



Efectos de las obligaciones CONTENIDOS:

En la presente unidad se estudiarán los diversos efectos de las obligaciones y daremos solución a los problemas concretos que sobre el particular se le presenten, tales como el pago o cumplimiento; el ofrecimiento de pago seguido de consignación; la ejecución forzada o coercibilidad de la obligación; el incumplimiento; los convenios sobre responsabilidad; la teoría de los riesgos; el saneamiento; el derecho de retención, la acción oblicua; la acción Pauliana y la acción contra la simulación.

Objetivo particular:

Evaluar los diversos efectos de las obligaciones y dar solución a los problemas concretos que sobre el particular se le presenten.

4.1 Cumplimiento.

4.1.1 Concepto de pago o cumplimiento. Naturaleza jurídica del pago. Sujetos del pago. Legitimación activa (quien puede hacer el pago). Pago hecho por el deudor o su representante. Capacidad para pagar. Pago hecho por un incapaz. Pago hecho por un tercero interesado. Pago hecho por un tercero no interesado. Efectos del pago hecho por un tercero. El pago por subrogación. Legitimación pasiva (a quien debe hacerse el pago) pago hecho al acreedor. Capacidad para recibir. El pago hecho a un incapaz. Pago hecho al representante del acreedor. El acreedor aparente. El pago hecho a un tercero. Objeto del pago. El principio de identidad y el de indivisibilidad en cuanto al pago. La dación en pago. El pago con cosa ajena. El pago de deuda en dinero. Circunstancias del pago. Lugar, tiempo y gastos del pago. Presunción de pago. Imputación del pago.

4.1.2 Ofrecimiento de pago seguido de consignación. Procedimiento y efectos.

4.2 Ejecución forzada o coercibilidad de la obligación.

4.2.1 Noción de ejecución forzada. La garantía general de los acreedores. Bienes inembargables. Bienes inalienables. La acción procesal de pago. Satisfacción efectiva y satisfacción en equivalente. La ejecución forzada de obligaciones de dar dinero. El embargo y el secuestro de bienes. El remate. El pago al acreedor. La ejecución forzada de obligaciones de dar una cosa o transferir la propiedad de un cuerpo cierto. La ejecución forzada de las obligaciones de hacer. El caso de la obligación de celebrar un contrato. La ejecución forzada de las obligaciones de no hacer. Bienes insuficientes para ejecutar forzosamente la obligación.



4.3. *Incumplimiento y responsabilidad.*

4.3.1. Incumplimiento como frustración imputable de la expectativa del acreedor (culpa contractual). La falta definitiva de la ejecución de la obligación y el retardo en la ejecución. La mora del deudor. Concepto y efectos. Cuando empieza. La mora en las obligaciones a plazo. La interpelación. El caso de las obligaciones de no hacer. La imputabilidad del incumplimiento. El incumplimiento como inobservancia de un deber de respeto y conservación de la esfera de intereses ajenos (culpa extracontractual). Responsabilidad contractual y extracontractual.

La indemnización moratoria y la compensatoria. Su carácter pecuniario. Daños y perjuicios resarcibles. Comentario al artículo 2110. ¿Qué comprende la responsabilidad? La mora del acreedor. Concepto. Concurrencia del acreedor en la responsabilidad. Requisitos de la mora. Ofrecimiento efectivo, no aceptación de la prestación o no ofrecimiento de la contraprestación. Efectos de la mora del acreedor: a) derecho a consignar la cosa, b) indemnización del exceso de gastos, c) reducción de responsabilidad. El incumplimiento no imputable al deudor. El caso fortuito o fuerza mayor. Concepto. Efectos.

4.3.2. Convenios sobre responsabilidad. La cláusula penal y la pena convencional. Proporcionalidad de ésta, utilidad y carácter accesorio. Acumulación del cumplimiento de la obligación y de la pena convencional. Las cláusulas de no responsabilidad.

4.3.3. Incumplimiento de las obligaciones nacidas de contratos bilaterales. La rescisión. Concepto. Manera de operar. Fundamento. El pacto comisorio expreso y el tácito. La excepción de contrato no cumplido. En qué consiste. Campo de aplicación. Efectos. Fundamento legal.

4.4. *Teoría de los riesgos.*

4.4.1. El riesgo de la cosa y el riesgo del contrato. Fundamento de la teoría de los riesgos. Imposibilidad de ejecución de la prestación por caso fortuito o fuerza mayor. Los contratos sinalagmáticos. Los contratos translativos de propiedad con reserva y sin reserva de posesión. Los contratos no traslativos de dominio con obligación de dar una cosa cierta. Los contratos con obligación de dar cosa cierta, sujeta a condición suspensiva o resolutoria. Las reglas “res perit dominio” y “genera non pereunt”. El riesgo de la cosa de mora del deudor. El concepto de culpa del deudor en la guarda de la cosa.

4.5. *Saneamiento.*

4.5.1. Concepto de saneamiento. Saneamiento por evicción. Concepto de evicción. Clases de evicción: la total y la parcial. Requisitos de la evicción. Casos que se asimilan a la evicción. Casos que no son de evicción. Personas obligadas al saneamiento por evicción. El pleito de evicción y el de saneamiento. La buena o mala fe del enajenante. Efectos del saneamiento por evicción. La venta en remate. El saneamiento por evicción parcial. Convenio sobre saneamiento por evicción.

4.5.2. Saneamiento por defectos o vicios ocultos o redhibitorios de la cosa. Los vicios redhibitorios. Requisitos. La acción redhibitoria y la *quanti minoris*. Los vicios ocultos en animales. Los vicios ocultos en cosas de fácil descomposición. Convenio sobre saneamiento por vicios ocultos. La venta en remate.

4.6. Resguardos del crédito como activo patrimonial (protección del derecho del acreedor). El patrimonio como garantía de los acreedores quirografarios. Concepto y fundamento. Medidas cautelares.

4.6.1. Derecho de retención. Concepto



y naturaleza jurídicas. Caracteres. Requisitos para su ejercicio. Efectos. Medida de autodefensa. Comparación con la excepción “*non adimpleti contractus*”.

4.6.2. Acción oblicua. Concepto y naturaleza jurídica. Acreedores a quienes se otorga (legitimación activa). Condiciones de ejercicio. Efectos

4.6.3. Acción pauliana. Actos atacables por ella. La acción pauliana según se trate de actos celebrados a título oneroso o a título gratuito. Los presupuestos comunes a ambas categorías de actos. Los sujetos de la acción pauliana. La legitimación pasiva y la activa. El caso del subadquirente. La mala fe pauliana. El “*consilium fraudes*”. La prueba de la mala fé. Presunción de fraude. Efectos de la acción pauliana. Cómo puede cesar. Naturaleza jurídica de la misma.

4.6.4. Acción contra la simulación. Concepto de simulación. Características. Distinción entre simulación y reserva mental. La simulación absoluta y la relativa. La acción contra la simulación. A quien corresponde ejercitarla (legitimación activa). Efectos de la declaración de ineficacia del acto simulado. La simulación y el interés de terceros. La interposición de personas. Diferencias entre la acción contra la simulación y la acción pauliana.

Fichas bibliográficas de los documentos

| Documento | Ficha |
|-----------|--|
| 4. A. | MARTÍNEZ, Alfaro Joaquín. Teoría de las obligaciones. 7ª edición. México, Editorial Porrúa, 2000. págs. 19-20. |
| 4. B. | GALINDO, Garfias, Ignacio. Teoría general de las obligaciones. México, Editorial Porrúa, 2000. Págs. 180-181, 227-229. |
| 4. C. | BEJARANO, Sánchez Manuel. Obligaciones civiles. 5ª Edición. México, Colección Textos Jurídicos Universitarios, Oxford University Press, 2002. págs. 244-246. |
| 4. D. | GALINDO, Garfias, Ignacio. Teoría general de las obligaciones. México, Editorial Porrúa, 2000. Págs. 186-187. |
| 4. E. | MARTÍNEZ, Alfaro Joaquín. Teoría de las obligaciones. 7ª edición. México, Editorial Porrúa, 2000. Pág. 230. |



4. F. GALINDO, Garfias, Ignacio.
Teoría general de las obligaciones.
México,
Editorial Porrúa, 2000.
Págs. 185.

4. K. MARTÍNEZ, Alfaro Joaquín.
Teoría de las obligaciones.
7ª edición. México,
Editorial Porrúa, 2000.
Pág. 240-242.

4. G. MARTÍNEZ, Alfaro Joaquín.
Teoría de las obligaciones.
7ª edición. México,
Editorial Porrúa, 2000.
Pág. 229-230.

4. L. BEJARANO, Sánchez Manuel.
Obligaciones civiles.
5ª Edición.
México, Colección Textos Jurídicos
Universitarios, Oxford University
Press, 2002.
págs. 180.

4. H. BEJARANO, Sánchez Manuel.
Obligaciones civiles.
5ª Edición.
México, Colección Textos Jurídicos
Universitarios, Oxford University
Press, 2002.
págs. 262-265.

4. M. Código Civil comentado. T. V.
Instituto de Investigaciones Jurídicas
UNAM, 1993.

4. I. Diccionario Jurídico Mexicano.
Tomo II D-H.
8ª edición.
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Editorial Porrúa, 1995.
pág. 1232.

4. N. DE PINA, Rafael.
Elementos de derecho civil
mexicano (Obligaciones Civiles
Contratos en general).
7ª edición México,
Editorial Porrúa, 1989.
Pág. 172-176.

4. J. BEJARANO, Sánchez Manuel.
Obligaciones civiles.
5ª Edición.
México, Colección Textos Jurídicos
Universitarios, Oxford University
Press, 2002.
págs. 265-270.

4. Ñ. BEJARANO, Sánchez Manuel.
Obligaciones civiles.
5ª Edición.
México, Colección Textos Jurídicos
Universitarios, Oxford University
Press, 2002.
págs. 229-233, 235-238.



4. O. MARTÍNEZ, Alfaro Joaquín.
Teoría de las obligaciones.
7ª edición.
México, Editorial Porrúa, 2000.
págs. 251-253, 256-259.

4. T. MARTÍNEZ, Alfaro Joaquín.
Teoría de las obligaciones.
7ª edición.
México, Editorial Porrúa, 2000.
págs. 334, 336-338.

4. P. QUINTANILLA, García Miguel
Ángel.
Derecho de las obligaciones,
Actualizado con Jurisprudencia y
Ejecutorias,
3ª edición., México,
Cárdenas Editor Distribuidor, 1993.
págs. 227-228.

4. U. Código Civil comentado. T. V.
Instituto de Investigaciones Jurídicas
UNAM, 1993.

4. Q. MARTÍNEZ, Alfaro Joaquín.
Teoría de las obligaciones.
7ª edición.
México, Editorial Porrúa, 2000.
págs. 259-260, 262-268.

4. V. BEJARANO, Sánchez Manuel.
Obligaciones civiles.
5ª Edición.
México, Colección Textos Jurídicos
Universitarios, Oxford University
Press, 2002.
págs. 289-297.

4. R. QUINTANILLA, García Miguel
Ángel.
Derecho de las obligaciones,
Actualizado con Jurisprudencia y
Ejecutorias,
3ª edición., México,
Cárdenas Editor Distribuidor, 1993.
págs. 233-239.

4. W. QUINTANILLA, García Miguel
Ángel.
Derecho de las obligaciones,
Actualizado con Jurisprudencia y
Ejecutorias,
3ª edición., México,
Cárdenas Editor Distribuidor, 1993.
págs. 253-265.

4. S. BEJARANO, Sánchez Manuel.
Obligaciones civiles.
5ª Edición.
México, Colección Textos Jurídicos
Universitarios, Oxford University
Press, 2002.
págs. 318, 320-323.

4. X. QUINTANILLA, García Miguel
Ángel.
Derecho de las obligaciones,
Actualizado con Jurisprudencia y
Ejecutorias,
3ª edición., México,
Cárdenas Editor Distribuidor, 1993.
págs. 267-284.



Efectos de las obligaciones

4. Y. MARTÍNEZ, Alfaro Joaquín.
Teoría de las obligaciones.
7ª edición. México,
Editorial Porrúa, 2000.
págs. 281.

4. A. MARTÍNEZ, Alfaro Joaquín.
Teoría de las obligaciones.
7ª edición. México,
Editorial Porrúa, 2000.
págs. 19-20.

EL PAGO

ART. 2062.- Pago o cumplimiento es la entrega de la cosa o cantidad debida, o la presentación del servicio que se hubiere prometido.

Esta definición solo alude a las obligaciones de dar y de hacer, pues omite las de no hacer, por lo que, es preciso definir el pago de tal modo que se comprenda las tres posibles prestaciones de la obligación, como se expresa a continuación:

I. DEFINICIÓN

Pago o cumplimiento es la entrega de la cosa debida o la ejecución del hacer adeudado, así como la abstención de la conducta que se debe omitir.

En tal virtud, pagar es ejecutar la prestación que es objeto de la obligación, ya sea de dar, de hacer o no hacer. De esta manera “el pago es el modo normal de extinguir las obligaciones”,¹ extinción que se produce satisfaciendo al interés del acreedor, con la consecuente liberación del deudor,² liberación que requiere de la exactitud del pago. Por tanto están implícitas las consecuencias siguientes:

- 1 Ejecución de la prestación.
- 2 Extinción de la obligación.
- 3 Satisfacción del acreedor.
- 4 Liberación del deudor.



4. B. GALINDO, Garfias, Ignacio.
Teoría general de las obligaciones.
México,
Editorial Porrúa, 2000.
Págs. 180-181, 227-229.

Naturaleza jurídica del pago.

2. NATURALEZA DEL PAGO.-Puesto que como se ha explicado, el pago consiste en la ejecución por el deudor de los actos necesarios para satisfacer por una parte los derechos del acreedor y para liberar a aquél de la prestación, por tanto, la naturaleza de los actos que debe realizar, para el acreedor, son de carácter ejecutivo, en tanto que la obligación como relación jurídica, es simplemente de naturaleza declarativa o preceptiva, de la cual deriva el derecho a obtener la ejecución de la prestación y a la vez el deber de ejecutarla; deber impuesto al deudor que consiste en una determinada conducta de dar, hacer algo, o no hacerlo, lo cual constituye y caracteriza a la obligación misma y consecuentemente al cumplimiento o pago de la deuda contraída. Según que se trate de obligaciones de dar, hacer o no hacer (o de simple abstención).

Con lo dicho hasta aquí podemos captar la naturaleza dinámica efectiva del pago, que se refiere propiamente a la ejecución de la prestación; en tanto que la obligación escuetamente considerada, se concreta en el enunciado o señalamiento, de dicha prestación, señalando cómo debe ser y qué características esa ejecución debe tener.

Aparte de esta característica ejecutiva o dinámica del pago, es oportuno señalar algo importante al respecto: el pago o cumplimiento, constituye la finalidad y a la vez la razón de ser del vínculo obligatorio.

Por otra parte, debe hacerse notar, que el pago o cumplimiento, la ejecución de las prestaciones a cargo del deudor, ostenta la finalidad extintiva de la relación jurídica, liberando al deudor y a la vez satisfaciendo los derechos del acreedor. Este último está facultado para exigir al deudor la conducta debida. En tanto que

está obligado a cumplir, quien tiene el deber jurídico de ejecutar los actos o hechos correspondientes al derecho del acreedor.

En suma, la obligación es simplemente enunciativa, en tanto el pago es ejecutivo.

Brevemente: la naturaleza propia del pago o mejor del acto del pago, es como ya se dijo, ejecutiva. Desde el punto de vista de la actividad del deudor y a la vez extintiva de los derechos del acreedor.

III. SUJETOS DEL PAGO

A) *Solvens*: el que hace el pago.

B) *Accipiens*: el que recibe el pago.

A) Puede actuar como *solvens* haciendo el pago:

1º El deudor, Art. 2065.

2º El representante del deudor, Art. 2065; en este caso tienen aplicación las disposiciones del mandato, a fin de reembolsar al representante el importe que pagó. Art. 2577.

3º Un tercero que tiene interés jurídico en el cumplimiento de la obligación, Art. 2065. En este supuesto se produce una subrogación personal legal de conformidad con el Art. 2058, fracción II; en consecuencia, el tercero interesado que pagó adquiere, por ministerio de ley, el crédito del acreedor y así está en posibilidad de cobrar al deudor; ejemplo, el fiador que paga es un tercero interesado que se subroga en los derechos del acreedor pagado. Art. 2830.

4º Un tercero no interesado en el cumplimiento de la obligación pero que actúa con el consentimiento del deudor, Art. 2066; en esta hipótesis también se aplican las disposiciones del mandato para el efecto del reembolso de lo que se pagó. Art. 2069 y 2577.

5º Un tercero ignorándolo el deudor, art. 2067, el tercero sólo tiene derecho de reclamar al deudor la cantidad que pagó al acreedor y no el importe total de la deuda en el caso de que el acreedor haya aceptado una suma menor a la debida. Art. 2070.

6º Un tercero en contra de la voluntad del deudor, art. 2068; en este supuesto el tercero sólo tiene derecho de cobrar al deudor aquello en lo que fue útil el pago. Art., 2071. Ejemplos:



a) Si el deudor tiene una deuda vencida de \$100.00 y el tercero paga \$80.00, consintiendo el acreedor la total liberación del deudor, se podrá reclamar al deudor el reembolso de \$100.00, porque el pago fue útil en \$100.00, en virtud de que el patrimonio del deudor tenía un pasivo vencido de \$100.00, que generaba intereses moratorios por \$100.00 y en caso de embargo se iban a embargar bienes por el valor de \$100.00.

b) Si la deuda es por \$100.00, pero aún no es exigible por estar pendiente su vencimiento y el tercero paga \$80.00, sin que el acreedor libere al deudor, conservando así su derecho por la diferencia insoluta de \$20.00; en tal caso, el tercero sólo podrá reclamar \$80.00 porque el pago únicamente fue útil en \$80.00, pues solamente fue un pago anticipado y a cuenta por el cual la deuda en favor del acreedor sólo se redujo en \$80.00 y subsiste por la diferencia. Además, el patrimonio del deudor no tenía un pasivo vencido que generara intereses moratorias y que fuera a ser causa de un embargo.

c) Si el tercero pagó contra la voluntad del deudor una deuda prescrita, el tercero nada puede reclamar porque el pago en nada fue útil al deudor.²⁰

El pago hecho por un tercero obliga al acreedor a aceptarlo, salvo que se trate de obligaciones contraídas con motivo de cualidades personales del deudor, pero en el caso de no ser así, el deber del acreedor de aceptar el pago de un tercero no implica el deber de subrogarlo en sus derechos, salvo cuando se trate de algún caso de subrogación personal legal. Art. 2064 y 2072.

B) Puede actuar como *accipiens* recibiendo el pago:

1° El acreedor. Art. 2073.

2° El representante legítimo del acreedor. Art. 2073.

3° Un tercero en los casos siguientes: Art. 2074.

a) Cuando así se estipuló; ejemplo: en algunos contratos se acostumbra pactar que el pago se hará en un banco haciendo el depósito en determinada cuenta.

b) Cuando el acreedor consiente.

c) Cuando la ley determina que es válido el pago hecho al tercero; ejemplo: si el deudor cumple la orden judicial de poner a disposición del juez el crédito que correspondía al acreedor, dicho pago no se hace al

acreedor, sino a un tercero y es válido, Art. 2077.

d) En el caso de que proporcione utilidad al acreedor. Art. 2075; ejemplo: el pago hecho al acreedor del acreedor.

e) Cuando el *accipiens* es poseedor del crédito y el *solvens pagó* de buena fe; ejemplo: el pago hecho al heredero aparente. Art. 2076.

Capacidad para pagar. Pago hecho por un incapaz.

El pago efectuado a un acreedor incapaz de administrar sus bienes, solo será válido en cuanto se hubiere convertido en utilidad de este.

Sobre este particular hay que hacer notar que la capacidad que se exige en el acreedor que recibe el pago, obedece a que es a la vez un acto de disposición de los bienes del acreedor, puesto que entraña la extinción de un crédito.

En cuanto al pago hecho por el deudor que sufre incapacidad, la cuestión de la validez del acto debe ser resuelta conforme al criterio aplicable a la validez del pago efectuado al acreedor que sufre incapacidad ya mencionada en el párrafo anterior. Será válido el pago si es útil para el acreedor.

4. C. BEJARANO, Sánchez Manuel.
Obligaciones civiles.
5ª Edición.
México, Colección Textos Jurídicos
Universitarios, Oxford University
Press, 2002.
págs. 244-246.

Objeto del pago. El principio de identidad y el de indivisibilidad en cuanto al pago. Circunstancias del pago. Lugar, tiempo y gastos del pago.

¿A quién se debe pagar?

“Al acreedor o a aquel señalado por la ley para recibir el pago en su nombre o en su lugar” (MARTY). Normalmente, el pago se debe hacer al acreedor o a su representante (art. 2073), mas hay ocasiones en las



cuales el acreedor ha sido desapoderado de su crédito (crédito dado en garantía, crédito embargado) y el pago no deberá hacerse al acreedor, sino a quien en vez del acreedor está facultado legalmente para poseer el crédito. “No será válido el pago hecho al acreedor por el deudor después de habersele ordenado judicialmente la retención de la deuda” (art. 2077).

