposiciones se reflejan en los actos jurídicos, entre ellos el contrato, en cuanto a éste último lo hace en su inicio, su vigencia, así como al terminarse por incumplimiento; toda vez que, el cese producto de inejecución traslada esa vida contractual para revisar la falta de cumplimiento en lo pactado, además de proteger los derechos y deberes que los contratantes han celebrado, para con eso tengan la titularidad como acreedores para exigirlos a su contraparte.

Por eso, la resolución de los contratos por incumplimiento es una norma que reconstruye la relación contractual. El instituto de resolutorio de los contratos es equitativo; pues, implica un esquema que preceptúa ajustar el intercambio en sus

variados ámbitos, entre ellos al jurídico, al económico, al ético, por mencionar algunos, con la disposición de integrarlos en mayor o menor medida conforme al hecho contractual de que se trate.

La norma resolutoria es un esquema jurídico ampliamente pragmático; toda vez que, su debida utilización debe acoplarse a la dinámica de intercambio, a las propias características del contrato y del incumplimiento acontecido, con la protección y el restablecimiento del equilibrio en las obligaciones que las partes han realizado, o están en condiciones de realizar.

La experiencia demuestra la utilización de facultades permitidas al juez en la materia, sumada y en auxilio de la voluntad de las partes, aunque es un precepto susceptible de calificarse y examinarse objetivamente, sin excederse de los derechos y deberes a cargo de una de las partes en detrimento de la contraparte contratante.

Esa medida es la que el Derecho protege y ha protegido en las etapas históricas en que la disciplina jurídica reglamenta el incumplimiento.

En la actualidad esto se extiende a las particularidades de la sociedad, por ejemplo existen otras leyes de índole no propiamente civil, sino administrativa como las leyes de protección al consumidor, que regulan un interés general de equilibrar, regular, unas transacciones entre vendedores a gran escala representados en empresas, personas morales, y compradores individuales, personas físicas.

Mismas personas físicas que incluso recibían pocos esquemas de negociación con esos vendedores para concertar, así como regular los derechos y obligaciones, de donde se obtuviese una relación de equilibrio o de certidumbre y viabilidad económica para con los propios contratantes.

De mediados a fines del siglo XIX, el industrialismo significó un cambio rotundo en el sinalagma contractual que obligó a los Estados a disponer

medidas de intervención, erosionando naturalmente sobre la voluntad de los particulares. Por ejemplo, el obrero no se encontraba en condiciones de negociar con su patrón el salario y condiciones dignas de trabajo, para lo cual se cobijó bajo el paraguas protector de sindicatos y corporaciones que negociaron con los dueños del capital puesto al servicio de la producción.¹²⁴

Pero también para la economía de la sociedad, al permitirse e incentivarse los intercambios con certidumbre legal y económica para alcanzarse los fines con que contratan los celebrantes, a fin de lograr la utilidad de los bienes y servicios negociados, materia de la transacción.

Pero así como los Estados han debido intervenir en las relaciones contractuales entre particulares, limitando el principio de autonomía de la voluntad, paralelamente han utilizado el instrumento legal para dirigir sus políticas económicas, a veces por imperio de las circunstancias (guerras y otros desastres). A veces para corregir anomalías originadas en sus propios desaciertos (abuso de los recursos públicos con fines demagógicos o para corregir el déficit de empresas estatales mal administradas.¹²⁵

Frente al problema de la subjetividad que acompañaría a las facultades del juez para la resolución contractual, la doctrina contemporánea encuentra un camino en la importancia de la inejecución que sería necesaria actualizarse a fin de decretar el incumplimiento, y hacer objetivo el instituto resolutorio con esa limitante.

Es discutible que hoy subsista «la justificación de principios e instituciones especiales al servicio de las exigencias del empresario y de la actividad empresarial»; así como las antiguas «notas características del Derecho mercantil» formuladas por la doctrina mercantilista de los siglos XIX y XX como justificación de los Códigos de Comercio (fomento de la seguridad del tráfico, de la circulación de los bienes y del dinero, etc.). Hoy quizás se

¹²⁴ Vivas, Mario L., Díaz Carlos A., *Contratos: "teoría general"*, Buenos Aires, Argentina, Hammurabi, 2012. p. 32.

¹²⁵ *Ibidem.* pp. 32,33.

habría de añadir la autorregulación, y en su caso la sustitución de la legislación imperativa por el fomento de la transparencia.¹²⁶.

En la historia jurídica también se encuentran pasos hacia la objetividad del instituto resolutorio; como sucede con la opinión realizada por Pothier en la diferencia entre el incumplimiento a las obligaciones principales y el otorgado a las accesorias, caso adonde postuló que la falta en ejecutarse las accesorias debería reunir esa gravedad tal para acarrear deshacer el lazo contractual a las partes.

Mismo camino hacia la objetividad en que se inscribe el Derecho Canónico cuando instituyó la facultad a ambas partes para ejercer el instituto resolutorio precisamente dentro de la bilateralidad que adjudicaba debía contenerse en el contrato bilateral. De ese modo, se regulara la fe con que se pactó, así como los bienes económicos, con las necesidades del intercambio que existen la sociedad.

La utilización de los bienes y servicios es un ámbito de protección normativa que el Derecho regula, con una participación de los contratantes y las disposiciones jurídicas en menor o mayor medida, pero en todo caso reguladas también con un grado menor o mayor de legislación al respecto.

Cuando en la modernidad se otorga una mayor participación a las partes para regular el contrato, la legislación que lo norma establece también en mayor medida los lineamientos para respetar los deberes y derechos de los contratantes, así como el uso de los bienes y servicios.

¹²⁶ Vicent Chulia, Francisco, *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI*: “libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Nóvoa con motivo de su octagésimo cumpleaños”, Madrid, España, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, 2010. p. 94.

Con la intervención de la autoridad jurisdiccional formulada por el Derecho Canónico se aprecia un factor externo a los contratantes, ese factor es una tercera persona identificada en el juez o tribunal, quien representaría a la sociedad para calificar la viabilidad del hecho contractual respectivo y determinar la correcta disposición jurídica de los bienes y servicios contratados.

El Derecho se ocupa de proteger los intercambios celebrados por las personas, se ocupa de proteger en los deberes y derechos de tales personas, de la correcta disposición de los bienes y servicios, eventos donde se encuentra lograr el tráfico comercial en la sociedad, pero también los deberes y derechos, la utilización razonable de los satisfactores.

Pues, por ejemplo, es una exigencia actual hacer conductas y actividades gubernamentales para la sustentabilidad que concilie y evite un deterioro mayor al medio ambiente; o también rescatar o establecer pautas de conducta respecto a una sociedad con múltiples problemas, incluso confrontada a una situación de crisis en que se cataloga y sufre la sociedad actual, en que los teóricos son partidarios en su mayoría de relatar la falta de valores, así como un horizonte poco claro en los otros aspectos como el económico, el político, entre otros.

La disciplina jurídica en su ámbito es parte de esta preocupación para de resultar cierta responder con las disposiciones normativas que corrijan o eviten las problemáticas ocurridas en cada sociedad y realizarse los intercambios contractuales con sus diversos elementos, para lograr una economía encaminada con las demás exigencias sociales, como los deberes y derechos, como la sustentabilidad, la dignidad humana, la equidad.

Ahora, el Derecho persigue, debe perseguir un equilibrio, la misma sociedad, los contratantes, lo requieren, las disposiciones jurídicas para tal propósito han sido adoptadas para tal fin. Habría que analizar si subsiste una ventaja de la posición de

alguno de los contratantes, si las normas jurídicas permiten o han permitido a lo largo de su transcurso histórico ese equilibrio.

Tal respuesta al requerimiento de otorgar certidumbre a los recíprocos intercambios atañe también encauzar la normativa para mejorar la sociedad y su desenvolvimiento, en que los contratantes obtengan ciertos deberes, compromisos y utilidades económicas de los bienes y servicios.

Conclusiones

Primera. Una de las instituciones jurídicas mayormente estudiadas es la referente a la terminación del contrato por incumplimiento de uno de los contratantes, debido a que el contrato es un medio de uso cotidiano y el incumplimiento acontece como terminación anormal del acuerdo de voluntades, pero para permitir las transacciones entre los individuos y evitar que el incumplimiento las afecten en mayor grado, se valoran los intereses privados y colectivos.

Segunda. La progresividad histórica de la regulación por incumplimiento contractual advierte de la diversidad de medidas acordes al tipo de Derecho, de sociedad y de contratos que se realizaban en los intercambios comunes y cotidianos, pero con la postura a valorar objetivamente los elementos que mejor dieran arreglo a los conflictos entre contratantes.

Tercera. El contrato permite los intercambios indispensables para las personas en sus múltiples requerimientos y actividades sociales; por ello, la legislación elabora su respectiva normativa. En la sociedad actual esas normas tienen vigencia, en menor o mayor medida responde a las exigencias y expectativas de la sociedad y los intercambios practicados en sus actividades.