Hay ocasiones en que el verdadero acreedor es desconocido y existe un acreedor aparente, conocido, y el pago efectuado de buena fe a éste, surtirá plenos efectos liberatorios para el deudor. “El pago hecho de buena fe al que estuviera en posesión del crédito liberará al deudor” (art. 2076); por ejemplo, el pago realizado al heredero aparente. Hay casos, por último, en los cuales el acreedor decide que el pago se haga a un tercero (art. 2074), como cuando un acreedor, ausente de la ciudad, instruye a su deudor que haga el pago a un pariente o amigo. Si se hace en cumplimiento de tales instrucciones, será plenamente válido y liberatorio.

Cuando el acreedor es un incapaz, deberá pagársela por conducto de su representante legal, pero si se hiciera personalmente a aquél, será liberatorio sólo en lo que corresponda al enriquecimiento recibido (y esto, por efecto de la nulidad del pago, derivada de la falta de capacidad del *accipiens* y, además, por aplicación del principio del enriquecimiento sin causa). Tal pago, pues, será válido sólo “en cuanto se hubiere convertido en su utilidad” (art. 2075). Aplicando el mismo principio, el pago realizado a cualquier tercero será válido en lo que aproveche al acreedor.

¿Qué se debe pagar?

Pues precisamente la cosa, hecho o abstención que es objeto de la obligación, así como el total de ella (la cosa idéntica en su integridad). Este principio es el de la *identidad en la sustancia del pago*. El acreedor no puede ser compelido a recibir *algo diverso* de aquello que es objeto de la obligación, aunque fuera de mayor valor. El acreedor tampoco puede ser forzado a recibir solamente parte del objeto de la obligación, si éste debió ser entregado en su totalidad.

El pago parcial sólo es posible: a) Si así se convino, o b) Si una parte es líquida y la otra no. Deuda líquida es aquella cuya cuantía es determinada o determinable en nueve días.

El pago deberá hacerse del modo que se hubiere pactado, y nunca podrá hacerse parcialmente sino en virtud de convenio expreso o de disposición de ley.

Sin embargo, cuando la deuda tuviere una parte líquida y otra ilíquida, podrá exigir el acreedor y hacer el deudor el pago de la primera sin esperar a que se liquide la segunda (art. 2078).

¿Cuándo se debe pagar?

Depende de que se haya pactado o no el momento del pago. Si se estipuló cuándo, será exigible en la oportunidad convenida, ya sea en el acto o al vencimiento del plazo suspensivo, o bien al vencimiento de la condición suspensiva.

Si no se convino el momento del pago, entonces se impone distinguir si la obligación es de dar o de hacer, y *si* es obligación de dar, será exigible 30 días después de la interpelación que se haga al deudor. Éste es un requerimiento de pago, ora judicial, ora extrajudicial ante el notario o dos testigos, que el acreedor hace a su deudor. Si, por otra parte, la obligación es de hacer, será exigible cuando lo pida el acreedor, siempre que hubiere transcurrido el tiempo necesario para su cumplimiento. Se entiende como necesario el plazo adecuado para el cumplimiento del objeto de la obligación.

Al respecto, el art. 2080 establece:

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



¿Dónde debe efectuarse el pago?

1. *En donde se haya convenido.* Si hubiere varios domicilios mencionados, el acreedor elige.

2. A falta de convenio, en el *domicilio del deudor* (art. 2082). Sin embargo, si se trata de pago relativo a un inmueble, el pago deberá hacerse en éste (art. 2083) y si el pago se refiere al precio de alguna cosa, deberá hacerse en el sitio en que se entrega ésta (art. 2084).

Gastos del pago

Estos gastos van por cuenta del deudor, salvo pacto en contrario (art. 2086).

4. D. GALINDO, Garfias, Ignacio.
Teoría general de las obligaciones.
México,
Editorial Porrúa, 2000.
Págs. 186-187.

La dación en pago.

9. LA DACIÓN EN PAGO.- Conforme al artículo 2095 del Código mencionado, la obligación queda extinguida, si el acreedor recibe cosa distinta, en lugar de la debida. Lo dispuesto, constituye lo que en doctrina se conoce como DACIÓN EN PAGO.

De lo dispuesto en el precepto citado se desprende, que para que se produzca esta mutación de prestación, se requiere la voluntad del acreedor, a fin de que la deuda quede extinguida.

La dación en pago, propiamente, al requerir el consentimiento del acreedor no constituye modificación alguna de la deuda, ni una variante a la regla de la exactitud en el pago, sino que es efecto de un convenio entre acreedor y deudor para sustituir la prestación original, por una nueva que convencionalmente produce el efecto de extinguir la obligación porque en esta manera se tiene por cumplida.

La dación en pago, extingue la deuda, mediante una sustitución de la prestación que realiza el deudor,

con la cual el acreedor conviene en tener por extinguido su derecho de crédito.

4. E. MARTÍNEZ, Alfaro Joaquín.
Teoría de las obligaciones.
7ª edición. México,
Editorial Porrúa, 2000.
Pág. 230.

El pago con cosa ajena.

VII. PAGO HECHO CON COSA AJENA

El pago hecho con cosa ajena no es válido, pero si el pago se hizo con dinero ajeno o con otra cosa fungible ajena, entonces el acreedor no estará obligado a restituir la cosa ajena fungible que recibió. Art. 2087.

De este precepto se desprende que en el pago de cosa ajena hay que distinguir si es determinada individualmente o si es fungible. Si está individualizada será nulo el pago, pero si es fungible entonces será válido porque los géneros no perecen, además no son reivindicables de acuerdo con el art. 82 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, específicamente la moneda no puede reivindicarse. Art. 800.

4. F. GALINDO, Garfias, Ignacio.
Teoría general de las obligaciones.
México,
Editorial Porrúa, 2000.
Págs. 185.

El pago de deuda en dinero.

5. PAGO DE OBLIGACIONES DE DINERO.- De acuerdo con las disposiciones del Artículo de la Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos (reformada) “La obligación de pagar cualquier suma en moneda mexicana, se solventara entregando por su valor nominal billetes del Banco de México”.



Conforme a lo dispuesto en el Artículo 4 transitorio de la Ley Monetaria citada “Las obligaciones de pago en moneda extranjera, contraídas dentro de la República, para ser cumplidas en la misma, se solventarán en los términos del artículo 8º de la propia Ley, a menos que el deudor demuestre, tratándose de operaciones de préstamo, que la moneda recibida por el, del acreedor, fue moneda nacional de cualquier clase o que, tratándose de otras operaciones, la moneda en que se contrajo originalmente la obligación fue moneda nacional de cualquier especie, casos en los cuales las obligaciones deben solventarse en moneda nacional, en los términos de los artículos 4 y 5 de dicha ley, al tipo de cambio que se hubiese tomado en cuenta al efectuarse la operación para hacer la conversión de la moneda nacional recibida a la moneda extranjera o, si no es posible fijar este tipo, a la paridad legal, si así lo autorizan las autoridades competentes”.

4. G. MARTÍNEZ, Alfaro Joaquín.
Teoría de las obligaciones.
7ª edición. México,
Editorial Porrúa, 2000.
Pág. 229-230.

Presunción de pago. Imputación del pago.

V. IMPUTACIÓN DEL PAGO

La imputación del pago presupone una pluralidad de deudas vencidas entre el mismo deudor y acreedor, así como un pago cuya cuantía es inferior al importe total de las deudas, razón por la cual surge la interrogante de ¿a que deuda se deberá aplicar ese pago de inferior cuantía?

Conforme al Art. 2092, el deudor podrá declarar, al momento de pagar, a cuál de las deudas quiere que se aplique el pago.

Ante el silencio del deudor, el art. 2093 dispone que el pago se aplicará a la deuda que sea más onerosa y, en el caso de que haya varias deudas igualmente onerosas, entonces el pago se aplicará a la deuda más

antigua, pero si todas son de la misma fecha, el pago se distribuirá entre todas a prorrata.

Cuando se pagan deudas con intereses, el pago se aplica en primer lugar a los intereses vencidos insolutos y una vez que éstos se han pagado, se imputará el pago al capital, salvo pacto en contrario. Art. 2094.

VI. PRESUNCIONES DE PAGO

a) Si la deuda es de pensiones que deben pagarse en periodos determinados y se acredita el pago de la última, se presumen pagadas las anteriores, salvo prueba en contrario. Art. 2089.

b) Se presumen pagados los intereses, cuando se paga el capital sin hacer reserva de los réditos. Art. 2090.

c) Se presume el pago de la deuda incorporada en el título cuando éste se entrega al deudor. Art. 2091.

4. H. BEJARANO, Sánchez Manuel.
Obligaciones civiles.
5ª Edición.
México, Colección Textos Jurídicos
Universitarios, Oxford University
Press, 2002.
págs. 262-265.

4.1.2 Ofrecimiento de pago seguido de consignación. Procedimiento y efectos.

13.2 Ofrecimiento de pago en consignación

Casos en que procede

El pago o cumplimiento es la forma normal de extinguir la obligación, pero hay ocasiones en que el deudor no puede pagar o, cuando menos, no puede hacerlo de manera segura y liberatoria ante un acreedor:

- que se niega a recibir la cosa o servicio debidos, que se resiste a entregar un justificante del pago;
- que es desconocido;
- que se encuentra fuera de la localidad;
- que tiene un derecho dudoso o incierto, y



- que es incapaz y el deudor no quiere correr los riesgos de un pago anulable.

La situación de permanecer indefinidamente obligado puede resultar incómoda a cualquier deudor, y por ello se le concede la facultad de libertarse de la deuda mediante la entrega de la prestación debida, o el depósito de ella en poder de un tercero, para dejar a salvo su responsabilidad.

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

Es potestativo para el deudor el ofrecimiento de pago y consignación, como sostiene la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la siguiente tesis, que interpreta el precepto anterior.

Ofrecimiento de pago mediante consignación, no es obligatorio para no incurrir en mora

Es incorrecto que ante la falta de aceptación del pago por el acreedor, el deudor quede obligado a hacer el ofrecimiento de pago, mediante la consignación de las sumas de dinero correspondientes, en los términos de los artículos 224, 225, 230 y relativos del *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*, porque dicha posibilidad sólo constituye una potestad, prerrogativa o derecho del deudor, cuando quiera liberarse de una obligación, si el acreedor rehusare recibir la prestación debida o dar el documento justificativo del pago, o si fuera persona incierta o incapaz de recibir, mas no constituye un requisito o imperativo para no incurrir en mora, ya que para esto basta demostrar oportunamente que la tardanza o dilación en el cumplimiento no le es imputable; lo que se corrobora si se advierte que en el artículo 224 del citado ordenamiento procesal, se utiliza el término “podrá” y en los preceptos 230 y 231 la palabra “puede”, que implica potestad y no obligación.

Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, apéndice de 1995, tomo IV, parte TCC, tesis 567, pág. 408.

El procedimiento

El procedimiento, consagrado en el *Código de Procedimientos Civiles (CPC)*, como medida preparatoria del juicio, en los arts. 224-234, es llamado consignación en *pago u ofrecimiento de pago y la consignación* de la cosa debida. El *Código Civil* también lo regula en los arts. 2097-2103.

Como su nombre lo indica, consiste en el ofrecimiento de cumplir la obligación, que el deudor hace de manera fehaciente a su acreedor y el depósito de la prestación debida a disposición de éste. Dicho ofrecimiento se hace normalmente ante el juez competente, pero también puede efectuarse ante notario público en todos los casos, salvo en la hipótesis de que los derechos del acreedor sean dudosos, pues en tal supuesto es forzoso tramitar la consignación en la vía judicial, a fin de que la autoridad determine la legitimidad del cobro.

El juez o el notario público, en su caso, mandan poner en conocimiento del acreedor la oferta de pago y el propósito de poner en depósito la cosa debida, citándole para día y hora determinados, a fin de que la reciba, o constate que ha quedado guardada.

Art. 225. *Si el acreedor fuere cierto y conocido se le citará para día, hora y lugar determinado, a fin de que reciba o vea depositar la cosa debida... (CPC).*

Actitudes posibles del acreedor y efectos de la consignación

El acreedor puede asumir diversas actitudes:

- comparece y recibe el objeto de la deuda;
- comparece y se niega a recibirlo, y
- no asiste a la junta.

En la primera situación resulta obvio que la obligación quedó extinguida por pago. En las dos restantes no ha existido aún el cumplimiento liberatorio, pues el acreedor no recibió la prestación y podría tener motivos legales para resistirse a hacerlo.



Si el acreedor no comparece en el día, hora y lugar designados, o en envía procurador con autorización bastante que reciba la cosa, el juez, extenderá certificación en que conste la no comparecencia del acreedor, la descripción de la cosa ofrecida y que quedó constituido el depósito en la persona o establecimiento designado por el juez o por la ley (art. 227 del CPC, párr. segundo).

El juez no puede condenar al acreedor mientras no lo escuche en defensa y ello tiene que ocurrir en un juicio formal, no en simples procedimientos preparatorios del juicio como son los de la consignación en pago:

Cuando el acreedor se rehusare, en el acto de la diligencia, a recibir la cosa, con la certificación a que se refieren los artículos anteriores, podrá pedir el deudor la declaración de liberación en contra del acreedor mediante el juicio correspondiente (art. 233 del CPC).

Por tanto, para que el deudor quede libertado por pago, después de ofrecer y consignar deberá demandar a su acreedor en juicio ordinario, demostrando que ofreció cumplir y efectuó el depósito, mediante la exhibición de copia certificada de las diligencias de consignación. En dicho juicio, el acreedor podrá argumentar y comprobar alguna causa fundada de su negativa a recibir el pago propuesto, la cual podría consistir en el hecho de que la cosa ofrecida no es la misma que fue objeto de la obligación, o no es de la cantidad o calidad convenida, o que no ha llegado aún el momento acordado para el pago si la obligación estaba sometida a un plazo suspensivo pactado en favor del acreedor que aún no ha llegado, etcétera.

Después de considerar el juez los puntos de vista de las partes, dictará sentencia, ya declarando procedente la oferta de pago la consignación de la prestación debida y la extinción de la obligación por pago (art. 2102 del CC) o bien, justificando la oposición del acreedor, caso en el cual “el ofrecimiento y la consignación se tienen como no hechos” (art. 2101).

Si el ofrecimiento y consignación fue justificado, los gastos erogados por el deudor al ejecutarlo deberán ser pagados por el acreedor (art. 2103 del CC).

Ejemplo

Usted ha tomado una casa en arrendamiento, por la cual está pagando una renta de poca monta; el arrendador tiene el propósito de aumentar el precio del alquiler y para ello desea que usted desaloje el inmueble, pero no puede lograrlo en vista de que el contrato está en vigor y sujeto a un plazo resolutorio de tres años que todavía no vence.

El arrendador se abstiene de acudir a cobrar la renta a fin de que se acumulen varias mensualidades impagadas y atribuir a usted el retraso o mora que le sirva de pretexto para demandarle la rescisión del contrato. Como usted pretende pagar la renta y el arrendador se resiste a recibirla, podrá iniciar el procedimiento de ofrecimiento de pago y consignación, depositando el importe de la deuda en Nacional Financiera, S.A., institución que expedirá un título de crédito llamado *certificado de depósito*, que deberá ser presentado al juez del conocimiento del caso. Si al ser citado el acreedor acepta recibir el importe de la renta, el pago quedará efectuado; si se resistiera, usted podría demandarle en juicio ordinario para obtener la declaración de liberación de adeudo.

4. I. Diccionario Jurídico Mexicano.
Tomo II D-H.
8ª edición.
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Editorial Porrúa, 1995.
pág. 1232.

2.2 Ejecución forzada o coercibilidad de la obligación.

4.2.1 Noción de ejecución forzada.

En materia civil la ejecución puede ser realizada en forma voluntaria o forzosa. Es voluntaria cuando el obligado cumple espontáneamente; es, en cambio, forzosa cuando el cumplimiento se alcanza por medios legales con independencia o en contra de la voluntad del obligado.



Código Civil para el Distrito Federal

La garantía general de los acreedores. Bienes inembargables. Bienes inalienables.

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

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal

ARTICULO 544. Quedan exceptuados de embargo:

I.- Los bienes que constituyen el patrimonio de familia desde su inscripción en el Registro Público de la Propiedad, en los términos establecidos por el Código Civil;

II.- El lecho cotidiano, los vestidos y los muebles del uso ordinario del deudor, de su cónyuge o de sus hijos no siendo de lujo, a juicio del juez;

III.- Los instrumentos, aparatos y útiles necesarios para el arte u oficio a que el deudor esté dedicado;

IV.- La maquinaria, instrumentos y animales propios para el cultivo agrícola, en cuanto fueren necesarios para el servicio de la finca a que estén destinados, a juicio del juez, a cuyo efecto oírás el informe de un perito nombrado por él;

V.- Los libros, aparatos, instrumentos y útiles de las personas que ejerzan o se dediquen al estudio de profesiones liberales;

VI.- Las armas y caballos que los militares en servicio activo usen, indispensables para éste conforme a las leyes relativas;

VII.- Los efectos, maquinaria e instrumentos propios para el fomento y giro de las negociaciones mercantiles o industriales, en cuanto fueren necesarios para su servicio y movimiento, a juicio del juez, a

cuyo efecto oírás el dictamen de un perito nombrado por él; pero podrán ser intervenidos juntamente con la negociación a que estén destinados;

VIII.- Las mieses antes de ser cosechadas, pero no los derechos sobre las siembras;

IX.- El derecho de usufructo pero no los frutos de éste;

X.- Los derechos de uso y habitación;

XI.- Las servidumbres, a no ser que se embargue el fundo a cuyo favor están constituidas; excepto la de aguas que es embargable independientemente;

XII.- La renta vitalicia, en los términos establecidos en los artículos 2785 y 2787 del Código Civil;

XIII.- Los sueldos y el salario de los trabajadores en los términos que lo establece la Ley Federal del Trabajo, siempre que no se trate de deudas alimenticias o responsabilidad proveniente de delito;

XIV.- Las asignaciones de los pensionistas del erario; y

XV.- Los ejidos de los pueblos y la parcela individual que en su fraccionamiento haya correspondido a cada ejidatario.

4. J. BEJARANO, Sánchez Manuel.
Obligaciones civiles.
5ª Edición.
México, Colección Textos Jurídicos
Universitarios, Oxford University
Press, 2002.
págs. 265-270.

La acción procesal de pago.

El cumplimiento coactivo

Si el deudor cumple voluntariamente su obligación, ésta se extingue por pago; pero cuando no



se aviene a respetar su compromiso, el acreedor puede lograr que sea forzado a ello contando con el auxilio de la fuerza pública. Ésta es la *ejecución forzada*.

Como sabemos, una de las características de la norma y de la relación jurídicas es la coercibilidad, el poder que tiene el titular de un derecho de lograr coactivamente el cumplimiento y la satisfacción del mismo. Esa posibilidad eventual de poner en movimiento a la autoridad jurisdiccional para lograr con su auxilio el respeto de la norma de derecho, su acatamiento forzado (la mera posibilidad de obtenerlo), es una medida eficaz para lograr ordinariamente su observancia. Pero, en los casos en que el deudor se resiste a cumplir, pese a la amenaza de una coacción posible, el cumplimiento forzado puede ser obtenido a solicitud del acreedor (generalmente, previa sentencia judicial que considere los opuestos puntos de vista de las partes en pugna, decreta el respeto de la norma y ordene la ejecución).

Ejecución en naturaleza y por equivalente

Con frecuencia, la ejecución puede obtenerse proporcionando al *acreedor el objeto* mismo de la obligación del deudor y entonces se dice que se ha logrado un cumplimiento *forzado en naturaleza*: el deudor estaba obligado a pagar mil pesos y el acreedor recibe esta suma; o el deudor estaba comprometido a entregar una cosa determinada y el acreedor la recibe en su individualidad; o bien, por último, se proporciona a éste el hecho mismo que debía darle el deudor o la abstención que debería observar.

En ocasiones resulta impracticable lograr compulsivamente el cumplimiento del objeto mismo de la obligación, sobre todo cuando requiere la realización de un hecho de un deudor recalcitrante. En tales casos deberá concederse al acreedor un sustituto de aquel objeto y alcanza entonces un *cumplimiento por equivalente*; el dinero es el equivalente por excelencia. El acreedor recibe una indemnización compensatoria del objeto de la obligación incumplida en concepto de daños y perjuicios, porque el deudor incurrió en el hecho ilícito del incumplimiento. La ejecución por equivalente es así una forma de la responsabilidad civil.

¿En qué casos es posible el cumplimiento en naturaleza y en cuáles es indispensable un cumplimiento por equivalente? Para resolver esta cuestión, debemos considerar los distintos tipos de obligación.