Tienen esa vigencia que rescata y contiene la dinámica requerida por los intercambios en las sociedades que muestra la historia jurídica. Son disposiciones que regulan los conflictos contractuales, que debe examinarse continuamente su justificación, su fundamento, sus efectos regulatorios, su adaptación a los fenómenos de hoy en día, para, en su caso, complementar, esas reglas y lograr que los contratos y los conflictos derivados de ellos, produzcan un beneficio entre particulares, así como, en general, a la sociedad.

Cuarta. En la celebración, duración y terminación del contrato existen derechos y obligaciones que se dirigen a obtener un intercambio de bienes y servicios, para solventar los requerimientos de los contratantes y que se logren los intereses privados y sociales, al repercutir en la realización de las actividades en que se desenvuelve la sociedad.

Quinta. Las prestaciones recíprocas en los contratos significan una mutua correspondencia en la atribución o cambio de bienes y servicios entre los contratantes, que proteja la utilidad social de los recursos económicos.

Sexta. La legislación estatuye ciertas normas que den certidumbre a los intercambios y relaciones comerciales entre los ciudadanos, así como dispone normas en general para regir en actos que no estén dentro de esos esquemas, pero que no por eso queden ajenos a la certidumbre y protección de los valores jurídicos.

Séptima. Es una reflexión constante el tema de la sociedad y de la revisión de la composición o descomposición social para mejorar la calidad del conglomerado social, así como corregir las deficiencias que adolezca dicha sociedad; pues, es basta y preocupante, a veces, la situación de crisis en que se cataloga y sufre la sociedad actual, en que los teóricos son partidarios en su mayoría de relatar la falta de valores, incluso, en la organización humana contemporánea, así como un horizonte poco claro en los otros aspectos como el económico, el social, etc.

Octava. Hoy se presenta una reflexión de asumir las responsabilidades y compromiso de una sociedad actual, también se postula como una conciencia de unidad, no de devastación, de implicar a las personas y las comunidades en procesos válidos de aprendizaje a lo largo de toda la vida para que examinen cómo pueden vivir de un modo más sostenible las sociedades.

Para lograr la sociedad deseable, el Derecho como campo de conocimiento tiene como propósito a esa mejora. El Derecho es un estatuto que persigue un equilibrio y el logro de relaciones jurídicas que beneficien a la sociedad, en eso protegerá a los contratantes, junto a un correcto manejo de los satisfactores que implican su eficiencia social.

Novena. La norma jurídica reúne los valores que permitan la protección de los intereses privados y sociales, debe analizarse su correcta regulación en los requerimientos y conflictos cotidianos, para no dejar de regir con las expectativas que brinden la garantía de los deberes y prerrogativas con interés privado y social. Para regular los intercambios, así como la terminación contractual por incumplimiento, resulta mayor la certidumbre jurídica en la medida que se identifiquen y califiquen los elementos que integran el hecho contractual respectivo.

Décima. La resolución de los contratos responde a un interés particular y a un interés público, debido a que regula y protege el equilibrio prestacional en el contrato, a través de arreglar la relación contractual terminada anormalmente por el incumplimiento.

Décima primera. En el intercambio encauzado por el contrato debe examinarse todos los elementos que lo componen, no solo la protección jurídica, ni su componente económico tutelado por esa misma tutela legal, quizá los dos elementos más sensibles, sino los demás elementos como el compromiso surgido entre las partes, que en su conjunto dan lugar propiamente al elemento contractual.

Décima segunda. Una empresa de consumo que realiza operaciones, contratos con personas en su carácter de consumidores, conforme al Derecho del Consumidor es una actividad que permite el funcionamiento de la sociedad en los tiempos que corren, de la sociedad moderna, que se identifica en la producción, consumo y utilidad para lograr la individualidad y colectividad social.

Algunas de esas acciones coincidirían con una sociedad característica de otra etapa histórica, otras son particulares de la modernidad, un consumo con ciertas limitaciones en la negociación, en la intervención del precio o del objeto, de las modalidades, revela quizá un hecho de necesidades comerciales, tipos de contratos, que no desmerece el Derecho, que dado el supuesto el orden jurídico protegería, regularía, pues debe involucrar todos los elementos que la realidad jurídica posible haga viable para mejorar la sociedad y permitir los intercambios entre sus integrantes.

En sus inicios el Derecho del Consumidor postula la diferencia, la desigualdad entre consumidor y proveedor, el Código Civil proponía, en especial, desde la codificación decimonónica una igualdad entre los contratantes, una igualdad que el día a día apuntaba como inalcanzada, debido a que una de las partes tenía mayores posibilidades, en particular económicas para establecer sus condiciones.

Ahora, el Derecho persigue, debe perseguir un equilibrio, la misma sociedad, los contratantes, lo requieren, las disposiciones jurídicas para tal propósito han sido adoptadas para tal fin.

Cabe analizar si subsiste una ventaja de la posición de alguno de los contratantes, si las normas jurídicas permiten o han permitido a lo largo de su transcurso histórico ese equilibrio, así como cauce para mejorar la sociedad y su desenvolvimiento, donde los contratantes obtengan ciertos deberes, compromisos y utilidades económicas de los bienes y servicios.

Bibliografía

ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, María Mercedes, *La rescisión por lesión en el derecho civil español*, Madrid, España, La ley, 2010.

ALTERINI, Atilio Aníbal, *Contratos “civiles, comerciales, de consumo: teoría general”*, Buenos Aires, Argentina, Abeledo Perrot, 2009.

ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, 3a ed. renov. y ampl., Granada, España, Comares, 2003.

ARILLA BAS, Fernando, *Metodología de la investigación jurídica*, México, Porrúa, 2007.

BÉJAR RIVERA, Luis José, *Fundamentos de derecho administrativo: “objeto, historia, fuentes y principios”*, México, D.F., Tirant lo Blanch, 2012.

BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Obligaciones Civiles*, México, Oxford University Press, 2003.

CASTRILLÓN Y LUNA, Víctor Manuel, *Contratos civiles*, México, Porrúa, 2007.

CASTRILLÓN Y LUNA, Víctor Manuel, *Obligaciones civiles y mercantiles*, México. Porrúa, 2009.

CASTRO DE CIFUENTES, Marcela (coord.), *Derecho de las obligaciones*, Bogotá, Colombia, Temis, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2009.

CATALANO, Roberta, “Autonomía privada y desequilibrio de fuerza contractual: perfiles evolutivos de la teoría del contrato en el derecho italiano y europeo”,

Revista de Derecho Privado, Madrid, España, Núm. 6, Noviembre-Diciembre 2012.

CHÁVEZ BERMÚDEZ, Brenda Fabiola, Responsabilidad civil “una alternativa para garantizar el derecho a un medio ambiente adecuado”, Durango, México, Consejo de Ciencia y Tecnología del Estado de Durango, Universidad Juárez del Estado de Durango, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.

D'ORS, Álvaro, *Elementos de Derecho privado romano*, 4a. ed., Pamplona, España, Ediciones Universidad de Navarra, 2010.

DE ICAZA DUFOUR, Francisco, “La codificación civil”, Revista de Derecho Civil, México, Distrito Federal, Porrúa, Gobierno de la Ciudad de México, Septiembre 1998.

ECHAIZ MORENO, Daniel, “El derecho del consumidor a la seguridad”, *Ius et Praxis* Revista de la Facultad de Derecho, Universidad de Lima, Perú, Núm. 43, 2012.

FIERRO MÉNDEZ, Rafael Enrique, *Teoría general del contrato: “contratos civiles y mercantiles”*, Bogotá, Colombia, Doctrina y Ley, 2007.

GHERSI, Carlos A. *et. al.*, *Nulidades de los actos jurídicos: “civil, comercial, penal, procesal”*, Buenos Aires, Argentina, Universidad, 2005.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *El patrimonio: “el pecuniario y el moral o derechos de la personalidad”*, 9a ed., México, Porrúa, 2008.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, 5ª ed., Puebla, México, J. M. Gajica, 1974.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, 14ª ed., México, Porrúa, 2002.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, 15ª ed., México, Porrúa, 2006.

HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez* “sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso”, 4ª ed., Madrid, Trotta, 2005.

LARIGUET, Guillermo, *Dogmática jurídica y aplicación de normas*: “un análisis de las ideas de autonomía de ramas jurídicas y unidad del derecho”, México, Fontamara, 2007.

LÓPEZ MONROY, José de Jesús, *Los Principios de la Ciencia del Derecho Civil*, México, Porrúa, 2006.

MANUEL TERÁN, Juan, *Filosofía del Derecho*, 21ª ed., México, Porrúa, 2012.

MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, *Teoría de las obligaciones*, 8ª ed., México, Porrúa, 2001.

MASSIMO, Bianca, C., *El Contrato*, trad. de Édgar Cortés Fernando Hinestrosa, Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2007.