Obligaciones de dar

En las obligaciones de dar una suma de dinero, siempre es posible obtener la ejecución forzada en naturaleza: como en derecho existe el principio de que *el deudor responde de sus obligaciones con todo su patrimonio* (art. 2964 del CC), el obligado a prestar una cantidad en dinero efectivo que se resistiere a hacerlo, sufriría la ejecución sobre su patrimonio mediante un secuestro o embargo de bienes, los que al ser rematados permitirían disponer del numerario indispensable para satisfacer al acreedor. El art. 507 del *Código de Procedimientos Civiles* dispone:

Si la sentencia condenara al pago de una cantidad líquida, se procederá siempre, y sin necesidad de previo requerimiento personal al condenado, al embargo de bienes en los términos prevenidos para los secuestros.

Y el 510 del mismo ordenamiento legal establece:

Si los bienes embargados fueren dinero, sueldos, pensiones o créditos realizables en el acto, como efectos de comercio o acciones de compañías que se coticen en la bolsa, se hará el pago al acreedor inmediatamente después del embargo. Los efectos de comercio y acciones, bonos o títulos de pronta realización, se mandarían vender por conducto de corredor titulado, a costa del obligado.

Las obligaciones de dar dinero que no contienen cantidad determinada, deberán ser liquidadas en un incidente, en el procedimiento de ejecución, a fin de que el juez establezca su cuantía y coaccione al deudor a su pago, tal como manda en art. 515 de la citada ley procesal:

Si la sentencia no contiene cantidad líquida, la parte a cuyo favor se pronunció, al promover su ejecución presentará su liquidación de la cual se dará vista por tres días a la parte condenada y sea que la haya o no desahogado, el juez fallará dentro de igual plazo lo que estime justo en derecho corresponda.



Esta resolución será apelable en el efecto devolutivo.

Y el precepto siguiente, el 516, alude particularmente a la determinación de la cuantía de la indemnización de los daños y perjuicios, y establece idéntica forma de liquidarla:

Cuando la sentencia hubiere condenado al pago de daños y perjuicios sin fijar su importe en cantidad líquida, háyanse establecido o no en aquélla las bases para la liquidación, el que haya obtenido a su favor el fallo presentará, con la solicitud, relación de los daños y perjuicios y de su importe. De esta regulación se correrá traslado al que haya sido condenado, observándose lo prevenido en el artículo anterior. Lo mismo se practicará cuando la cantidad líquida proceda de frutos, rentas o productos de cualquier clase.

Cabe hacer, respecto de los preceptos últimamente transcritos, la observación de que el segundo de ellos es redundante porque el primero ya fija la regla para verificar la liquidación, y a ella debe acudir para fijar la cuantía del adeudo, sea cual fuere su procedencia; ya daños, perjuicios, frutos, rentas, productos o cumplimiento de un contrato, ya que su causa es intrascendente.

Si la obligación de dar consiste en la entrega de una cosa determinada en su individualidad, el juez dictará una orden de secuestrar la cosa misma y hacer entrega de ella al acreedor, pero si hubiere sido destruida u ocultada por el deudor, sólo será posible un cumplimiento por equivalente, mediante el pago de daños y perjuicios, previa estimación del valor de la cosa. El art. 525 del Ordenamiento Procesal Civil prescribe:

Cuando en virtud de la sentencia o de la determinación del juez debe entregarse alguna cosa inmueble, se procederá inmediatamente a poner en posesión de la misma al actor o la persona en quien fincó el remate aprobado, practicando a este fin todas las diligencias conducentes que solicite el interesado. Si la cosa fuere mueble y pudiere ser habida, se le mandará entregar al actor o al interesado que indicara la resolución. Si el obligado se resistiere, lo hará

el actuario, quien podrá emplear el uso de la fuerza pública y aun mandar romper las cerraduras.

En caso de no poderse entregar los bienes señalados en la sentencia, se despachará ejecución por la cantidad que señale el actor; que puede ser moderada prudentemente por el juez, sin perjuicio de que se opongá al monto el deudor.

Si se tratara de bienes genéricos, también será posible el cumplimiento en naturaleza, adquiriendo a cargo del deudor dichas cosas en donde puedan, ser obtenidas.

Obligaciones de hacer y no hacer

Mayor dificultad de cumplimiento efectivo presentan las obligaciones cuyo objeto es hacer o no hacer. En ellas es indispensable la colaboración del deudor, cuya decidida oposición al pago haría nugatoria toda compulsión tendiente a un cumplimiento en naturaleza.

Aunque el juez tiene la facultad de imponerle medidas de apremio para hacerle acatar sus determinaciones, medidas que van desde la multa hasta el arresto por 36 horas con apoyo en el art. 73 del *Código de Procedimientos Civiles*, la firme resistencia del obligado haría estéril la coerción. Así, por ejemplo, si un músico obligado por contrato y condenado por el juez a componer el fondo musical de una película se niega a hacerlo, no habrá coacción legal efectiva para conseguir su prestación.

De igual forma, será a menudo inalcanzable el cumplimiento forzado en naturaleza de una obligación de no hacer.

Sin embargo, en ocasiones es posible obtener el acatamiento efectivo de las obligaciones de hacer y no hacer si el hecho puede ser proporcionado por un tercero, caso en el cual se realizará por éste con cargo al deudor, quien deberá abonar igualmente daños y perjuicios; o si el hecho del que debió abstenerse el deudor produjo una obra material que pueda ser destruida. La ejecución decretada por el juez consistirá en imponer al deudor el



pago de los daños y perjuicios, y en borrar los efectos del hecho prohibido (arts. 517 y 524 del *CPC*).

El art 2027 del *Código Civil* dispone:

Si el obligado a prestar un hecho no lo hiciere, el acreedor tiene derecho de pedir que, a costa de aquél, se ejecute por otro, cuando la sustitución sea posible. Esto mismo se observará si no lo hiciere de la manera convenida. En este caso, el acreedor podrá pedir que se deshaga lo mal hecho.

Por su parte, el art. 2028 establece:

El que estuviera obligado a no hacer alguna cosa quedará sujeto al pago de daños y perjuicios en pago de contravención. Si hubiere obra material, podrá exigir el acreedor que sea destruida a costa del obligado.

Pero, si se trata de obligaciones de hacer, *intuitu personas*, o sea, aquellas que sólo pueden ser cumplidas por el deudor (por tratarse de prestaciones que exclusivamente él puede proporcionar con las características y calidad deseadas) o de obligaciones de no hacer irremediablemente quebrantadas, la satisfacción del acreedor sólo será posible por equivalente. Así, no será posible coaccionar a un pintor famoso para que concluya un cuadro objeto del contrato: la terminación del mismo por un tercero no sería igual y el acreedor deberá ser indemnizado del incumplimiento, con dinero. De la misma manera, el artista que viola la obligación de no hacer cuando, habiéndose comprometido a actuar como exclusivo de determinado empresario, contrata y presta sus servicios para otro, solamente podrá dar un cumplimiento por equivalente mediante una indemnización compensatoria: el acreedor recibirá dinero como un sucedáneo de la obligación incumplida.

Sin embargo, lo deseable, como apunta DÍAZ PAIRÓ, sería:

que el legislador facultara a los jueces para dictar medidas que estimularan al deudor recalcitrante a cumplir el deber que, primeramente le impone el ordenamiento jurídico y luego el fallo judicial dictado en armonía con

este mandato legislativo. En este sentido se manifiestan las legislaciones procesales austriaca y alemana se hallan autorizados los jueces para decretar multas e incluso detención, dentro de límites preestablecidos, respecto del deudor recalcitrante en el incumplimiento de la condena judicial al dar, hacer o no hacer. En cuanto a las obligaciones de no hacer, es buena medida, para asegurar su cumplimiento, facultar a los jueces para que obliguen al deudor a prestar fianza garantizando que en el futuro tal obligación será respetada.

En nuestro derecho, el *Código de Procedimientos Civiles* en vigor en el DF faculta a los jueces a aplicar medidas de apremio a las partes, para hacer cumplir sus resoluciones, en los arts. 517 frac. I y 73, precepto éste último que comprende, entre tales procedimientos compulsivos, la multa, el auxilio de la fuerza pública, la fractura de cerraduras si fuere necesario, el cateo por orden escrita y el arresto hasta por 36 horas.

4. K. MARTÍNEZ, Alfaro Joaquín.
Teoría de las obligaciones.
7ª edición. México,
Editorial Porrúa, 2000.
Pág. 240-242.

4.3. Incumplimiento y responsabilidad.

I. DEFINICIÓN

El incumplimiento es un hecho negativo cuyo concepto se obtiene del art. 2062 interpretado en sentido contrario; por lo que se da la siguiente:

Definición: Incumplimiento es la abstención de entregar la cosa debida o de realizar la prestación que se adeuda, así como la realización de la prestación que el deudor debía omitir.

II. PRESUPUESTO DEL INCUMPLIMIENTO

Es que la obligación sea líquida y exigible. Para que el deudor deba cumplir, porque de lo contrario su conducta constituirá un incumplimiento que lo hace



incurrir en responsabilidad, es preciso que su deuda sea líquida y exigible.²

Liquidez de la deuda significa que sea de importe determinado, art. 2189; este precepto que se refiere a la compensación tiene una aplicación analógica respecto a los presupuestos del incumplimiento, junto con el art. 1825 que requiere que sea determinado el objeto del contrato, pues si la prestación a cargo del deudor está indeterminada, éste se verá impedido para ejecutarla y, por tanto, es imposible que incurra en incumplimiento.

La exigibilidad de la deuda consiste en que el deudor no dispone de una excepción perentoria o dilatoria que le permita dejar de cumplir; por tanto, dichas deudas son de plazo cumplido o de, condición realizada; en tal virtud, de los arts. 2104 y 2105, se desprende que es responsable el deudor que no cumple su obligación sujeta a plazo que ya ha vencido, como se observa de la transcripción siguiente:³

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

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

II. Si la obligación no dependiere de plazo cierto, se observará lo dispuesto en la parte final del artículo 2080.

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

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

En consecuencia, cuando la obligación es líquida y se vuelve exigible sin que el deudor la cumpla, a partir de ese momento se inicia el retardo en el pago llamado mora, pues no cumplió en el plazo convenido.

El incumplimiento es el hecho generador de la responsabilidad civil contractual y también es causante de la ejecución forzada.

En el capítulo XV se indicó que la responsabilidad civil contractual es la obligación de reparar el daño pecuniario que se causa por el incumplimiento de una obligación previamente contraída, y que se traduce en el deber de pagar la indemnización moratoria o la indemnización compensatoria.

En la indemnización moratoria, el acreedor demanda el cumplimiento de la obligación, más el pago de los daños y perjuicios moratorias, o sea de los daños y perjuicios que se le han causado por el retardo en el pago.

En la indemnización compensatoria, el acreedor reclama el pago de los daños y perjuicios causados por el definitivo incumplimiento de la obligación. En esta indemnización no se reclama el cumplimiento, sino solamente que se le indemnice de los daños que le causaron por no recibir el pago.

Estas indemnizaciones se obtienen mediante la ejecución forzada.

4. L. BEJARANO, Sánchez Manuel.
Obligaciones civiles.
5ª Edición.
México, Colección Textos Jurídicos
Universitarios, Oxford University
Press, 2002.
págs. 180.

El incumplimiento como inobservancia de un deber de respeto y conservación de la esfera de intereses ajenos (culpa extracontractual). Responsabilidad contractual y extracontractual.

La responsabilidad contractual es aquella que resulta del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato. Cuando un contratante no cumple la obligación puesta a su cargo por el contrato, puede causar un perjuicio al otro contratante, acreedor de la obligación. En ciertas condiciones, está obligado a reparar ese perjuicio; su responsabilidad es una responsabilidad contractual.



La responsabilidad delictual o cuasidelictual (extracontractual) no nace del incumplimiento de un contrato; nace de un delito o de un cuasidelito. En ciertas condiciones, el autor del daño está obligado a repararlo; su responsabilidad es una responsabilidad delictual cuando ha causado intencionalmente el daño (delito) (dolo); cuasidelictual cuando no ha querido el daño (cuasidelito). El término delito posee aquí un sentido muy distinto del que reviste en derecho penal, donde designa una categoría de infracciones (MAZEAUD).

4. M. Código Civil comentado. T. V.
Instituto de Investigaciones Jurídicas
UNAM, 1993.

4. N. DE PINA, Rafael.
Elementos de derecho civil
mexicano (Obligaciones Civiles
Contratos en general).
7ª edición México,
Editorial Porrúa, 1989.
Pág. 172-176.

La mora del acreedor. Concepto. Concurrencia del acreedor en la responsabilidad. Requisitos de la mora. Ofrecimiento efectivo, no aceptación de la prestación o no ofrecimiento de la contraprestación. Efectos de la mora del acreedor: a) derecho a consignar la cosa, b) indemnización del exceso de gastos, c) reducción de responsabilidad.

Daños y perjuicios resarcibles. Comentario al artículo 2110. ¿Qué comprende la responsabilidad?

ARTÍCULO 2110. Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse.

El deudor no debe soportar toda la serie de daños que se encadenan, como consecuencia del incumplimiento de la obligación. Informan Ripert y Boulanger (*Tratado de derecho civil*, según el tratado de Planiol, versión al español, Buenos Aires, La Ley, 1964, t. IV, Las Obligaciones, primera parte, núm. 829, pág. 490) que los daños no deben comprender más que aquello que es una consecuencia inmediata y directa del incumplimiento del convenio. Es así, aun cuando el deudor haya cometido dolo (a. 1151 del CC francés). Esta distinción está tomada de Pothier, para quien el deudor, aun culpable de dolo, no es responsable de los daños que no son consecuencia *necesaria* de sus actos y que puedan tener otras causas. (Borja Soriano, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*. México, Porrúa, 1982, p. 456).

Aunque la generalidad de los civilistas aceptan la clasificación de la mora en mora de deudor y mora del acreedor, algunos niegan que este pueda incurrir en ella y sostienen, por lo tanto, que solo existe, en realidad, la mora del deudor.

No obstante, se ha aclarado al respecto que la mora del acreedor es un fenómeno del todo diferente a la mora del deudor, negándose, por otra parte, que exista a cargo del acreedor obligación de recibir la prestación. Ahora bien, se estima que si el acreedor no está obligado a recibir la prestación, es justo que el deudor no sufra las consecuencias que pueda producir el obstáculo al cumplimiento a que está sujeto originado por la voluntad de aquél.¹

Los artículos 2109 y 2617 de nuestro Código Civil para el Distrito Federal, admiten la posibilidad de la constitución en mora del acreedor, en los casos concretos a que dichos preceptos se refieren, es decir, en casos particulares.²

La situación del acreedor que obstaculiza el cumplimiento de una obligación no puede, a nuestro entender, clasificarse exactamente como mora, pues no se puede dejar de reconocer que de los dos sujetos de la relación obligatoria el único que está obligado a cumplirla es el deudor y, por consiguiente, es también



el único que puede ser considerado como moroso en relación con dicho cumplimiento.

Por eso se ha dicho al respecto que “el acreedor puede incurrir en mora, no precisamente en cuanto al incumplimiento de la obligación, que incumbe al deudor, pero si en cuanto a la actitud o comportamiento que le incumbe a ese acreedor en la oportunidad del pago que le ofrezca el deudor”.³

Lo cual equivale a reconocer que tratándose del cumplimiento de las obligaciones no cabe real y verdaderamente más situación de mora que la del deudor.

Mora del acreedor.- Para quienes admiten su existencia, es aquella que se deriva de la conducta ilícita de aquel a quien es debida la prestación.

La llamada mora del acreedor (*mora accipiendi*) supone un obstáculo para el cumplimiento de la prestación opuesto por quien en el orden natural de las cosas tiene un interés en que sea satisfecha.

Es, desde luego, un fenómeno jurídico excepcional, pues, normalmente, el acreedor es el primer interesado en el cumplimiento de la obligación.

Los requisitos necesarios para la constitución de la mora del acreedor son: el ofrecimiento en debida forma de la prestación y la no aceptación injustificada por parte del acreedor.

El ofrecimiento para que sea válido no puede ser sometido a condición alguna, debe ser puro y simple.

Los efectos de la mora del acreedor son: la necesidad del resarcimiento por el mismo de los daños y perjuicios que haya ocasionado al deudor, la compensación de la mora de éste, el traslado de las consecuencias de la pérdida o padecimiento fortuitos de la cosa, del deudor al acreedor y la liberación del deudor mediante el ofrecimiento y consignación.

4. Ñ.

BEJARANO, Sánchez Manuel.
Obligaciones civiles.
5ª Edición.
México, Colección Textos Jurídicos
Universitarios, Oxford University
Press, 2002.
págs. 229-233, 235-238.

El incumplimiento no imputable al deudor. El caso fortuito o fuerza mayor. Concepto. Efectos.

*Tercera excluyente de responsabilidad civil:
El caso fortuito o la fuerza mayor*

El art. 2111 del Código Civil dispone que: “nadie está obligado al caso fortuito, sino cuando ha dado causa o ha contribuido a él, cuando ha aceptado expresamente esa responsabilidad o cuando la ley se la impone.”

El art. 1847, por su parte, prescribe que: no podrá hacerse efectiva la pena (cláusula penal) cuando el obligado a ella no haya podido cumplir el contrato por hecho del acreedor, caso fortuito o fuerza insuperable.”

¿Qué es caso fortuito o fuerza mayor? ¿Son estos términos sinónimos o tienen diferente connotación? Se trata de un *acontecimiento ajeno a la voluntad del deudor, impredecible o bien inevitable, al que ni puede resistir, que le impide cumplir definitiva y totalmente la obligación asumida o le impone un retardo en el cumplimiento, y que causa daños al acreedor*. Bien puede ser un hecho natural, como una tempestad, las heladas, el huracán, los temblores, etc.; o un hecho del hombre, como la guerra, las huelgas que alcanzan a toda una rama de la industria, el bombardeo, el bloqueo y el llamado *hecho del príncipe*, que consiste en la orden de autoridad pública que imposibilita el cumplimiento de una obligación.

El caso fortuito, o fuerza mayor, exonera la responsabilidad del deudor porque el incumplimiento no proviene de su culpa, sino de un hecho ajeno que no se puede resistir. Hablando con propiedad, diríase que



más que una excluyente de responsabilidad civil lo es del hecho ilícito, porque elimina el elemento culpa.

Características

1. Son las siguientes: Es un *acontecimiento ajeno al deudor*, es decir, que no fue provocado por él, ni su actividad contribuyó a producirlo. El suceso surgió *fortuitamente*, sin culpa alguna del obligado. Se advierte aquí que el art. 2111 del *Código Civil* es por lo menos inconsecuente al prescribir que: “nadie está obligado al caso fortuito, sino cuando ha dado causa o contribuido a él”, pues si el deudor lo provocó o cooperó a su realización, ya no se trata de un caso fortuito.

2. Es *irresistible*; el deudor no tiene el poder de evitarlo; la *fuerza* del acontecimiento es *mayor* que la suya y se produce necesariamente, aunque no se desee.

3. Produce una imposibilidad absoluta y definitiva de cumplimiento; no sólo se hace más gravoso éste (si la obligación, pese al suceso ajeno e irresistible, pudiese cumplirse en condiciones más onerosas, no habría caso fortuito ni exoneración y el deudor debería dar su prestación) o bien, impide definitivamente el cumplimiento oportuno, exentando al deudor de pagar indemnización moratoria.

Términos equivalentes

Los términos *caso fortuito* y *fuerza mayor* tienen un significado equivalente para nuestro legislador (arts. 812 y 1847 del CC), quien los utiliza indistintamente. Y aunque algunos autores encuentran sutiles y variadas diferencias (entre ellas que el caso fortuito es un acontecimiento natural y la fuerza mayor, un hecho del hombre), el *Código Civil* les atribuye el mismo sentido e idénticas consecuencias.

Lo mismo que PLANIOL, creemos que ambos términos aluden a diversas características de un mismo hecho: el de *caso fortuito* destaca el atributo ajeno y no provocado del suceso, el de *fuerza mayor*, su carácter irresistible.

Justificación de la exoneración

Existe en derecho el principio de que “nadie está obligado a lo imposible” y el acontecimiento imprevisible o irresistible, ajeno a la voluntad o participación del deudor, le impide absolutamente cumplir con su obligación, le exonera del compromiso, extinguiéndolo por la imposibilidad de ejecución, sin responsabilidad de su parte.

Ejemplo

Me obligué a regalar a Ángel Manuel mi ferrocarril de juguete, pero un temblor de tierra lo destruyó con la casa en que se hallaba. Yo quedo exentado de cumplir mi obligación por la imposibilidad de ejecución proveniente del caso fortuito o fuerza mayor, y el contrato se extingue sin responsabilidad a mi cargo.

Si se trata de una sola obligación que no tiene contrapartida en una obligación del otro contratante, la solución es muy sencilla. El problema se complica cuando el caso fortuito impide cumplir una de las obligaciones generadas por un contrato bilateral y, en cambio, la otra obligación, la recíproca, es plenamente realizable. Sus soluciones las aporta la *teoría de los riesgos* (véase el cap. 15).

Excepciones al efecto exonerante del caso fortuito

La fuerza mayor no es excluyente de responsabilidad:

a) Si el deudor asumió esa responsabilidad, y renunció a la exonerante comprometiéndose convencionalmente a indemnizar a su acreedor, aun en el supuesto de la imposibilidad de ejecución por caso fortuito, y

b) Si la ley le impone esa responsabilidad (art. 2111 del CC).

Entre otros, responden legalmente de la fuerza mayor:

• el *poseedor de la mala fe*, que indemniza al dueño de la pérdida de la cosa (poseída por menos de



un año), aunque ello ocurra por caso fortuito (art. 812 del CC)

- el *gestor* que ha realizado operaciones arriesgadas (art. 1900 del CC)
- el que obtiene una cosa por *medio delictivo*, el ladrón que pierde por caso fortuito la cosa robada, debe no obstante reparar el daño indemnizando el valor de ella (art. 2019 del CC), y
- el *comodatario* responde de la pérdida de la cosa prestada, aunque sobrevenga por fuerza mayor, si ésta fue valuada al celebrarse el contrato o si, pudiendo salvarla usando una propia, prefirió arriesgar la ajena (arts. 2505 y 2506 del CC).

El caso fortuito en la responsabilidad objetiva

Capítulo especial merece la consideración del caso fortuito como excluyente de responsabilidad en el riesgo creado. Por ejemplo, una tempestad desprende los cables conductores de energía eléctrica de alta tensión, electrocutando a varias personas. ¿Quedará exenta la compañía de energía de toda obligación de indemnizar los daños?

Si bien es verdad que la causa que desencadena la realización del hecho dañoso es un hecho inevitable y ajeno a la empresa que explota el objeto peligroso, y que ésta no incurrió en culpa alguna, es urgente destacar que la responsabilidad por riesgo creado no se apoya ni exige la existencia de la culpa. Por el contrario, prescinde de tal ingrediente subjetivo al fundarse solamente en el hecho de que se está utilizando y aprovechando un objeto peligroso que constituye un riesgo de que se produzcan los perjuicios.

El caso fortuito es exonerante de la responsabilidad subjetiva o responsabilidad culposa (por hecho ilícito) precisamente porque elimina la existencia de la culpa; pero, reitero, ésta no constituye un elemento de la responsabilidad objetiva, que existe por el solo hecho de crear el riesgo.

El art. 1913 del *Código Civil* dispone con toda claridad que quien hace uso de objetos peligrosos y con ellos causa un daño, está obligado a repararlo, “aunque obre lícitamente”, es decir, aunque su conducta no

puediere ser estigmatizada por una culpa o falta, o por ser violatoria de la norma de derecho. Si el daño se produce por la cosa peligrosa, aquel que la aprovecha y se enriquece con su operación es quien debe soportar la indemnización y no la víctima. Esta conclusión encaja perfectamente en los postulados y las justificaciones de la teoría de la responsabilidad objetiva.

Se puede argumentar que la causa eficiente del daño no fue la utilización normal del objeto peligroso, sino un suceso ajeno irresistible (el caso fortuito), pero es innegable que el mismo daño se produjo a resultas de su uso, lo cual basta para responsabilizar a quien lo aprovecha, con el fundamento legal del texto del art. 1913 antes citado, que menciona como única exonerante la culpa grave de la víctima. Sea lo que fuere, éste es un tema que -como tantos otros, a falta de una jurisprudencia profunda variada- reclama atención de los estudiosos y la consideración de la doctrina jurídica.

4.3.2. Convenios sobre responsabilidad. La cláusula penal y la pena convencional. Proporcionalidad de esta, utilidad y carácter accesorio. Acumulación del cumplimiento de la obligación y de la pena convencional. Las cláusulas de no responsabilidad.

12.14 Excluyentes de responsabilidad civil

Enumeración

La obligación de indemnizar no surge a cargo del agente del hecho perjudicial en los casos siguientes:

1. Cuando se ha convenido en que el causante del daño no indemnice en el supuesto de que éste se produzca; esto constituye la *cláusula de no responsabilidad*;
2. Cuando el daño se debe fundamentalmente a una *culpa grave de la víctima*, y
3. Cuando el hecho dañoso proviene de un acontecimiento ajeno a la voluntad de las partes e irresistible: el *caso fortuito* o *la fuerza mayor*.

Examinémoslos sucesivamente.

Primera excluyente de responsabilidad civil: la cláusula de no responsabilidad



Apoyados en su libertad de contratar, los sujetos pueden convenir que, en caso de producirse daños para alguno de ellos, no deberán ser indemnizados por el causante de la acción perjudicial; dicho pacto que se denomina cláusula *de no responsabilidad* y excluye la obligación de reparar los daños y perjuicios.

En sentido contrario, pueden acordar que los daños sí sean resarcidos mediante una indemnización prefijada contractualmente, llamada pena convencional. La estipulación relativa se llama *cláusula penal*.

La excluyente de responsabilidad civil es la cláusula de no responsabilidad, pero aprovecharemos la ocasión para referirnos a la cláusula penal después de tratar aquélla.

Es posible consentir por acto jurídico en la exención de la responsabilidad de nuestra contraparte, para el caso de que nos produjera daños. Aun cuando no existe un precepto que autorice y reglamente en forma expresa las cláusulas de no responsabilidad, la libertad de las convenciones, el principio de la autonomía de la voluntad faculta a los particulares a celebrar los pactos y acuerdos que juzguen pertinentes, con la sola limitación de no violar las normas de orden público, las buenas costumbres o los derechos de tercero.

El art. 1832 del *Código Civil* estatuye que: “en los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse”... El art. 6o. del mismo cuerpo de leyes faculta a los particulares a renunciar “los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero” y, por último, el art. 2106 determina que: “la responsabilidad procedente de dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de hacerla efectiva, es nula”.

La interpretación sistemática de los preceptos transcritos permite afirmar que es legítima la renuncia de una de las partes a ser indemnizada en caso de que se le causen daños, a menos que hubieren sido provocados dolosamente, es decir, con intención o propósito de causarles.

Ejemplo

Usted ha conocido varios casos de cláusulas de no responsabilidad en actos jurídicos comunes de la vida diaria, como la estipulación de no responsabilidad anunciada en las habitaciones de los hoteles o en la administración de los mismos, que indica: La empresa no se hace responsable de los objetos de valor olvidados dentro de la habitación que no fueren depositados en la caja de seguridad del lugar, estipulación que usted admite tácitamente al alojarse en el hotel. O bien, la declaración de no responsabilidad publicada en los estacionamientos de automóviles, que se eximen de responsabilidad por el robo de los objetos olvidados dentro del vehículo. Hay también restricciones de responsabilidad como las contenidas en los recibos de entrega, expedidas por los comercios de planchaduría o tintorería, donde declaran que la negociación limita su responsabilidad por la pérdida de los objetos recibidos para su aseo, al pago de una cantidad determinada, la cual, en ocasiones, suele ser de 10 veces el valor del trabajo encomendado a la empresa.

Tales estipulaciones serán exonerantes de responsabilidad cuando hubieren sido formuladas en términos claros que denoten e impliquen la conformidad de la víctima, quien está renunciando a ser indemnizada. La ausencia de su voluntad inequívoca manifestada en tal sentido impide que la declaración constituya verdadera cláusula de no responsabilidad por falta de consentimiento, pues toda renuncia debe ser comunicada “en términos claros y precisos, de tal suerte que no quede duda del derecho que se renuncia” (art. 7o. del *CC*), y la que contenga exención de responsabilidad no será excepción al principio. Pero esa intención de eximir o liberar al causante del daño puede exteriorizarse como toda declaración de voluntad de manera expresa o tácita (*véase*, en el cap. 4, “Exteriorización del consentimiento” pág. 47), con tal que demuestre clara e inequívocamente la conformidad de la víctima.

La cláusula exonerante de responsabilidad, lo mismo que la restrictiva, son producto de acuerdos de voluntades, pues ambas partes deben consentir en



ellas, ya sea expresa o tácitamente. Quien ha liberado de responsabilidad a su co-contratante no podrá exigir indemnización en caso de llegar a sufrir daños por el incumplimiento. Sin embargo, la cláusula sería ineficaz para disculpar al causante de daños intencionales pues la responsabilidad procedente de dolo no es renunciabile, sino “exigible en todas las obligaciones”, según reza el art. 2106, y “la renuncia de hacerla efectiva es nula”. El sentido de la disposición es explicable porque ninguna declaratoria deberá ser apta para inmunizar al malévolo causante de un daño deliberado, ya que el derecho no es un medio para la salvaguarda de conductas antisociales.

La cláusula penal

Por ser una cláusula de responsabilidad, abordamos en este sitio el análisis de la cláusula penal. Dicha cláusula es la determinación convencional del monto de la indemnización que deberá pagar el obligado en el caso de no cumplir su deber jurídico, total o parcialmente o de la manera convenida. También se le llama pena convencional.

A diferencia de la cláusula de no responsabilidad, el legislador reglamenta especial y exhaustivamente la cláusula penal en los arts. 1840-1850, el primero de los cuales prescribe:

Pueden los contratantes estipular cierta prestación como pena para el caso de que la obligación no se cumpla o no se cumpla de la manera convenida. Si tal estipulación se hace, no podrán reclamarse, además, daños y perjuicios.

Como la pena convencional resarce al acreedor de los daños y perjuicios, éstos no podrían ser reparados nuevamente y su reclamación sería inadmisibile.

Ventajas de la cláusula penal

La estipulación de la pena convencional es sumamente útil, porque su estipulación exime a la víctima del incumplimiento de la necesidad de demostrar la existencia de los daños y la cuantía de los mismos, pues su monto fue fijado de antemano en el

común acuerdo de las partes contratantes. En efecto, el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios (art. 1842) ni el deudor podrá eximirse de satisfacerla, probando que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno. Bastará al acreedor demostrar: a) Que existió el incumplimiento del cual es víctima, y b) Que se convino una pena para el caso en que dicho incumplimiento ocurriera. La pena se aplicará, a menos que ella misma fuera nula o excesiva.

Nulidad de la cláusula penal

La pena convencional es nula o anulable en los casos de invalidez de las obligaciones en general: las convenidas contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público (art. 80 del CC); las que chocan contra las buenas costumbres (art. 1830 del CC); las que tengan un objeto ilícito, o un motivo o fin ilícito (arts. 1795-III, 2225 del CC); la convenida por vicio de la voluntad, o sin la debida capacidad o forma legal (arts. 1795 1, 11, IV del CC) y, en fin, la que vulnera derechos de tercero, quien obviamente podrá combatirla.

Inexistencia de la pena convencional

Conforme a los mismos principios generales, deberá considerarse inexistente toda disposición que no hubiere sido acordada o convenida por ambas partes, o la que tuviera un objeto imposible (art. 1794 del CC).

En *El mercader de Venecia*, el genial William SHAKESPEARE ilustra una curiosa pena convencional: Shylock, el execrable usurero, accede a conceder un préstamo que el generoso Antonio le solicita, pero impone la cláusula penal consistente en que el incumplimiento será indemnizado por el deudor con una libra de su propia carne. La fatalidad se cierne sobre el solvente Antonio, por la conjunción desgraciada de desastres sucesivos que acaban con su hacienda, y no puede pagar la deuda. Ante el Dux de Venecia, el implacable acreedor exige el cumplimiento del contrato y la ejecución de la cláusula penal. El autor salva al héroe, pues el Dux autoriza al cumplimiento del contrato en sus términos estrictos: el usurero acreedor podría proceder a cortar la libra de carne, pero sin una sola gota de sangre, pues ella no estaba comprendida en



el pacto; en caso de derramarla, el acreedor pagaría con su propia vida el exceso en la ejecución.

Limitación y mutabilidad de la cláusula penal

En lo concerniente al monto de la pena convenida, existe el límite legal de que “no puede exceder ni en valor ni en cuantía a la obligación principal” (art. 1843 del CC). La disposición se explica porque la cláusula penal tiene el propósito de resarcir el valor total de la obligación incumplida, pero no más. Se repara su valor o cuantía, pero no más allá. En cambio, puede estipularse por un monto inferior al de la obligación garantizada, o simplemente para reparar el daño emergente de la mora o de la modalidad del incumplimiento. La pena excesiva es nula, pero no en su integridad, sino sólo en lo que sobrepasa al valor de la obligación garantizada. Así lo ha resuelto la Suprema Corte de Justicia de la Nación en jurisprudencia firme (tesis 244 del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación*, primera sección).

Se ha dicho que la cláusula penal es mutable porque su importe efectivo debe ser graduado en proporción al incumplimiento observado por el obligado: “Si la obligación fue cumplida en parte, la pena se modificará en la misma proporción” (art. 1844 del CC). “Si la modificación no pudiere ser exactamente proporcional, el juez reducirá la pena de una manera equitativa, teniendo en cuenta la naturaleza y demás circunstancias de la obligación” (art. 1845 del CC).

Por último, si la pena fue convenida como indemnización del incumplimiento total de la obligación, al producirse éste la víctima podrá exigir el pago de la pena convencional, pero no podrá acumular, además, la pretensión del cumplimiento de la obligación. En cambio, si fue estipulada como indemnización por la mora, es decir, por el retardo en el cumplimiento de la obligación, entonces es posible reclamar el cumplimiento más el pago de la cláusula penal (art. 1846 del CC).

4. O.

MARTÍNEZ, Alfaro Joaquín.
Teoría de las obligaciones.
7ª edición.
México, Editorial Porrúa, 2000.
págs. 251-253, 256-259.

4.3.3. Incumplimiento de las obligaciones nacidas de contratos bilaterales. La rescisión. Concepto. Manera de operar. Fundamento. El pacto comisorio expreso y el tácito. La excepción de contrato no cumplido. En qué consiste. Campo de aplicación. Efectos. Fundamento legal.

LA RESCISIÓN

ART. 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.

La rescisión o resolución, conceptos sinónimos como apunta Borja Soriano,²⁵ es inherente a la indemnización compensatoria, se funda en el precepto que antecede y tiene los presupuestos que a continuación se enumeran:

A) Presupuestos:

1. Su principio básico se enuncia diciendo: “sólo se rescinden las obligaciones válidas”; esto es, sólo tiene lugar en los contratos válidos.²⁶

2. Que el contrato genere obligaciones recíprocas a cargo de ambos contratantes, es decir, que sea un contrato bilateral.

3. La interdependencia de las prestaciones recíprocas que son objeto de las obligaciones correlativas.



4. Que un contratante haya cumplido su obligación, o bien que su cumplimiento esté condicionado al de la obligación correlativa.

5. Incumplimiento del otro contratante.²⁷

6. Sólo hay lugar a la rescisión tratándose de obligaciones cuya fuente es un contrato.²⁸

Vistos los anteriores presupuestos, es posible dar la siguiente:

B) *Definición:*

Rescisión es un modo de privar de efectos a un contrato bilateral válido, mediante la extinción de las obligaciones provenientes de dicho contrato que se vuelve ineficaz, en virtud de acontecimientos posteriores a su otorgamiento, como es el incumplimiento de las obligaciones que generó.²⁹

Es un derecho del acreedor perjudicado por el incumplimiento de su deudor y ese derecho consiste en extinguir la obligación que le incumplieron, así como la que es a su cargo, para desligarse de su deudor.³⁰

C) *Efectos:*

1. Efecto retroactivo, es decir, efecto restitutorio que consiste en “volver las cosas a su estado anterior, cuando ello es posible, si no se trata de actos consumados o de tracto sucesivo”, mediante “la restitución de las prestaciones”.³¹ Este efecto restitutorio lo establece el art. 2239, de aplicación analógica.

2. Efecto liberatorio del contratante perjudicado por el incumplimiento, quien a su vez se libera de su correspondiente obligación que es correlativa de la incumplida.³²

3. Extinción de la obligación a cargo del deudor incumplido, a causa de la interdependencia de las obligaciones recíprocas generadas por un contrato bilateral, pero responsabilizando a dicho deudor de daños y perjuicios.

4. Los efectos de la rescisión ¿requieren de la declaración judicial?

Esta interrogante lleva a distinguir dos situaciones: el pacto comisorio expreso y el tácito.

El pacto comisorio expreso ocurre, cuando las partes expresamente estipulan que el incumplimiento de una de las obligaciones recíprocas producirá la rescisión del contrato, sin necesidad de la declaración judicial.

El pacto comisorio tácito consiste en que, ante el silencio de las partes, el incumplimiento de una de las obligaciones recíprocas rescindirá el contrato, sin requerir de la declaración judicial, en virtud de que se aplica el art. 1949 antes transcrito.

Las ejecutorias de la Suprema Corte de justicia han sido en el sentido de que, no se precisa de la declaración judicial cuando se trata del pacto comisorio expreso, pero faltando el pacto expreso, entonces sí es necesaria la declaración judicial de la rescisión por el incumplimiento, pues el pacto comisorio tácito es insuficiente para producir la rescisión ante el incumplimiento,³³ como se ve en las siguientes ejecutorias:

1416 Pacto comisorio. Es legítimo y en virtud de él el contrato se resuelve automáticamente por el solo efecto del incumplimiento, y sin intervención de los tribunales. En cambio, la facultad de resolver las obligaciones, que conforme al artículo 1949 del Código Civil se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe, forzosamente requiere la declaración judicial para lograr la rescisión, a menos, naturalmente, que ambas partes, de común acuerdo, lleven a cabo dicha rescisión.

Directo 6803/1955.-México Tractor and Machinery Co., S. A.- Resuelto el 15 de julio de 1957.- Mayoría de 4 votos, contra el del Sr. Mtro. Castro Estrada. Ponente el Sr. Mtro. García Rojas.- Srío. Lic. Raúl Ortiz Urquidi.

Es de opinarse que, si no se estipuló el pacto comisorio expreso, el acreedor perjudicado podría pretender la resolución del contrato ante un incumplimiento que no sea de importancia, o sea ante un incumplimiento no grave lo que permite concluir que es prudente la intervención del juez ante el silencio de las



partes, a fin de que el acreedor pruebe la importancia de las obligaciones incumplidas y que ameritan la rescisión por tratarse de un incumplimiento grave relativo a las principales obligaciones asumidas en el contrato; pues, en caso contrario, el cumplimiento quedaría al arbitrio de una de las partes, violando el art. 1797. Además, los daños y perjuicios deben probarse judicialmente.

D) *Diferencias entre acción redhibitoria y rescisión por incumplimiento:*

Por estas dos acciones se demanda la rescisión del contrato, pero en la redhibitoria no se precisa de la culpa como se indica en el capítulo XX, en consecuencia cuando hay buena fe del enajenante, faltando así la culpa, no se incurre en responsabilidad por daños y perjuicios; a diferencia de la rescisión por incumplimiento, en la que hay culpa contractual y sí se responde de los daños y perjuicios. Arts. 1949, 2104, 2105, 2144 y 2148.³⁵

EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO

A) *Definición*

Es el derecho del contratante perjudicado por el incumplimiento de su deudor recíproco, para negarse a cumplir su obligación, que es correlativa de la que no se le cumplió y sin que tal abstención lo responsabilice.³⁶

Es decir, el deudor tiene el derecho para negarse a pagar a su recíproco deudor que no ha cumplido con su obligación correlativa que es exigible.

B) *Fundamento*

La excepción *non adimpleti contractus* se funda en los arts. 1949, interpretado en sentido contrario, 2241 y 2286, que disponen:

ART. 1949 en sentido contrario: El NO perjudicado NO podrá exigir el cumplimiento. Ni la resolución de la obligación, NI el resarcimiento de daños y perjuicios.

En consecuencia, el perjudicado podrá abstenerse de cumplir mientras no se le cumpla, pues a él no se le puede exigir.

ART. 2241.-Mientras que uno de los contratantes no cumpla con la devolución de aquello que en virtud de la declaración de nulidad del contrato está obligado, no puede ser compelido el otro a que cumpla por su parte.

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

c) *Presupuestos*

1. Contratos bilaterales.
2. Deudores recíprocos.
3. Un mismo contrato.
4. Incumplimiento de ambos deudores.
5. Obligaciones exigibles.

1. *Contratos bilaterales.*³⁷ Esta excepción se basa en la interdependencia de las obligaciones recíprocas, pero como estas obligaciones provienen de los contratos bilaterales, éstos son el presupuesto lógico de la excepción.

2. *Deudores recíprocos.* Es preciso que haya deudores recíprocos en virtud de las obligaciones correlativas generadas por un contrato bilateral.

3. Un *mismo contrato.* Se requiere que “las dos obligaciones sean creadas por el mismo contrato, no se puede rehusar el cumplimiento de una obligación nacida de un contrato, con motivo de que el acreedor no ha cumplido una obligación nacida de un contrato diferente”.³⁸

La procedencia del mismo contrato da lugar a la excepción de contrato no cumplido y excluye la compensación que requiere de créditos líquidos y exigibles; en cambio el origen en contratos diversos determina que sea procedente la compensación y excluye a la excepción de contrato no cumplido;³⁹ esto es en virtud de que la compensación precisa que las obligaciones recíprocas tengan por objeto bienes fungibles, lo que es posible cuando las obligaciones correlativas provienen de diferentes contratos, pero en cambio, si las obligaciones recíprocas derivan de un solo contrato bilateral, como la compraventa, su objeto



no es un bien fungible en ambas obligaciones, lo que hace improcedente a la compensación y procedente a la excepción de contrato no cumplido.