MÉLICH-ORSINI, José, *La resolución del contrato por incumplimiento*, 2ª ed. rev. y act., Caracas, Venezuela, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2003.

MIQUEL, Juan Luis, *Resolución de los contratos por incumplimiento*, 2ª ed., Buenos Aires, Argentina, Depalma, 1986.

- MOGUEL CABALLERO, Manuel, *Obligaciones civiles contractuales y extracontractuales*, 2ª ed., México, Porrúa, 2004.
- MONTERROSO SALVATIERRA, Jorge Efrain, *Metodología para estudiar el derecho*. México, Porrúa, 1993.
- ORTÍZ URQUIDI, Raúl, *Oaxaca, cuna de la codificación iberoamericana*, México, Porrúa, 1974.
- OSTERLING PARODI, Felipe y Castillo Freyre, Mario. “*Algunas consideraciones sobre la inejecución de las obligaciones*”. Athina. Perú. 2012.
- OVALLE FAVELA, José, *Derechos de los consumidores*. México, Oxford University Press, 2008.
- OVIDEO ALBÁN, Jorge (coord.), *Obligaciones y contratos en el derecho contemporáneo*, Bogotá, Colombia, Biblioteca Jurídica Dike, Universidad de la Sabana, 2010.
- PETIT, Eugene Henri Joseph, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, 16 ed. act. y aum., trad. de Jose Fernández González, México, Porrúa, 2000.
- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Contratos civiles*, 12ª ed., México, Porrúa, 2008.
- PIZARRO WILSON, Carlos, *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Bogotá, Colombia, Editorial Universidad del Rosario, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, 2010.
- REDER, Michael, *Globalización y filosofía*, España, Herder, 2012.

RODRÍGUEZ GIL, Magdalena, “Consideraciones sobre la codificación civil española y su influencia en las codificaciones iberoamericanas”, Boletín de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Educación a distancia, Madrid España, segunda época, N° 6, verano otoño 1994.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de derecho civil*, 25ª ed. México, Porrúa, 2004, v. 3.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de derecho civil*, 25ª ed. México, Porrúa, 2004, v. 4.

ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique, “Reflexión en torno al tema de derecho y economía. Su encuadre en la corriente institucional y neoinstitucional”, Revista de Ciencias Jurídicas, Costa Rica, N° 122 (131-170), mayo-agosto 2010, 2010.

RUIZ DE CHÁVEZ Y SALAZAR, Salvador y Ruiz de Chávez Ochoa, Salvador, *Importancia jurídica y práctica de las clasificaciones de los contratos civiles*, 2a. ed., México, Porrúa, 1997.

SÁNCHEZ MEDAL Urquiza, José Ramón, *La resolución de los contratos por incumplimiento*. 5ª ed. rev., México, Porrúa, 1998.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los contratos civiles*, 22ª ed., México, D. F., Porrúa, 2007.

SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Rafael, *Metodología de la ciencia del derecho*, 8ª ed. corr. y act., México, Porrúa, 2008.

SCHMILL ORDOÑEZ, Ulises, "Aportaciones teóricas de la teoría pura del derecho".
Doxa, España, 2010.

SEPÚLVEDA SANDOVAL, Carlos, *Contratos civiles*, México, Porrúa, 2006.

TAPIA RAMÍREZ, Javier, *Contratos civiles: "teoría del contrato y contratos en especial"*, México, Porrúa, 2009.

TREVIÑO GARCÍA, Ricardo, *Los contratos civiles y sus generalidades*, 7ª. ed.,
México, McGraw-Hill, 2008.

TREVIÑO GARCÍA, Ricardo, *Teoría general de las obligaciones*, México, McGraw-Hill, 2007.

VENTURA SILVA, Sabino, *Derecho Romano: "Curso de Derecho Privado"*, 19ª ed.,
México, Porrúa, 2003.

VICENT CHULIA, Francisco, *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI: "libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Nóvoa con motivo de su octagésimo cumpleaños"*, Madrid, España, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2010.

VIVAS, Mario L., y Díaz Carlos A., *Contratos: "teoría general"*, Buenos Aires, Argentina, Hammurabi, 2012.

ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, *Contratos civiles*, 12a. ed. México, Porrúa, 2009.

Enciclopedias

Enciclopedia Jurídica Omeba, tomo I DIVI-EMOC, Bibliográfica Omeba, Argentina, 1986.

Diarios

El Economista

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Código Civil para el Distrito Federal

Código Civil Federal

Código de Comercio

Ley Federal de Protección al Consumidor