4. Incumplimiento *de ambos deudores*: Es necesario que ninguno de los deudores haya cumplido con su obligación y, a pesar de tal incumplimiento recíproco, uno demanda al otro el cumplimiento de la obligación a su cargo, sin haber cumplido la propia que ya es exigible⁴⁰ por lo que el demandado se ve en la necesidad de oponer esta excepción.

5. *Obligaciones exigibles*. Por esta excepción se faculta a una de las partes para que se niegue a cumplir su obligación exigible en virtud de que la otra parte tampoco ha cumplido la suya, también exigible; pero como las obligaciones sujetas a plazo no son exigibles mientras está pendiente de vencer, si una obligación es exigible y la otra no lo es debido al plazo, en tal supuesto, el deudor de la obligación exigible no puede negarse a pagar porque no se le ha pagado la correlativa que todavía no es exigible.⁴¹

D) Efectos

Los efectos normales son dilatorios y no extintivos, razón por la cual se le califica de excepción dilatoria, pues no tiene por fin la extinción de las obligaciones recíprocas generadas por el contrato bilateral, sino únicamente persigue diferir su cumplimiento; en tal virtud, el cumplimiento de la obligación del perjudicado queda condicionado al cumplimiento de la obligación correlativa incumplida⁴² y en el caso de que ésta se cumpla quedará sin materia la excepción de contrato no cumplido, por lo que, el perjudicado ya no podrá invocarla;⁴³ pero si se vuelve definitivo el incumplimiento de la obligación correlativa incumplida, entonces deberá absolverse al perjudicado que invocó la excepción de contrato no cumplido, produciendo en este supuesto efectos extintivos, pues la absolución del perjudicado extinguirá las obligaciones recíprocas creadas por el contrato bilateral.

La solución anterior es correcta en el Derecho mexicano, para el caso en el que el deudor demandado se concrete a oponer la excepción de contrato no cumplido, sin reconvenir a su deudor recíproco él cumplimiento de la obligación correlativa, pero esto

no ocurre en otros ordenamientos, así en el Derecho alemán la solución es diferente, pues ante la excepción de contrato no cumplido, se condenará al contratante actor a cumplir la obligación a su cargo incumplida y que es correlativa de la obligación cuyo cumplimiento se ha reclamado al demandado, quien a su vez también será condenado al cumplimiento de su obligación, de tal modo que se ejecuten simultáneamente las prestaciones a cargo de ambos contratantes.⁴⁴

4. P.

QUINTANILLA, García Miguel Ángel.
Derecho de las obligaciones,
Actualizado con Jurisprudencia y
Ejecutorias,
3ª edición., México,
Cárdenas Editor Distribuidor, 1993.
págs. 227-228.

4.4. Teoría de los riesgos.

4.4.1. El riesgo de la cosa y el riesgo del contrato.

1. LAPERDIDA DE LA COSA.- La pérdida total de la cosa puede acontecer en los siguientes casos:

- a) Cuando se destruye materialmente, ejemplo: se incendia la cosa;
- b) Cuando la cosa queda fuera del comercio, ejemplo: la cosa es objeto de una expropiación;
- c) Cuando no se tiene conocimiento de su paradero, o conociéndolo existe una imposibilidad de recuperarla, ejemplo de la primera hipótesis: la cosa extraviada; de la segunda, cuando se sabe que la cosa cayó al mar (ver artículo 2021).

La pérdida fortuita de una cosa que no es objeto de ninguna obligación, se pierde para su dueño, siguiendo el principio: “res perit domino”.

Si la cosa ha sido objeto de una obligación, habrá que distinguir si se trata de una cosa determinada por su género o bien de una cosa individualizada o de cuerpo cierto. Cuando la obligación se ha determinado sólo en



género, se sigue el principio tradicional: “genera non pereunt” es decir, que los géneros no perecen, y por lo tanto el obligado tendrá que reponer la cosa objeto de la obligación con otra del mismo género.

2. EL RIESGO DEL CONTRATO.-La teoría de los riesgos que vamos a analizar en este capítulo, no debe confundirse con la teoría del riesgo creado o de la responsabilidad fundada en el mismo, porque el tema que nos ocupa atañe a las consecuencias de la responsabilidad de ejecutar los contratos, desde luego nos referimos a los contratos con prestaciones recíprocas, dado que los que son con prestaciones a cargo de una sola de las partes, si la cosa perece por caso fortuito, el deudor queda absolutamente liberado.

En los contratos bilaterales o con prestaciones recíprocas, la cuestión de los riesgos es importantísima, ya que si una de las obligaciones se extingue por una causa fortuita que haga imposible su ejecución, la otra obligación debe quedar también extinguida por el principio de reciprocidad.

4. Q.

MARTÍNEZ, Alfaro Joaquín.
Teoría de las obligaciones.
7ª edición.
México, Editorial Porrúa, 2000.
págs. 259-260, 262-268.

Fundamento de la teoría de los riesgos.

IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIR

A) Principio. “Nadie está obligado a lo imposible”

Es imposible el cumplimiento de la obligación, cuando hay hechos inevitables, ajenos a la voluntad del deudor, que impiden en forma absoluta e insuperable la ejecución de la prestación esos hechos ajenos e inevitables que impiden cumplir son el caso fortuito y la fuerza mayor.

El principio mencionado se encuentra establecido en el art. 2111 que dispone: “Nadie está obligado al caso fortuito”.

De lo anterior se desprende que el deudor se liberará de su obligación cuando sea imposible cumplirla por impedírsele un caso fortuito o de fuerza mayor.⁴⁵

B) Definiciones⁴⁶

1. Caso fortuito.
2. Fuerza mayor.

1. Caso fortuito es el acontecimiento natural inevitable, previsible o imprevisible, pero que impide en forma absoluta el cumplimiento de la obligación. Ejemplo: el temblor, la tormenta, la helada.

2. Fuerza mayor es el hecho del hombre, previsible o imprevisible, pero inevitable, que impide en forma absoluta el cumplimiento de la obligación. Ejemplo: la guerra, la huelga, las órdenes de la autoridad.

El caso fortuito y la fuerza mayor deben consistir en una imposibilidad insuperable, pues los hechos que sólo hacen más oneroso el cumplimiento para el deudor no se les conceptúa como caso fortuito o de fuerza mayor; en consecuencia, el deudor no será liberado, pues tales hechos únicamente hacen que se aplique la cláusula *rebus sic stantibus* o teoría de la imprevisión, según la cual es procedente modificar las condiciones de la obligación, para que su cumplimiento sea menos oneroso cuando han cambiado las circunstancias que sirvieron de base para cuantificar las prestaciones.⁴⁷

La diferencia entre el caso fortuito y la fuerza mayor que se establece en las anteriores definiciones no tiene fundamento en el Código Civil, pues es una diferencia doctrinal cuyo fin es hacer una clasificación congruente pero sin que exista una distinción esencial basada en la ley, en atención a que el art. 2455 menciona como caso fortuito, tanto hechos naturales como humanos; en consecuencia, es preciso señalar que el caso fortuito y la fuerza mayor son hechos que tienen los atributos siguientes:

- Ajenos al deudor.
- Independientes de su voluntad.
- Están fuera del control del deudor.
- Inevitables.
- Insuperables.



Por tener los mismos atributos y efectos se considera que son sinónimos el caso fortuito y la fuerza mayor, además de que el código emplea indistintamente estas expresiones al darles un significado equivalente.⁴⁸ En tal virtud, la doctrina reciente ha renunciado a “establecer una distinción general entre caso fortuito y fuerza mayor que tienen el mismo efecto exonerador”.⁴⁹

C) Efectos del caso fortuito y de la fuerza mayor

El principal efecto de estos sucesos es la ausencia de culpa del deudor, efecto que a su vez origina la extinción de la obligación con la consecuente liberación del deudor, quien no incurre en responsabilidad cuando un caso fortuito le impide ejecutar la prestación a su cargo.⁵⁰ Art. 1847, 1948, fracción I, 1968, 1972, 1973, 1974, 1975, 1982, 1997, 201,7, fracciones III y V y 2023, fracción II.

La ausencia de culpa del deudor también puede ser consecuencia de la conducta del acreedor, cuando éste le impide a su deudor que cumpla su obligación, entonces se habla de incumplimiento por hecho o por culpa del acreedor; este supuesto tiene las mismas consecuencias que el caso fortuito. Arts. 1847, 1973, 1974, 1975, 1982, 2017, fracción III y 2013, fracción II⁵¹.

El código Civil al regular los efectos del caso fortuito emplea esta expresión o la de fuerza mayor, así como la de culpa del acreedor o sin culpa del deudor, como se observa en los artículos mencionados en los párrafos anteriores.

D) Responsabilidad a pesar del caso fortuito

Se incurre en esta responsabilidad en los casos siguientes:

Art. 2111.

1. Cuando el deudor contribuyó al riesgo por caso fortuito; ejemplo: si la cosa se destruye en poder del moroso, pues si hubiera cumplido dentro del plazo no hubiera perecido o cuando la deuda de una cosa individualizada procede de un delito, art. 2019.

Respecto a este supuesto, el art. 2111 dice: “cuando ha dado causa o contribuido a el (caso fortuito)”. Es de

opinarse que, si el caso fortuito es un hecho ajeno al deudor, éste no podrá contribuir a él, pues no es posible que el deudor produzca la tormenta, el temblor, la plaga, la guerra, etc., pero sí puede suceder que su conducta sumada al caso fortuito ocasione el riesgo que impedirá cumplir la obligación; en consecuencia, debe decirse: “contribuyó al riesgo por caso fortuito” y no como se expresa el precepto mencionado.

2. Cuando el deudor aceptó expresamente responder de dicho caso.

3. Cuando la ley responsabiliza al deudor del caso fortuito, como sucede en los supuestos siguientes:

a) El poseedor de mala fe, art. 812.

b) El gestor de negocios que hace operaciones riesgosas o que obra el interés propio más que en el interés del dueño, art. 1900.

c) El arrendatario que, por usar la cosa de un modo no conforme con el contrato, ocasiona su pérdida o deterioro, art. 2469.

d) El comodatario que emplea la cosa más tiempo del convenido, o que le da un uso diverso del que corresponde, o que prefiere sacrificar la cosa dada en comodato para salvar la suya, o cuando la cosa ha sido valuada. Arts. 2504, 2505 y 2506.

e) El deudor de una cosa cierta y determinada que la adeuda en razón de un delito, art. 2019.

TEORÍA DE LOS RIESGOS

A) Nociones generales.

La imposibilidad de cumplir produce el efecto de liberar al deudor, pero esta liberación plantea el problema de los riesgos que consiste en determinar quién va a sufrir las consecuencias de la imposibilidad de cumplir, en virtud de que no se ejecuta; la obligación ni se indemnizará; dichas consecuencias dependerá de las cuestiones siguientes:

1. ¿Es unilateral o bilateral el contrato que genera la obligación cuyo cumplimiento es imposible?

2. ¿La obligación que no se puede cumplir tiene por objeto un hecho o una cosa?

3. ¿El contrato generador de las obligaciones es o no translativo de la propiedad?

4. ¿La cosa objeto del contrato está determinada en género e individualmente?



1. En los contratos unilaterales no hay problema, pues la imposibilidad de cumplir libera al único deudor como si hubiera cumplido, consecuentemente el riesgo es para el acreedor.⁵²

Respecto a los contratos bilaterales que crean obligaciones recíprocas a cargo de ambas partes, cuando es imposible el cumplimiento de una de las obligaciones, el deudor queda liberado, pero su liberación ¿se limita a él o se extiende al otro contratante cuya obligación sí es posible cumplir?

Esta interrogante se resuelve diciendo que la extinción de una obligación por imposibilidad de cumplir implica la extinción de la obligación correlativa, en virtud de la interdependencia de las obligaciones recíprocas derivadas de un contrato bilateral, que conduce a que si una parte no puede cumplir su deuda, la otra también se libera de la suya.⁵³

2. ¿La obligación que no se puede cumplir tiene por objeto un hecho o una cosa?

Si el objeto es un hecho que es imposible de ejecutar, la obligación quedará extinguida y se tendrá por cumplida. Arts. 1982 y 1997.

Si el objeto es una cosa, para que sea imposible el cumplimiento de la obligación relativa a esa cosa, es necesario que haya ocurrido la pérdida de dicha cosa, lo cual sucede cuando fortuitamente se destruye, o queda fuera del comercio o desaparece sin que se tenga noticia de ella o aun sabiendo dónde se encuentra es imposible recuperarla. Art. 2021.

Cuando el objeto es una cosa es preciso tratar las cuestiones mencionadas con los números 3 y 4 que anteceden, por tanto hay que considerar si el contrato es o no translativo de la propiedad, así como si la cosa está determinada en género o individualmente.

B) Riesgos en los contratos translativos de la propiedad

Se aplica el principio *res perit domino* (la cosa perece para su dueño), pero como los contratos translativos de dominio tienen por consecuencia el cambio del dueño, al dejar de serlo el enajenante para

volverse el adquirente, es preciso, para saber quién es el dueño al momento de la pérdida de la cosa, considerar las dos situaciones siguientes:

1. Cuando la cosa está individualmente determinada.
2. Si la cosa sólo está determinada en género.

1. Cuando *el contrato es translativo de la propiedad y la cosa está individualmente determinada*, la transmisión de la propiedad se verifica entre los contratantes por efecto del contrato, sin depender de la entrega, art. 2014; por tanto, si conforme al art. 2017, fracción V, es el dueño quien sufre la pérdida fortuita de la cosa, habrá que determinar quién era el dueño al ocurrir el pericimimiento, pues el riesgo es a cargo del que sea el dueño en ese momento;⁵⁴ en consecuencia, si la cosa se pierde antes del otorgamiento del contrato, la pérdida es para el enajenante, que todavía es el propietario, pero si el pericimimiento es posterior al contrato, será el adquirente quien tenga a su cargo el riesgo en virtud de que ya le transmitió la propiedad el enajenante y deberá pagar el precio aunque no haya recibido la cosa, pues el enajenante cumplió su obligación de transmitir la propiedad.

2. *La cosa sólo está determinada en género.* En este supuesto se aplica el principio *genera non pereunt* (los géneros no perecen), arts. 2015 y 2022. En consecuencia, mientras las cosas genéricas no se individualicen no se transmite la propiedad, ni se aplican las reglas del pericimimiento con motivo de la translación de la propiedad; por tanto, es el enajenante quien tiene a su cargo el riesgo de las cosas determinadas en género y que continúa siendo el dueño de las mismas.

C) Riesgos en los contratos no translativos de la propiedad

En estos contratos el art. 2024 dispone que el riesgo será por cuenta del acreedor.

Ejemplo: en el contrato de depósito de una cosa individualmente determinada, el riesgo es para el depositante, que es el acreedor de la cosa; pero por lo que toca al contrato de arrendamiento, la regla no es feliz, pues como expresa Bejarano⁵⁵ hay una “dificultad insuperable” para aplicar la regla porque en el contrato bilateral ambas partes son acreedores queda en pie



el dilema de ¿quién corre el riesgo “el arrendador, el arrendatario?”

En efecto, el arrendador es acreedor de la restitución de la cosa y el arrendatario lo es del uso de la misma.

En estos contratos en los que no se transmite la propiedad de una cosa, no debe entenderse por riesgo el hecho de sufrir la pérdida de la cosa, sino el hecho de sufrir las consecuencias de la inejecución del contrato por un caso fortuito.⁵⁶ Ejemplo: Si por caso fortuito el arrendador de un automóvil no pudo transmitir el uso de tal objeto, ambas partes quedarán liberadas de sus obligaciones de transmitir el uso y de pagar la renta, pero el arrendatario, que es acreedor del uso de la cosa y deudor de la renta, podrá rentar otro automóvil con otra arrendadora; en cambio, el primer arrendador, que es acreedor de la renta y deudor de la obligación de transmitir el uso del coche, dejará de recibir la renta que iba a cobrar, razón por la cual es el arrendador quien sufre el riesgo; es decir, el arrendatario acreedor del uso y deudor de la renta no sufre el riesgo, a diferencia del arrendador acreedor de la renta y deudor del uso que sí sufre los riesgos.

Conforme a este ejemplo, autores franceses⁵⁷ consideran que es el deudor quien sufre el riesgo, refiriéndose al deudor de la obligación de transmitir el uso, es decir al arrendador, que como se vio también es acreedor pero de la renta, lo que hace interesante la observación de Bejarano al señalar que en el contrato bilateral ambas partes son acreedores.

D) Convenio sobre riesgos

Con fundamento en la autonomía de la voluntad y de acuerdo con los arts. 2017, fracción V, 2111 y 2117, las partes pueden regular su responsabilidad en materia de riesgos por caso fortuito o fuerza mayor, ampliando, renunciando o restringiendo esa responsabilidad en las cláusulas de los contratos que celebren.⁵⁸

E) Riesgos en las obligaciones condicionales

Si estando pendiente de cumplirse la condición suspensiva, se pierde fortuitamente la cosa que es objeto de la obligación condicional, dicha obligación será

inexistente, es decir, se considerará que la obligación nunca llegó a nacer, por tanto no existió. Art. 1948, fracción I

V. PRUEBA DEL INCUMPLIMIENTO

De los arts. 281 y 282 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal y 1194 y 1195 del Código de Comercio, se desprende la regla según la cual el que afirma está obligado a probar y el que niega sólo deberá probar cuando su negativa encierra una afirmación; por tanto, el pago o cumplimiento es un hecho positivo que constituye una afirmación y el incumplimiento es una negación, por lo que, corresponde la carga de la prueba del cumplimiento a quien afirma haberlo efectuado, que normalmente será el deudor y sin que el acreedor tenga a su cargo la prueba del incumplimiento por ser un hecho negativo. Este razonamiento relativo a la carga de la prueba del cumplimiento lo confirma la siguiente jurisprudencia de la Suprema Corte de justicia:

Pago o cumplimiento. Carga de la prueba. El pago o cumplimiento de las obligaciones corresponde demostrarlo al obligado y no el incumplimiento al actor.

Sexta Época, Cuarta Parte:

Vol. XIX, Pág. 173. A. D. 2020/58.-Castro Osnaya.-5 votos.

Vol. XIX, Pág. 173. A. D. 3174/58.-Jorge Sayek K--5 votos.

Vol. XXII, Pág. 329. A. D. 5381/57.-Tomás Kasuki.-S votos.

Vol. XXIV, Pág. 149. A. D. 7100/58.-P-aquel Anaya Vda. de Serrano.-Mayoría de 4 votos.

Vol. LXVI, Pág. 35. A. D. 2118/62.-Luz García Lares, Suc.- 5 votos.

La anterior regla general sufre una excepción que se refiere a las obligaciones de no hacer, pues en estas obligaciones el incumplimiento consiste en un hacer lo que se debía omitir, es decir, en este supuesto el cumplimiento es un hecho negativo consistente en la abstención y el incumplimiento es un hecho positivo que consiste en la acción, por tanto este incumplimiento sí amerita ser probado por el acreedor, quien debe demostrar el hecho que el deudor no debió ejecutar y que constituyó su incumplimiento al haberlo realizado.⁵⁹



4. R. QUINTANILLA, García Miguel Ángel.
Derecho de las obligaciones,
Actualizado con Jurisprudencia y
Ejecutorias,
3ª edición., México,
Cárdenas Editor Distribuidor, 1993.
págs. 233-239.

4.5. Saneamiento.

1. NOCIÓN.-Desde el derecho romano la principal obligación de las partes en la compraventa era garantizar una posesión pacífica el vendedor al comprador, pues como se recordará, el vendedor no estaba obligado a transferir la propiedad de la cosa, pero sí a responder frente a su contratante garantizándole una posesión pacífica. Esta obligación de garantía ha sido reconocida en casi todas las legislaciones del mundo. En el derecho romano era una obligación sólo reglamentada para la compraventa e igual trato recibió en el derecho civil francés.

Nosotros le hemos dado a la obligación de garantía o saneamiento, un ámbito de aplicación mayor que el sólo circunscrito a la esfera de la compraventa, según, se puede ver en el contrato de mutuo e inclusive en el arrendamiento, que sin ser traslativo de dominio, en el artículo 2412 fracción IV se establece, que el arrendador está obligado aunque no haya pacto expreso, a garantizar el uso pacífico de la cosa, que significa responder por el saneamiento para el caso de evicción y además, el artículo 2483 fracción VIII que dice: “El arrendamiento puede terminar por evicción de la cosa dada en arrendamiento”.

Con lo antes expuesto, podemos formarnos como noción elemental del saneamiento, la obligación que por su parte tiene el enajenante, de responder frente al adquirente de las perturbaciones jurídicas que éste sufra por terceras personas o por el propio enajenante, teniendo expedida su acción el adquirente para hacerla valer ante los tribunales y reclamarle al enajenante que se haga responsable del hecho ilícito que cometió, al no

transmitirle al propio adquirente una posesión pacífica de la cosa.

El adquirente va a ejercitar ante los tribunales su acción de saneamiento, una vez que haya sufrido la evicción.

2. EVICCIÓN, CONCEPTO.- Evicción viene del latín evictio (de evincere, “despojar”, literalmente “vencer”). Pérdida total o parcial de una cosa por sentencia ejecutoria en razón de un derecho que aniquila al de la adquisición. Nuestro Código Civil en el artículo 2119 ofrece un concepto de evicción, que sugerimos consultar y que con más o menos palabras coincide con la noción que acabamos de apuntar.

3. BUENA O MALA FE DEL ENAJENANTE.- Este inciso explica el contenido de la acción de saneamiento, es decir, al ejercitar la víctima del hecho ilícito, su acción de saneamiento ¿qué tendrá derecho a exigir del enajenante?, la respuesta implica conocer la posición que el enajenante guardó con relación a la evicción es decir, con relación al hecho ilícito. Recordemos, que los artículos 2119 y siguientes que reglamentan la evicción se encuentran inmersos en el capítulo del incumplimiento de las obligaciones y hemos sostenido, que cualquier incumplimiento implica el sometimiento de un hecho ilícito y precisamente en la acción de saneamiento, vamos a estudiar cuál es la posición del enajenante y cuál la del adquirente, pues por tratarse de una responsabilidad civil tiene gran importancia saber dentro de la conducta del enajenante, si éste procedió con dolo, es decir, de mala fe o bien, si procedió de buena fe para posteriormente analizar la posición del adquirente pues éste, bien pudo haber conocido la posibilidad de su privación es decir la ilegitimidad de su adquisición o por el contrario haberla ignorado.

Principiemos por analizar la responsabilidad del enajenante que ha procedido de mala fe, es decir, con intención dolosa, a sabiendas de que la cosa que estaba enajenando era ilegítima, en este caso, el adquirente ¿a qué tiene derecho una vez ejercitada su acción de saneamiento? la respuesta nos la da el artículo 2127: “Si el que enajena hubiere procedido de mala fe tendrá



las obligaciones que expresa el artículo anterior, con las agravaciones siguientes: I.-Devolverá, a elección del adquirente, el precio que la cosa tenía al tiempo de la adquisición, o el que tenga al tiempo en que sufra la evicción; II.-Satisfará al adquirente el importe de las mejoras voluntarias y de mero placer que haya hecho en la cosa; III.-Pagará los daños y perjuicios”.

En cambio si el enajenante es de buena fe, es decir, desconoce la ilegitimidad de la transmisión, bien por falta de precaución o de cuidado, su responsabilidad frente a la víctima del hecho ilícito, es decir, frente al que está ejercitando la acción de saneamiento cambia, para quedar de la siguiente manera, según lo preceptúa el 2126: “Si el que enajenó hubiere procedido de buena fe, estará obligado a entregar al que sufrió la evicción: I. El precio íntegro que recibió por la cosa; II. Los gastos causados en el contrato, si fueren satisfechos por el adquirente; III. Los causadas en el pleito de evicción y en el de saneamiento; IV. El valor de las mejoras útiles y necesarias, siempre que en la sentencia no se determine que el vendedor satisfaga su importe”.

4. BUENA O MALA FE POR PARTE DEL ADQUIRENTE. En el primer caso, cuando es de buena fe el adquirente y desconoce desde luego la ilegitimidad de la cosa, se encontrará debidamente capacitado para ejercitar la acción de saneamiento; pero en el segundo caso, o sea cuando el adquirente sabe que la cosa no es legítima y así la adquiere, la ley siguiendo el principio de que nadie puede hacer valer su propio dolo “*nemo auditur . . .*”, le prohíbe al adquirente en estas condiciones hacer uso de la acción de saneamiento (ver artículo 2140 fracción III).

5.EL PLEITO DE EVICCIÓN Y EL SANEAMIENTO.- Conviene recalcar, que desde el punto de vista procesal son dos causas o pretensiones diferentes, cosa que se explica de manera muy obvia pues en la evicción si imaginamos a un tercero ejercitando su acción reivindicatoria en contra del adquirente, la pretensión del reivindicante será recuperar la propiedad de la cosa, distinta a la pretensión del que ejercita la acción de saneamiento, pues éste como ya ha sufrido la evicción, es decir, la pérdida total o parcial de la cosa, dirige su pretensión a la devolución de lo que hubiere

entregado con el pago de las otras prestaciones que se mencionaron en los artículos 2126 y 2127 según sea el caso. Sin embargo, si bien es cierto que las pretensiones son diferentes, si podemos afirmar, que la acción de evicción es la causa de la otra acción que hemos denominado de saneamiento. Esta relación de antecedente y consecuente, la intuimos de inmediato, cuando el propio legislador en su artículo 2124 ha establecido como presupuesto previo, para la acción de saneamiento, la obligación en el adquirente, luego del emplazamiento respecto del reivindicante, de denunciar de inmediato el pleito de evicción al enajenante, para que éste como tercero interesado obligado al saneamiento para el caso de evicción haga valer las pretensiones y excepciones que tuviere, con objeto de ayudar al propio adquirente, por ser precisamente el responsable de ese juicio reivindicatorio. De tal manera es importante la “*litis denuntiatio*”, que la sentencia le tendrá que parar perjuicios al tercero y si es procedente el juicio reivindicatorio y sufre la evicción a consecuencia de dicho juicio el adquirente el fallo judicial en sus considerandos y resolutivos, tendrá que ordenar y condenar al enajenante tercero llamado a juicio a que indemnice en los términos del artículo 2126 o 2127 al adquirente por haber sufrido la evicción (ver artículo 2125).

El hecho de no cumplir con el presupuesto de la “*litis denuntiatio*” implica, según el artículo 2140 fracción V, la no responsabilidad o irresponsabilidad del enajenante.

6. CASOS QUE SE ASIMILAN A LA EVICCIÓN.- En el párrafo anterior dimos un ejemplo para explicar la evicción y supusimos a un reivindicante en el ejercicio de su acción. Si bien es cierto, que este ejemplo es el clásico para estudiar y explicar la evicción, no es el único, supuesto que no sólo puede ser privado el adquirente de la cosa totalmente, sino en forma parcial y además, la persona que lo moleste en su posesión pacífica, no necesariamente tiene que ser alguien que alegue la propiedad del bien, puede ser un usufructuario, alguien que tenga una servidumbre, un poseedor, e inclusive alguien que tuviera un derecho personal como puede ser el propio arrendador; esto es muy importante, porque todos estos casos se asimilarán



a la evicción. En pocas palabras, podemos resumir los casos de asimilación de la siguiente manera: Cualquier perturbación de derechos que lleven a cabo terceras personas frente al adquirente, obligan a éste a cuidar su posesión pacífica, denunciándole el pleito de la evicción al enajenante, pues bastará la molestia jurídica, para que se asimile o equipare dicho acto a la evicción y su saneamiento.

7. CASOS QUE NO SON DE EVICCIÓN.- Si después de haberse celebrado la adquisición, el adquirente tiene conocimiento de que la cosa era ajena pero el tercero no desea recuperarla, no habrá evicción. Otro caso lo encontramos, cuando el adquirente descubre que la cosa es ajena, pero el enajenante antes de que su adquirente sufra la evicción la adquiere por cualquier título legítimo, desapareciendo así el peligro de la evicción.

En general se puede afirmar que el adquirente cuando es molestado en su posesión por vías de hecho respecto de terceras personas, como el propio adquirente tiene expeditas sus acciones posesorias para repelerlas, tampoco se presenta el caso de la evicción.

8. CASOS DE IRRESPONSABILIDAD DEL ENAJENANTE. Ya hemos mencionado, que el enajenante no responde de la evicción si el adquirente no le denuncia el pleito al propio enajenante y si el adquirente es de mala fe. Aparte de estos dos casos como ya lo apuntábamos, el artículo 2140 contempla los siguientes: I.-Por convenio expreso entre las partes; IV.-Si la evicción procede de una causa posterior a la enajenación no imputable al que enajena, o de hecho del adquirente, ya sea anterior o posterior al mismo acto; VI.-Cuando el adquirente y el tercero reclamante transigen o comprometen el negocio en árbitros sin consentimiento del enajenante; VII.-Cuando la evicción tuvo lugar por culpa del adquirente. Es muy importante este último caso, porque encierra todo el problema de los hechos ilícitos, al disponer que en caso de culpa del adquirente, no procederá la evicción. Debemos recalcar que esa culpa del adquirente le compete probarla al enajenante.

9. EL SANEAMIENTO POR EVICCIÓN PARCIAL.- Como ya dijimos al dar el concepto de evicción, ésta puede ser total o parcial, según que el adquirente se vea privado del todo o parte de la cosa, en este último caso tendrá derecho el adquirente a la acción de saneamiento por la evicción que hubiere sufrido. A continuación mencionamos un caso típico de evicción parcial, que contempla el artículo 2138: “Si la finca que se enajenó se hallaba gravada, sin haberse hecho mención de ello en la escritura, con alguna carga o servidumbre voluntaria no aparente, el que adquirió puede pedir la indemnización correspondiente al gravamen o la rescisión del contrato”. Este caso se equipara al de evicción parcial, igual que cualquier otro en donde imaginemos a un tercero con mejor derecho que el adquirente y que lo prive no sólo de la propiedad, sino del uso o del usufructo o de la propia tenencia, todo ello siempre y cuando fueren molestias jurídicas.

Literalmente, el artículo 2134 reconoce, que el adquirente que sólo fuere privado por la evicción, de una parte de la cosa adquirida, se observarán las reglas establecidas en el capítulo del saneamiento, pudo ser, que el adquirente prefiriese la rescisión del contrato. Cuando el legislador se refirió a la posibilidad de escoger la rescisión del contrato, debió referirse a la acción “*quanti minoris*”, o sea, que se pudiera elegir la aplicación de las reglas del saneamiento, o bien, solicitar una disminución del precio.

10. MODIFICACIÓN CONVENCIONAL DE LOS EFECTOS DE LA EVICCIÓN.- Por convenio entre las partes se puede renunciar la acción de saneamiento para el caso de evicción. Sin embargo, habrá que tomar en cuenta las siguientes consideraciones.

a) Si sólo se renunció lisa y llanamente a la acción de saneamiento para el caso de evicción, habrá que interpretar, que únicamente se ha renunciado a todos los accesorios que indican los preceptos, pero no al precio.

b) Como no se afecta el orden público, pensamos que puede renunciarse también en forma expresa al pago del precio siempre y cuando así se diga en forma textual.



Además de las reglas anteriores, habrá que tomar en cuenta, la siguiente: Es ilegal cuando el enajenante proceda de mala fe el pacto o convenio de renuncia al saneamiento para el caso de evicción, la razón nos la da el propio legislador en el artículo 2122, porque no puede ser cómplice del hecho ilícito. Lo establecido en el artículo anterior, coincide con las reglas sobre responsabilidad contractual contenidas en el 2106, porque volvemos a insistir, el hecho ilícito no puede tener una consagración jurídica.

Habrà que tomar en cuenta por último, que cuando ambas partes procedan de mala fe no habrá lugar a la acción de saneamiento para el caso de evicción.

4. S. BEJARANO, Sánchez Manuel.
Obligaciones civiles.
5ª Edición.
México, Colección Textos Jurídicos
Universitarios, Oxford University
Press, 2002.
págs. 318, 320-323.

Requisitos de la evicción.

Elementos de la evicción

El art. 2119 antes transcrito los señala. Son tres:

1. Privación total o parcial que sufre el adquirente de una cosa;
2. Por sentencia que cause ejecutoria, y
3. Fundada en un derecho anterior a la adquisición.

A falta de cualquiera de estos requisitos no habrá evicción ni, por ende, saneamiento:

- si el adquirente sólo es víctima de amenazas de ser privado de la cosa, pero no llega a ser desposeído;
- si fuere privado de ella por vías de hecho, o la entregó al demandante de una acción judicial, antes de ser condenado por sentencia firme (art. 2140, frac. VI), y
- si resulta desposeído de la cosa con base en un derecho posterior a su adquisición, caso en el cual la causa de su privación sobrevino cuando la cosa ya era

propiedad del adquirente y de nada podría culpar al enajenante (art. 2140, frac. IV).

Efectos del saneamiento por evicción. La venta en remate.

Adquisición en pública almoneda

Un caso particular de limitación legal a los efectos del saneamiento es la adquisición en remate judicial. El que adquiere en pública almoneda por venta judicial, al sufrir la evicción sólo tiene derecho a recobrar el precio que pagó por la cosa. El efecto se explica en razón de que el enajenante fue el juez que provocó la enajenación forzada, no así el presunto propietario de la cosa, quien no pudo obrar de mala fe (art. 2141 del CC).

4.5.2. Saneamiento por defectos o vicios ocultos o redhibitorios de la cosa. Los vicios redhibitorios. Requisitos.

16.2 Saneamiento por vicios ocultos

El que transmite una cosa tiene el deber de conceder una posesión útil de ella, pues todos los bienes conceden a sus poseedores ciertas ventajas o provechos, y el adquirente de una cosa espera que ésta sirva para el fin de su destino.

Si el bien transferido tiene defectos o imperfecciones indetectables de inmediato y que disminuyen o eliminan su utilidad, se dice que tiene *vicios ocultos*.

En los contratos conmutativos, el enajenante está obligado al saneamiento por los defectos ocultos de la cosa enajenada que la hagan impropia para los usos a que se la destina, o que disminuyan de tal modo este uso, que al haberlo conocido el adquirente no hubiere hecho la adquisición o habría dado menos precio por la cosa (art. 2142).

El saneamiento

El adquirente de una cosa inservible, que no satisfará por ello el propósito de su adquisición,



tiene derecho a ser indemnizado (saneamiento). Ese saneamiento puede consistir:

- Ya en la resolución del contrato, con sus efectos de restitución de la cosa y del precio (que es propiamente un restablecimiento a la situación anterior al contrato) mediante la acción redhibitoria (de *redhibere*, “devolver”).

- O bien, en una reducción del precio (que es propiamente una indemnización en dinero de la deficiencia de la cosa) mediante la acción estimatoria o *quanti minoris*.

En los casos del art. 2142, puede el adquirente exigir la rescisión del contrato y el pago de los gastos que por él hubiere hecho, o que se le rebaje una cantidad proporcionada del precio, a juicio de peritos (art. 2144).

Adviértase que, como el *saneamiento es una indemnización*, el resultado que persiguen las acciones edilicias redhibitoria y *quanti minoris*, corresponde a *las dos formas de indemnizar* que se estudiaron precedentemente (véase el cap. 12, 12.4): el restablecimiento de la situación anterior al hecho dañoso, por la acción redhibitoria, y la reparación del daño con una prestación pecuniaria mediante la acción *quanti minoris*.

Requisitos de los vicios ocultos

Son necesarios tres requisitos:

- Trasmisión de una cosa ya viciada;
- Que esos vicios eliminen o disminuyan la utilidad de la cosa, y
- Que tales vicios no sean ostensibles.

1. Los defectos o vicios de la cosa deben preexistir en el momento de la transmisión. Se presupone que ya afectaban a la cosa antes de efectuado el acto jurídico y, por tanto, el enajenante debió haber transmitido una cosa ya viciada.

Si los vicios sobrevinieron cuando el objeto ya estaba en poder del adquirente, éste no podrá quejarse de ello, porque no podría atribuir responsabilidad

alguna al *tradens*. La cosa se habría viciado cuando ya era suya y, como dueño, deberá resentir y soportar los daños experimentados por sus cosas, a menos que pueda atribuirlos a una conducta ajena antijurídica y culpable (hecho ilícito).

2. Los vicios de la cosa deben ser graves, al punto que disminuyan o supriman la utilidad de las cosas. Todas las cosas se adquieren para que presten alguna utilidad o ventaja a su propietario o titular. Todas sirven objetivamente para algo: a cada especie de cosas le es inherente una utilidad objetiva. En principio, debe atenderse al destino normal práctico de las cosas para estimar su utilidad o inutilidad. Sin embargo, el convenio de las partes puede dar cabida a declaraciones que destaquen la espera de ventajas particulares y subjetivas en la cosa, a falta de las cuales cabe ya una acción por vicios ocultos o de nulidad por error.

Ejemplo

Compré un refrigerador porque el vendedor me aseguré que congela 10 kilogramos de cubos de hielo cada media hora, lo cual no ocurrió en la práctica. Si la propaganda fuera veraz, el aparato adquirido tiene algún vicio oculto y si no, fui víctima de un error provocado por dolo.

3. Los vicios no han de ser aparentes y ostensibles, de manera que no fueren conocidos por el adquirente ni pudieren serlo. Si hubieren podido ser detectados de inmediato por el *accipiens*, la decisión sería que adquirió la cosa a sabiendas de sus defectos o que incurrió en culpa al dejar de examinarla detenidamente, casos ambos en los cuales se le niega la acción.

No basta que los defectos estén encubiertos, si el adquirente es un perito en la materia que debió advertirlos:

El enajenante no es responsable de los defectos manifiestos o que estén a la vista ni tampoco de los que no lo están si el adquirente es un perito que por razón de su oficio o profesión debe fácilmente conocerlos (art. 2143).



4. T. MARTÍNEZ, Alfaro Joaquín.
Teoría de las obligaciones.
7ª edición.
México, Editorial Porrúa, 2000.
págs. 334, 336-338.

La acción redhibitoria y la quanta minoris.

a) Acción redhibitoria

Mediante esta acción el adquirente demanda la rescisión del contrato, más el pago de los gastos que hizo con motivo de su celebración. Art. 2144. Rescisión que implica a la recíproca restitución del precio y de la cosa.¹⁵

b) Acción estimatoria

También llamada *quanti minoris*. Por medio de esta acción, el adquirente reclama que se le rebaje una cantidad proporcionada del precio, a juicio de peritos. Art. 2144.

Lo congruente es que el adquirente ejercite “la acción redhibitoria cuando la cosa es completamente no apta al uso al cual era destinada”, en cambio “elegirá la *quanti minoris* cuando el uso de la cosa solamente ha disminuido”,¹⁶ pero cuando el adquirente eligió alguna de las dos acciones, no puede ejercitar la otra sin el consentimiento del enajenante. Art. 2146.

Los vicios ocultos en animales.

XII. VICIOS OCULTOS ESPECÍFICOS EN ANIMALES

a) Enajenación conjunta de varios animales:

Sea en un precio alzado, global, o señalando a cada uno su precio. En este caso, el vicio de un animal sólo da lugar a la redhibición de éste y no respecto a los demás; salvo que se deduzca que los animales constituyen una unidad conceptual y, por tal razón, no se hubiera hecho la adquisición del sano sin el afectado por el vicio, o que la enajenación fuese de un rebaño y el vicio fuere contagioso. Art. 2150.

b) *Constituyen una unidad conceptual, no material:*

El tiro, la yunta, la pareja, el rebaño, etc.; en consecuencia, se presume que el adquirente no tenía voluntad de adquirir uno solo de los animales sin los demás, aunque se haya señalado un precio separado a cada uno. Art. 2151.

c) Responsabilidad del enajenante:

Este es responsable cuando el animal muere dentro de los tres días siguientes a su adquisición, salvo que se demuestre, mediante juicio de peritos, que la enfermedad se contrajo después de la enajenación. Art. 2153.

En este caso y en virtud de que el que afirma debe probar, la carga de la prueba corresponderá al adquirente y al enajenante en los términos siguientes: el adquirente deberá probar que la enfermedad existía antes de la enajenación; en cambio, el enajenante deberá demostrar que se contrajo con posterioridad.

d) Prescripción negativa:

La acción redhibitoria por vicios ocultos de animales, enajenados individualmente, por yuntas o como ganados, prescribe en veinte días contados desde la fecha del contrato. Art. 2155.

Convenio sobre saneamiento por vicios ocultos.

VIII. CONVENIOS SOBRE LA RESPONSABILIDAD POR VICIOS OCULTOS

Según el art. 2117, las partes pueden regular por convenio la responsabilidad civil; en consecuencia, es posible regular contractualmente la responsabilidad por estos vicios; en tal virtud y en concordancia con el art. 2117, el art. 2158 faculta a las partes para “restringir, renunciar o ampliar su responsabilidad por los vicios redhibitorios, siempre que no haya mala fe”.



4. U. Código Civil comentado. T. V.
Instituto de Investigaciones Jurídicas
UNAM, 1993.

Los vicios ocultos en cosas de fácil descomposición. La venta en remate.

ARTICULO 2161. El adquirente de la cosa remitida de otro lugar que alegare que tiene vicios redhibitorios, si se trata de cosas que rápidamente se descomponen, tiene obligación de avisar inmediatamente al enajenante, que no recibe la cosa; si no lo hace, será responsable de los daños y perjuicios que su omisión ocasione.

Este artículo se refiere a la hipótesis de cosas remitidas de otro lugar, respecto de las cuales el adquirente afirma que tienen vicios y si además se trata de cosas que rápidamente se descomponen, el mismo adquirente debe dar aviso inmediatamente al enajenante de que no las recibe. Si no cumple con esta obligación, que le impone la ley, será responsable de los daños y perjuicios que ocasione. El incumplimiento de esa obligación, es un hecho culposo y como tal es fuente de responsabilidad civil, que da derecho a exigir el pago de daños y perjuicios.

Los daños y perjuicios que puede causar el adquirente con su abstención, son los que sufra el enajenante por la dilación en aviso de negativa a recibirlas, que le impidan a aquél, resarcirse a su vez de un tercero de todo o parte del valor de la cosa viciada, o de sufrir pérdida menor con el envío oportuno del aviso.

ARTÍCULO 2162. El enajenante no tiene obligación de responder de los vicios redhibitorios, si el adquirente obtuvo la cosa por remate o por adjudicación judicial.

La responsabilidad por vicios ocultos no tiene lugar, si el adquirente obtuvo la cosa en remate o por adjudicación judicial. Los motivos de esta excepción a la regla contenida en el a. 2142, suelen encontrarse

en que las ventas judiciales no admiten mala fe en el enajenante y en que los interesados para hacer postura, gozan de la más amplia libertad para cerciorarse de las condiciones de los bienes que se rematan y en la situación especial del enajenante, que no toma parte activa en la enajenación.

Esta disposición es criticable, pues no hay razón valedera que justifique la solución dada. Pensamos que el hecho de la publicidad del remate y de la no intervención activa del enajenante en los remates y adjudicaciones judiciales, lo deben eximir de pagar daños y perjuicios, por presumirse que no pudo obrar de mala fe, pero no deben excluirlo de responder por los vicios ocultos, y por lo tanto, del deber de proporcionar una posesión útil. Con buen criterio el CC español (a. 1489) dispone que en las ventas judiciales nunca habrá lugar a la responsabilidad por daños y perjuicios; pero sí a exigir la rescisión o la disminución del precio, si la cosa tiene vicios ocultos. (Véase Manresa y Navarro, *Comentarios al código civil español*, Madrid, Reus, 1969, t. X, vol. 1, p. 352).

4. V. BEJARANO, Sánchez Manuel.
Obligaciones civiles.
5ª Edición.
México, Colección Textos Jurídicos
Universitarios, Oxford University
Press, 2002.
págs. 289-297.

4.6. Resguardos del crédito como activo patrimonial (protección del derecho del acreedor).

14.4 El derecho de retención

Este derecho es otra de las posibles defensas del acreedor y consiste en la facultad que tiene de resistirse a devolver una cosa propiedad de su deudor, mientras éste no le pague lo que le debe en relación con esa misma cosa.

El relojero que reparó el reloj de usted o el mecánico que le arregló su automóvil, tienen la facultad de negarse a devolver la cosa mientras no les sea pagado



el precio del trabajo efectuado, como lo tiene el hotelero para conservar el equipaje del turista, o el porteador respecto de las cosas que ha transportado, mientras no le sea cubierto el precio de los servicios prestados.

Ventajas del derecho de retención

La utilidad que esta medida tiene para el acreedor, es doble. Por una parte, ejerce presión sobre el deudor, quien estará privado de la cosa retenida y de los beneficios o provechos que le puede proporcionar ésta, mientras no pague la deuda. Por la otra, la posesión de ella da al acreedor una mayor seguridad al facilitarle su embargo y remate para obtener el pago del crédito.

Es ésta una materia de controversia donde los autores no se ponen de acuerdo y que merece una legislación más precisa por parte del *Código Civil para el Distrito Federal*. Hay una gran discrepancia en la doctrina, sobre el dominio de aplicación, naturaleza jurídica y efectos del *ius retentionis*.

Dominio de aplicación

¿En qué casos puede ejercer el acreedor la facultad de retener una cosa ajena mientras no le sea pagado su crédito? En el *Código Civil* argentino existen preceptos que definen el derecho de retención y lo consagran como principio general. El art. 3939 establece: “El derecho de retención es la facultad que corresponde al tenedor de una cosa ajena para conservar la posesión de ella hasta el pago de lo que le está debiendo el deudor por razones de esa misma cosa.”

Por su parte, el art. 3940 declara: “Se tendrá el derecho de retención siempre que la deuda ajena a la cosa detenida haya nacido por ocasión de un contrato o de un hecho que produzca obligaciones respecto al tenedor de ella.”

En el *Código Civil* federal no encontramos preceptos similares, ni siquiera una regulación sistemática del derecho de retención. A lo sumo hallamos disposiciones que hacen aplicación particular del principio a diversos contratos, como en la compraventa, en cuyos arts. 2286 y 2287 se concede

retención al vendedor, y en el 2299, al comprador; en la permuta, el 2328; en el arrendamiento, el 2422 y en el depósito, el 2533 (en éstos, la retención opera sólo judicialmente); para el contrato de mandato, el 2579; el 2644, en el contrato de obras a precio alzado; el 2662, en el contrato de transporte; en el hospedaje el 2669 y en la posesión, el art. 810, frac. II. Para completar el cuadro, vemos que el legislador niega expresamente el derecho de retención en el contrato de comodato (art. 2509) que con toda precisión señala: “Tampoco tiene derecho el comodatario para retener la cosa a pretexto de lo que por expensas o por cualquier otra causa, le deba el dueño.”

A falta de una reglamentación orgánica y de una disposición que establezca el principio general, se cuestiona cuál es, en nuestro régimen jurídico, el radio de acción del derecho de retención. ¿Sólo puede hacerse uso de él en los casos y contratos en que expresamente lo consagra el legislador? ¿Acaso el arquitecto que posee unos planos de su cliente, carecerá de derecho para retenerlos mientras no le paguen el importe de los servicios prestados en relación con dichos planos? ¿o el abogado postulante podrá retener la documentación que el cliente le ha entregado para el trámite de un juicio, hasta que no le sean abonados los honorarios causados por dicho juicio? La interrogante –que también los juristas franceses se han planteado a causa de la imprecisión del *Código de Napoleón* en esta materia– admite dos posibles soluciones:

a) La opinión limitativa o restrictiva que se atiene a la interpretación de la letra de la ley y afirma que el derecho de retención sólo existe en los casos en que el legislador lo ha concebido en precepto expreso, y

b) Las corrientes que postulan la aplicación extensiva del principio a otros casos no regulados, que presentan diversos matices: desde la que afirma que puede ejercer la retención todo acreedor que posea una cosa de su deudor (cosa que ha venido a su poder por cualquier causa), dando así a la retención un alcance que le acerca a la compensación (véase el cap. 22) hasta la que sostiene que sólo es posible retener las cosas del deudor que estén relacionadas con la deuda (*debitum cum re juctum*), acogida por el *Código Federal Suizo de las Obligaciones* (art. 224), pasando por la posición



intermedia de que la retención es posible cuando la deuda y la posesión de la cosa provienen de un convenio o de un hecho lícito (cuasicontrato), postulada por AUBRY y RAU; o de un hecho en general lícito o ilícito, consagrada en el art. 3940 del *Código Civil* argentino transcrito anteriormente.

En mi opinión, se trata de un principio de equidad que debe ser mantenido en todos los casos en que medie la misma razón jurídica. Si se analizan las hipótesis en que el legislador lo ha instituido, se puede ver que se concede ordinariamente para facilitar el cobro de un crédito por la cosa misma retenida, por los gastos hechos en ella o por sus mejoras, o por los daños causados por la cosa. En vista de que donde existe la misma razón debe existir la misma disposición, el derecho de retención preside y domina todas las soluciones particulares recogidas en el *Código* y nada se opone a su reconocimiento expreso en forma general, pues tal es el espíritu del legislador, ya que cuando ha querido limitarlo (contrato de depósito, arrendamiento), o aun negarlo (contrato de comodato), ha tenido buen cuidado de hacerlo expresamente.

En efecto, si la comisión redactora del *Código Civil* hubiere participado del criterio restrictivo, no se explicaría la prohibición al comodatario a ejercer retención sobre la cosa comodada. Ésta resultaría de la falta de autorización expresa.

Esta tesis de la aplicación extensiva ha sido acogida por la jurisprudencia francesa, lo mismo que por los códigos civiles modernos: el suizo, en cuyo art. 224 lo autoriza siempre que exista conexidad entre el débito y la posesión de la cosa (*debitum cum re junctum*) y en nuestro país, “aunque no haya esa relación entre el crédito y el bien del deudor”, por los *códigos civiles* de los estados de Morelos y Sonora, si bien a condición de que el crédito conste en título ejecutivo (art. 1591 del primero de ellos).

Elementos del derecho de retención

Según lo antes expuesto, los elementos son tres:

1. Tenencia de una cosa debida;
2. Un crédito del tenedor de la cosa contra quien exige la entrega, y

3. Cierta vínculo o conexión entre los dos elementos anteriores, o sea, entre el crédito y la cosa (muy destacado, por ejemplo, en el supuesto de que el crédito haya nacido por razón o con ocasión de la cosa) (VIÑAS MEY).

¿Es la retención un caso de justicia privada?

Al ser la retención una abstención autorizada, una negativa lícita que no tiene el alcance de resolver el conflicto ni autoriza al acreedor a pagarse con la cosa detenida o a disponer de ella, sus efectos no llegan a constituir “justicia privada” ni vías de hecho. El acreedor no se hace justicia por mano propia reteniendo, porque retener no es obtener pago, y la justicia, para él, es cobrar su crédito, resultado que, ante la resistencia de su deudor, no logrará por la retención sino por la ejecución forzada (embargo y remate) y con la intervención de la autoridad judicial. La retención es sólo un medio conservativo legal que facilita el embargo.

El derecho de retención y la excepción del contrato no cumplido

Como veremos (cap. 15), en los contratos sinalagmáticos o bilaterales, donde las partes deben cumplir simultáneamente sus prestaciones recíprocas, ninguna de ellas debe exigir judicialmente el cumplimiento de la otra si, a su vez, no ha cumplido o no se allana a solventar su propia deuda.

Así, por ejemplo, en la compraventa el comprador no puede demandar la entrega de la cosa vendida si él se resiste a pagar el precio de ella; si lo hiciere, el vendedor puede oponer a tal pretensión una excepción dilatoria: la excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*), que consiste en negarse a cumplir la prestación mientras la otra parte no cumpla la suya (no entrega la cosa mientras no le paguen el precio) (véase, en el cap. 15, “La excepción del contrato no cumplido”).

Esa negativa a cumplir suele traducirse en el hecho de retener una cosa mientras el acreedor de ella no pague lo que se debe en relación con esa cosa (derecho de retención), de lo cual se sigue que,



frecuentemente, en ambas instituciones, la excepción de contrato no cumplido y la excusa de retener (derecho de retención) tienen un dominio común. En el ejemplo de la compraventa, el vendedor está autorizado a retener la cosa mientras no le sea pagado el precio de ella y, además, si fuere demandado en juicio por la entrega, puede oponer la excepción de contrato no cumplido para aplazar la entrega hasta que le sea pagado el precio.

Como están inspiradas en la misma noción de justicia –fundamento del orden jurídico– el *Código Civil* alemán, con visible propósito de simplificación, incluyó el derecho de retención dentro de la categoría de “excepción de contrato no cumplido” (arts. 273, 274, 320 y 322), aunque para lograr tal propósito lo ha desnaturalizado extendiéndolo a las obligaciones de hacer, y así se puede retener la prestación de un servicio. Por ello, ENNECCERUS lo ha definido como:

El derecho del deudor a denegar su prestación (que también puede consistir, por ejemplo, en una prestación de servicios o en la emisión de una declaración de voluntad) hasta en tanto que una pretensión vencida que le compete contra el acreedor haya sido satisfecha.

Diferencias entre el derecho de retención y la excepción de contrato no cumplido

Son las siguientes:

1. El derecho de retención se refiere tradicionalmente a obligaciones de dar cosas corporales. La excepción de contrato no cumplido opera respecto de cualquier obligación de dar, hacer o no hacer.

2. El derecho de retención funciona fuera de juicio, aun cuando también puede alegarse dentro de él. La excepción de contrato no cumplido es una defensa procesal.

3. El derecho de retención existe aun a falta de contrato (por ejemplo, en la posesión). La excepción de contrato no cumplido sólo se presenta a propósito de un contrato sinalagmático.

Semejanzas

Como obedecen al mismo principio, según se ha apuntado, ambas son excusas contra una pretensión

ajena de entrega, o cumplimiento, de quien ha violado su propio deber jurídico. Tienen un dominio común: el de las obligaciones de dar engendradas por un contrato sinalagmático. En la figura 14.2 se aprecia mejor esto.

Naturaleza jurídica del derecho de retención

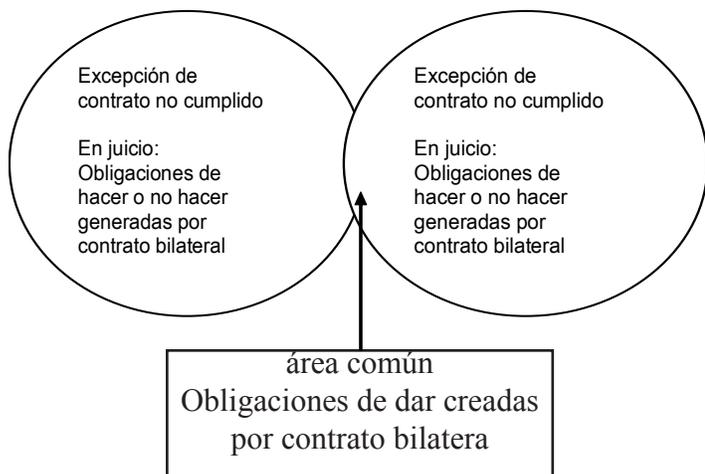
¿Dentro de qué especie de derechos cabe catalogar al derecho de retención? Se ha cuestionado si es un derecho real o un derecho personal y, sin embargo, no es ninguno, pues un examen a fondo de sus características lleva a concluir que se trata de un derecho de naturaleza *sui generis* que no puede ser caracterizado como un derecho real ni como un derecho personal.

No es un derecho real porque el titular del *ius retentionis* carece de la facultad de persecución característica de los derechos reales. El derecho de retención no autoriza a perseguir la cosa si el titular ha sido privado de la posesión. Sólo podría ejercer las acciones posesorias generales, pero su derecho de retención se habrá extinguido por la pérdida de la tenencia, pues no tiene una acción especial para obtener la restitución de la cosa.

Así, por ejemplo, si el relojero que reparó el reloj de usted es privado de la tenencia de la cosa, sin haberle sido abonado el precio, carecerá de facultades para perseguir esa cosa y readquirirla, porque no son éstas un atributo de su derecho de retención (el cual se habría extinguido con la desposesión). Tampoco está provisto de un derecho de preferencia. La retención por sí sola no concede preferencia alguna, salvo la ventaja de tener el bien al alcance para la práctica de un embargo inmediato. El retenedor no tiene más concedida por el derecho que está garantizando la retención. DÍAZ PAIRÓ ha dicho al respecto:



Figura 14.2. Derecho de retención y excepción de contrato no cumplido



El favorecido por el derecho de retención ostenta la calidad de acreedor y como tal tendrá los derechos que en general corresponden a los acreedores; por tanto, podrá pedir el embargo y remate de ese bien, cobrarse con preferencia con el producto de la ejecución, si se encuentra favorecido por la ley con un privilegio o derecho de preferencia; pero todos éstos son efectos del derecho de crédito no propios del derecho de retención.

Por otra parte, tampoco es un derecho personal o de crédito porque, no obstante tener una calidad económica, no incrementa el patrimonio del titular, y los derechos de crédito, en cambio, sí figuran en el activo del patrimonio como un elemento económico que lo acrecienta (salvo los casos excepcionales de prestaciones de objeto no pecuniario). Además, si fuere derecho de obligación, frente a la facultad del retenedor existiría la correlativa obligación del otro (el dueño de la cosa retenida) y éste no está técnicamente obligado a dejar su cosa.

El derecho de retención debe ser distinguido con nitidez del derecho que en su fundamento. Debe recordarse que el acreedor que posee una cosa de su deudor, relacionada con la deuda, es quien tiene el *ius retentionis*. Se concede la facultad de retener al que ya es acreedor. Este crédito es el fundamento de la retención y se concede para facilitar el cobro

del mismo. En tanto que el derecho protegido sí es un derecho personal (en principio), el derecho de retención, derecho protector no lo es porque, como sabemos, el derecho personal es una liga o vínculo entre un acreedor y un deudor determinados o determinables, en virtud de la cual el primero puede exigir del segundo una conducta. Pues bien, en el derecho de retención, el titular de esta facultad no tiene en relación con el mismo derecho (no con referencia al crédito que está protegiendo el *ius retentionis*) un vínculo jurídico con otra persona determinada, ni le puede exigir nada a ésta. Él simplemente realiza su derecho conservando la cosa y no tiene frente a sí a ningún obligado a dejarla en su poder. Un ejemplo aclarará la idea.

Ejemplo

En el contrato de hospedaje, el hospedero tiene la facultad de retener el equipaje del huésped mientras éste no le pague el precio del alojamiento. Esa facultad o derecho no es correlativo de ninguna obligación por parte del huésped, pues éste no está obligado a dejar su equipaje. Está obligado a pagar el precio del hospedaje, pues es en la relación principal, engendrada por el contrato, donde existe un derecho personal.

Por lo anterior, considero que la naturaleza del derecho de retención es diferente de la de los derechos personales y tiene características propias: es un derecho accesorio, que ayuda a hacer efectivo un derecho de crédito; carece de la fuerza y efectividad de un derecho real, como la prenda y la hipoteca, o aun de garantía que no constituye derechos reales como el embargo. Su eficacia es más limitada y mucho menos enérgica, pero sirve para proteger al acreedor y para facilitarle la posibilidad de embargar el bien retenido a fin de obtener una mejor garantía de pago. Lo más propio sería destacar el aspecto pasivo de la retención, no tanto como facultad, sino como excusa: la excusa de retener. El perfil más acusado de la institución es éste: que la presenta como una negativa lícita, “negativa legítima para restituir”, dicen PLANIOL y JOSSERAND, lo cual, por otra parte, es conforme con su origen pues en Roma apareció como una de las manifestaciones de la *exceptio doli*.



Efectos del derecho de retención

El derecho de retención no concede más atributos que la tenencia de la cosa. El retenedor no podrá usarla no obtener ningún aprovechamiento de la misma. Si produjere frutos, de la clase que fueren, deberán ser entregados con la cosa a su dueño al terminar la retención.

Ahora bien, esa tenencia y la negativa a prescindir de ella se oponen frente al propietario (deudor del retenedor), pero también son efectivas ante los acreedores quirografarios de éste. Además, según algunos autores, aun frente a los acreedores privilegiados cuyo crédito fuere posterior a la retención, no impide el embargo (aunque sí la toma de posesión de un tercero) ni aun el mismo remate, pero puede hacerse valer ante el embargante y el adjudicatario, denegándose la entrega de la cosa mientras no se pague el crédito.

“A nuestro juicio –dice BARBERO- tampoco en fase de ejecución podría ser condenado a restituir la cosa mientras no sea satisfecho el crédito por el cual se le ha dado precisamente la retención.”

4.6.2. Acción oblicua. Concepto y naturaleza jurídica. Acreedores a quienes se otorga (legitimación activa). Condiciones de ejercicio. Efectos

14.3 La acción oblicua

Esta acción constituye otra institución protectora del acreedor quirografario al permitirle apremiar a un deudor indolente para que atienda sus propios negocios jurídicos, ejerza sus acciones y haga valer sus derechos, en vías de que mejore su fortuna y adquiera nuevos bienes que acrecienten su patrimonio, que es la garantía del acreedor. Si el deudor asume una actitud pasiva y se abstiene de ejercitar sus derechos, dejándolos caducar o prescribir, sea por tratarse de un sujeto descuidado y abúlico, sea por haber perdido interés en preservar su patrimonio ante el acoso de los acreedores, éstos pueden sustituirlo y hacer valer por él esas facultades jurídicas.

Se llama acción *oblicua*, por oposición a la *acción directa* que el acreedor tiene contra su deudor: en la *oblicua* alcanza al *deudor de su deudor*; “el acreedor sólo llega a alcanzar al tercero por intermedio del deudor” (RIPERT Y BOULANGER).

También se le conoce como acción *subrogatoria* porque produce el efecto de subrogar (sustituir) al deudor por el acreedor que va a ejercitar los derechos de éste frente a un tercero, aunque esa sustitución tiene efectos muy limitados (*véase*, en este capítulo, Utilidad de la acción oblicua).

Diferencia de la acción oblicua con la acción pauliana y con la declaración de simulación

La acción oblicua se da para contrarrestar *actitudes pasivas* del deudor; supone que el deudor ha omitido atender sus propios intereses y que se ha abstenido de obrar. Las acciones pauliana y de simulación combaten conductas activas, hechos positivos del deudor, reales o ficticios, respectivamente.

Por consiguiente, la acción concedida para invalidar una repudiación de herencia que hiciera el deudor, es la acción pauliana y no la oblicua (en contra de ROJINA VILLEGAS). En confirmación de ello se tienen los arts. 1673-1676 *del Código Civil*, que exigen la prelación temporal del crédito y limitan el efecto anulatorio al monto de éste (arts. 1674 y 1675).

Consagración legal

En el derecho mexicano, la acción oblicua ha sido consagrada en el art. 29 *del Código de Procedimientos Civiles*, que señala las condiciones para su ejercicio y dice así:

El acreedor puede ejercitar las acciones que competen a su deudor cuando conste el crédito de aquél en el título ejecutivo y, excitado éste para deducirlas, descuide o rehúse hacerlo. El tercero demandado puede paralizar la acción pagando al demandante el monto de su crédito. Las acciones derivadas de derechos inherentes a la persona del deudor nunca se ejercitarán por el acreedor.

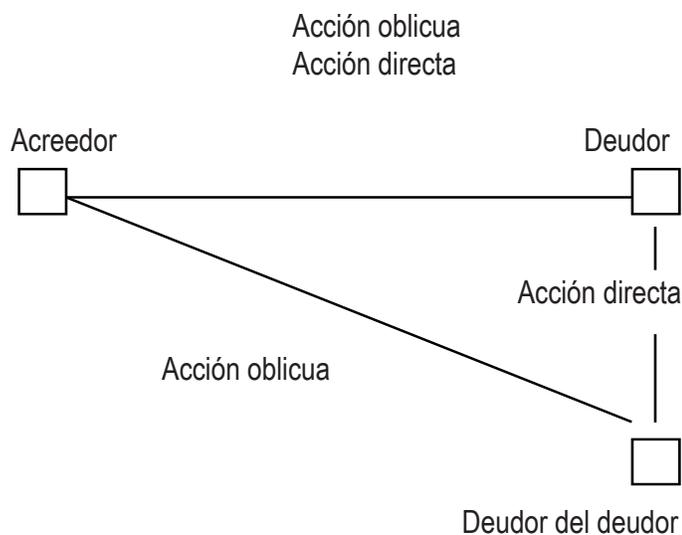


Requisitos de la acción oblicua

De la disposición legal transcrita se desprenden tres requisitos:

1. La naturaleza auténtica del documento comprobatorio del crédito: debe existir un crédito que conste en *título ejecutivo*. Se llama así al documento que trae aparejada ejecución, es decir, que puede provocar inmediatamente una orden judicial de coerción sobre los bienes del deudor. El art. 443 del *Código de Procedimientos Civiles* señala cuáles son títulos ejecutivos y entre ellos figuran los convenios judiciales, el primer testimonio de una escritura pública, cualquier documento privado reconocido por el autor, etcétera.

Figura 14.1. Acción oblicua y acción directa



2. Que el deudor omita ejercitar sus acciones, es decir, que mediante su inactividad esté dejando percer sus derechos y que mantenga esa actitud pasiva pese a ser reconvenido a ejercitarlos, perjudicando a sus acreedores.

3. Que los derechos descuidados por el deudor no sean personalísimos. Hay ciertos derechos vinculados estrechamente a la persona, y respecto de ellos no puede pretenderse el ejercicio de una acción oblicua; por ejemplo, el derecho a percibir alimentos, los derechos reales de uso y habitación, los cuales no pueden ser ejercidos por persona diversa del titular.

Procedimiento

El ejercicio de la acción oblicua o subrogatoria por parte del acreedor está condicionado a que el titular del derecho que se va a demandar se resista a intentarlo él mismo; por tanto, el acreedor debe requerirlo a actuar en tal sentido, intimándolo a que proceda a incoar su acción. Si dejare de hacerlo en un plazo razonable que la *Ley del Distrito Federal* no señala, el acreedor podrá sustituirlo y ejercitar el derecho o la facultad omitidos. El demandado podrá oponer las mismas excepciones que haría valer ante su propio acreedor y ello se explica en razón de que la pretensión ejercitada no ha cambiado, sino sólo la persona del demandante, quien sustituye o subroga al titular del derecho por una legitimación legal para obrar en el proceso y está ejercitando un derecho ajeno. El *Código de Procedimientos Civiles* tampoco indica en qué forma debe hacerse la intimación al deudor para que actúe y, ante su silencio, parece razonable suponer que debe efectuarse judicialmente, para que el juez señale el término en que deberá actuar el deudor.

La ley civil del estado de Morelos -en cuya comisión redactora figuró destacadamente ROJINA VILLEGAS- regula la acción con propiedad, y de ella merece ser enfatizado lo siguiente: deben concederse 30 días al deudor para que intente sus pretensiones, el requerimiento para obrar puede hacerse judicial, notarialmente o ante dos testigos (art. 2300); y, sobre todo, concede al acreedor que intenta la acción un derecho de preferencia para ser pagado con los bienes o las facultades adquiridos del tercero a consecuencia de la acción subrogatoria.

La sentencia favorable obtenida por virtud de la acción intentada por el acreedor, favorecerá a éste, para pagarse preferentemente respecto a los demás acreedores del deudor (art. 2305 del Código Civil de Morelos).

Efectos de la acción oblicua

Esa preferencia, concedida por el *Código Civil* del estado de Morelos al acreedor que se tomó la molestia de ejercitar la acción es una medida justa y razonable. Para constatarlo, basta considerar que el efecto de la



acción oblicua es traer, al patrimonio del deudor pasivo, los bienes o beneficios de que era titular y, una vez obrando en ese patrimonio, podrán ser embargados por sus acreedores. De no concederse privilegio a quien entre todos ellos procuró el beneficio, sería injusto que su esfuerzo fuera para el provecho de otros.

Dicho de otra forma, como la acción subrogatoria sólo tiene efectos conservatorios del derecho del acreedor y no desapodera al deudor de sus facultades, el acreedor que la intenta sólo hace ingresar al patrimonio de éste los beneficios conquistados, no a su propio patrimonio, por lo cual pueden ser objeto de aseguramiento por otros acreedores.

La finalidad de la acción oblicua es preservar los derechos del deudor, propiciar el ingreso de nuevos bienes en su patrimonio con el objeto de asegurarlos cuando ya figuren en el activo.

4. W.

QUINTANILLA, García Miguel Ángel.
Derecho de las obligaciones,
Actualizado con Jurisprudencia y
Ejecutorias,
3ª edición., México,
Cárdenas Editor Distribuidor, 1993.
págs. 253-265, 267-284.

4.6.3. Acción pauliana. Actos atacables por ella.

1 ANTECEDENTE HISTÓRICO .-La acción pauliana fue creada para proteger al acreedor contra el fraude de su deudor, y surgió en Roma a fines de la República introducida por el Pretor Paulo y fue concedida en los siguientes términos: El Pretor decía: “daré durante un año, al curador de los bienes o a cualquiera de otra persona a quien corresponda, acción para hacer revocar todo lo que hubiera sido hecho por un deudor en fraude de sus acreedores con alguien que hubiera tenido conocimiento del fraude, y daré esta acción aún contra el deudor fraudulento”.¹

Los romanos consideraban que el hecho de sustraer intencionalmente sus bienes a las persecuciones de sus acreedores -“*fraus creditorum*”-, concertando con un tercero un acto jurídico, constituía un delito reprimido por una acción penal. En esas condiciones era exigida la mala fe en el deudor y en el tercero “*particeps fraudis*”. Sin embargo, más adelante dejó de exigirse la complicidad del tercero, cuando el acto impugnado era a título gratuito.

En Roma, la acción pauliana no fue de nulidad, sino de reparación del daño, condena pecuniaria, igual al importe del valor de la cosa sustraída a los acreedores; pero esa condena no se pronunciaba, sino cuando las cosas no podían ser repuestas a su estado anterior.

De hecho, la acción pauliana conducía indirectamente a la restitución de la cosa y en su defecto a la condena pecuniaria.

Podemos afirmar, que por llevar a cabo la acción pauliana a la condena pecuniaria, era en Roma una acción personal, que podía convertirse en mixta, es decir, gozar de las características de la real cuando era factible la restitución del propio bien.

Los elementos constitutivos de la acción pauliana eran los siguientes: 1. La calidad de acreedor. 2. El fraude o “*consilium fraudis*” y 3. El daño o “*eventus damni*”.

2. NUESTRO DERECHO.-A grandes rasgos, podemos decir, que la acción pauliana en nuestro derecho no ha sufrido grandes variantes respecto de la concepción romanística. Sin embargo, si desaparece la idea de la constitución de un delito y se substituye el término fraude por el de mala fe. Aún cuando la acción pauliana se encuentre localizada dentro del capítulo I, intitulado “Efectos de las Obligaciones con relación a terceros” y se denomina “De los actos celebrados en fraude de los acreedores”, el concepto que ofrece el legislador no hace referencia al fraude sino a la mala fe, como enseguida lo veremos.



En efecto, los artículos 2163, 2164 y 2165 conceptúan a la acción pauliana sin referirse al fraude y sí a la mala fe.

De la lectura de los preceptos anteriores desprendemos, que la acción pauliana es también en nuestro derecho una acción personal, que puede llegar a ser mixta y que a no dudarlo constituye una acción de responsabilidad civil, tendiente a la reparación del daño, semejante a la del derecho romano.

Como elementos de la acción pauliana encontramos los siguientes:

a) Como toda acción requiere de un interés en el actor, es decir, la existencia de un acreedor que va a proceder en contra de su deudor por los actos jurídicos que haya celebrado precisamente propiciando su insolvencia.

b) Que el acto o actos jurídicos realizados por el deudor, causen un daño o perjuicio al acreedor, estribando el daño en la insolvencia del propio deudor.

c) El crédito del acreedor debe ser anterior al acto impugnado, ya que los acreedores posteriores, es lógico que no pueden contar legítimamente bienes que ya no se encontraban en el patrimonio del deudor al momento de celebrarse el acto.

d) Que si el acto en perjuicio del acreedor es oneroso, haya mala fe en el deudor y en el tercero que contrató con él, consistiendo la mala fe, en el conocimiento que ambos tuvieron de la insolvencia. Si el acto fuere gratuito, procederá la acción aun cuando hubiere habido buena fe por parte de ambos contratantes.

Nuestro Máximo Tribunal en Jurisprudencia que a continuación transcribimos, estableció cuáles eran los requisitos indispensables para la procedencia de la acción pauliana. Sin embargo, le faltó un requisito indispensable que indica el propio artículo 2163, como es, que el crédito del actor sea anterior a los actos impugnados.

“ACCION PAULIANA, REQUISITOS DE LA.-Los requisitos que deben concurrir para que la acción pauliana proceda, son: que de un acto resulte la insolvencia del deudor; que como consecuencia de la insolvencia se cause un perjuicio al acreedor, y que si el acto o contrato fuere oneroso, haya mala fe tanto en el deudor como en el tercero que contrató con él.

JURISPRUDENCIA 4 (Sexta Época), página 30, Sección Primera, Volumen 1, Tercera Sala.-Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965”.

3. ACTOS ATACABLES POR ELLA.- Todos aquellos actos jurídicos de cualquier naturaleza tendientes a propiciar la insolvencia del deudor, son atacables por esta acción. Debemos hacer hincapié en el ámbito de aplicación de la acción pauliana, pues se encuentra limitado a sólo los actos jurídicos realizados por el deudor, de ninguna manera se refiere a actos materiales.

No obstante lo anterior, existen lógicamente algunos actos jurídicos que no son susceptibles de ser impugnados por la acción pauliana, tales como los derechos extrapatrimoniales que pueden ser actos jurídicos relativos al reconocimiento de un hijo. Con este ejemplo, queremos decir, que los actos unidos exclusivamente a las personas como los derechos de la personalidad, no pueden ser impugnados por la acción pauliana, por considerarlos derechos inherentes a las personas.

Debemos aclarar, que será procedente la acción pauliana no sólo cuando los bienes que se encontraban en el patrimonio del deudor salgan del mismo, por actos de enajenación que lleve a cabo el propio deudor, sino también por actos de renuncia de derechos constituidos a favor del propio deudor, desde luego con la salvedad que anotamos de los derechos exclusivos de la personalidad (artículo 2170).

4. LA ACCIÓN PAULIANA SEGÚN SE TRATE DE ACTOS CELEBRADOS A TÍTULO ONEROSO O A TÍTULO GRATUITO.- Ya hemos dicho al analizar los elementos indispensables para la procedencia de la acción, que si se tratare de actos onerosos, tendrá que



existir mala fe tanto en el deudor como en el tercero, o bien en el sub-adquirente y si se tratare de un acto a título gratuito no importa la buena o mala fe de las partes, procediendo siempre la acción pauliana.

Lo anterior, que parece una cosa bien sencilla, resulta en la práctica muy difícil de probar. Recordemos que tanto en materia de obligaciones como de acciones, siempre se presume la buena fe, debiendo de probarse la mala fe por el que la alega. Esto ha hecho pensar a muchos tratadistas, sobre todo procesalistas, que la acción pauliana es prácticamente imposible de ser llevada a los tribunales; cosa en la que estamos de acuerdo; sin embargo, nuestro Máximo Tribunal interpretando al legislador, analizó el problema y comprendió en diversas ejecutorias, que la única solución para la procedencia de dicha acción, viene a ser, la presunción de la mala fe contenida en varios preceptos. Así el artículo 2179 dice: “Se presumen fraudulentas las enajenaciones a título oneroso hechas por aquellas personas contra quienes se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia, o expedido mandamiento de embargo de bienes, cuando estas enajenaciones perjudican los derechos de sus acreedores”.

Para explicar la presunción de la mala fe en el deudor de acuerdo con el precepto antes transcrito, a continuación ofrecemos el siguiente ejemplo: El acreedor cuando se da cuenta que su deudor se niega a cubrir su adeudo, le demanda ante los tribunales el pago del mismo, obteniendo sentencia que causa ejecutoria y después de dicha resolución, el deudor para no cubrirle el adeudo que ya fue reconocido judicialmente, vende todos sus bienes propiciando su insolvencia, procediendo en este caso la pauliana que ejercita el acreedor, sin necesidad de probar la mala fe en el deudor por la presunción que establece el precepto mencionado.

Existen otros casos en que el legislador por su experiencia ha comprobado la existencia de fraudes y establece excepciones a la regla general de la prueba de la mala fe. En efecto el artículo 2172 expresa: “Es también anulable el pago hecho por el deudor insolvente antes del vencimiento del plazo”.

La ley presume que el pago hecho a un acreedor cuyo crédito no ha vencido, propiciando la insolvencia del deudor, implica un acto de mala fe y por lo tanto establece dicha presunción legal.

Otra presunción la encontramos en el artículo 2173 que establece: “Es anulable todo acto o contrato celebrado en los treinta días anteriores a la declaración judicial de la quiebra o del concurso y que tuviere por objeto a un crédito ya existente una preferencia que no tiene”.

Las ejecutorias que interpretan los preceptos anteriores son: La pronunciada en el amparo directo 4109/1956 Gustavo E. Flores M. Resuelto el 11 de marzo de 1957 siendo ponente el Ministro Castro Estrada y Secretario el Lic. Gustavo Rodríguez Berganzo. Igualmente la dictada en el amparo directo 68/61 Aníbal Gutiérrez y coagraviados resuelto el 2 de febrero de 1962 también siendo ponente el Sr. Mtro. Castro Estrada y secretario Lic. Federico Taboada. También la pronunciada en el amparo directo 2608/960 Romeo Pascasio Castellanos, fallado el 21 de abril de 1961 siendo ponente el Lic. Gabriel García Rojas y Secretario el Dr. Raúl Ortiz Urquidi y la dictada en el amparo directo 168/64 Pompeyo Limón Moreno, Ponente: Mtro. Rafael Rojina Villegas.

Aun cuando todas las ejecutorias antes mencionadas son atinadas, pensamos que para hacer verdaderamente efectiva la acción pauliana, habrá que reformar el Código Civil, para que se presuma la mala fe en el deudor.

5. EL CASO DEL SUB-ADQUIRENTE.- Es factible que el tercero que haya adquirido un bien del deudor, en virtud del acto impugnado, lo haya transmitido a su vez a un sub-adquirente. Desde luego el acreedor puede dirigir su acción contra el adquirente, aunque éste no tenga ya en su poder la cosa, pues en este caso tendrá que pagar los daños y los perjuicios. Sin embargo, el acreedor preferirá dirigir su acción en contra del sub-adquirente, quien sí tiene el bien en su poder, y con objeto de reintegrarlo al patrimonio del deudor. A continuación veremos los requisitos que se necesitan para poder ejercitar o estar legitimado en el



ejercicio de la acción pauliana en contra de los sub-adquirentes.

a) Acto oneroso.- Cuando el primer adquirente hubiere adquirido a título oneroso y de buena fe, el acreedor no puede ejercitar su acción en contra de ese adquirente, según se vio en el numeral anterior, y por la misma razón, tampoco podrá ejercitar la acción en contra del sub-adquirente.

Por el contrario, si el primer adquirente estuviere sometido a la acción pauliana, es decir habiendo adquirido a título oneroso pero con mala fe, en este caso, para poder ejercitar la acción en contra del sub-adquirente, habrá antes, que analizar la situación personal de éste, o sea las circunstancias personales en que adquirió, pues para estar legitimado en la acción en contra del sub-adquirente, si el acto fuere oneroso tendrá que existir forzosa y necesariamente la mala fe y a su vez, que al transferirle al sub-adquirente, lo haya hecho a título gratuito, en este caso, se podrá ejercitar la acción pauliana en contra del sub-adquirente aun cuando haya habido buena o mala fe.

b) Acto gratuito.- Cuando el primer adquirente lo hace, a título gratuito, ya hemos dicho que el acreedor tendrá acción en contra de él, sin importar la buena o mala fe y por consecuencia también tendrá acción en contra del segundo adquirente, siempre y cuando también hubiese adquirido a título gratuito y sin importar la buena o la mala fe.

El estudio de los terceros adquirentes o sub-adquirentes se puede sintetizar en una frase: “La seguridad jurídica exige que los terceros de buena fe siempre se encuentren protegidos por la ley”.

El principio anteriormente mencionado lo encontramos plasmado en el artículo 2169.

6. EFECTOS DE LA ACCIÓN PAULIANA.- Los efectos una vez que se ha declarado su procedencia, hacen que las cosas vuelvan al estado en que guardaban antes de la celebración del acto impugnado. Con toda intención no hablaremos ni de revocación ni de nulidad ni de rescisión del acto, pues esto será objeto del inciso

en el que se analice la naturaleza jurídica de la acción pauliana, por el momento bástenos con afirmar, que el acto impugnado desaparece y vuelven las cosas al estado en que guardaban antes de la impugnación, deberá entenderse, en los términos del artículo 2175, que impone la restricción del importe del crédito del acreedor, es decir, la destrucción del acto impugnado no es plena, pues abarca única y exclusivamente hasta el importe del crédito del que haya impugnado el actor, y también, habrá que tomar en cuenta, que se trata de una acción personal y por tanto, sólo es en beneficio del acreedor legitimado, del que la ejercita, de ninguna manera se ven beneficiados los acreedores que no hubieren intervenido en el ejercicio de la acción pauliana.

7. CESACIÓN DE LA ACCIÓN PAULIANA.- En cualquier momento puede cesar la acción intentada, es decir, quedarse sin materia, si el deudor satisface su adeudo, o bien, por cualquier título legítimo adquiere bienes con qué poder cubrirlo, (ver para tal efecto, lo dispuesto en el artículo 2174).

8. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN PAULIANA. Llegamos a la cuestión más controvertida de esta materia. Vamos a exponer brevemente las principales teorías que se han esgrimido para explicarla.

A) Teoría de la nulidad.- Esta teoría tiene a su principal expositor en Francia, Laurent, explicando dicho autor que el Código Civil Francés habla de anular. Agregando Demogue, que no se trata de una acción de nulidad lisa y llana, sino de una nulidad “sui generis” cuya función jurídica, es reparar al acreedor defraudado el perjuicio que le han causado su deudor y el tercero de mala fe. Entre nosotros Borja Soriano sostiene:² “No cabe duda, pues, que nuestro Código de 1928 ve en la acción pauliana una acción de nulidad”; concluyendo su estudio de la siguiente manera: “fundada suficientemente la tesis de que el acto celebrado por el deudor en perjuicio de su acreedor es nulo, quedan en consecuencia inadmisibles las opiniones según las cuales ese acto es rescindible o simplemente ineficaz”.



Para Gutiérrez y González la acción pauliana tiene una doble naturaleza jurídica, unas veces es revocatoria y otras de nulidad. Explica el autor mencionado: “por el contrario, cuando el enajenante y el adquirente contratan con mala fe, el acto de enajenación está viciado, pues los guía un motivo o fin ilícito, como es el de privar a los acreedores del enajenante, de la posibilidad de que en su momento, puedan hacer efectivos sus créditos. De esta forma el acto celebrado entre enajenante y adquirente está viciado desde su inicio, y cuando se intente la acción pauliana, ésta va a nulificar esa operación. Se tratará así de una acción que va a decretar una nulidad y no una revocación”.

Rojina Villegas⁴ sostiene que la naturaleza de la acción pauliana es de nulidad “según lo determina con toda claridad el artículo 2163”.

Igualmente Ortiz Urquidí⁵ opina, “que al recoger nuestro Código civil la doctrina de las nulidades de Bonnetcase habrá que concluir que la acción pauliana es una acción de nulidad”.

Por nuestra parte, pensamos que no se trata de una acción de nulidad, ni siquiera “sui generis”, en primer término, porque dentro de la teoría de las nulidades, no existen las nulidades “sui generis”, sólo existen, la nulidad absoluta, la nulidad relativa y la nulidad de pleno derecho. Lo que sucede, como más adelante lo veremos, es que no se trata de una nulidad especial, sino de una ineficacia especial. “Creemos que el concepto de ineficacia es un concepto más amplio que el de nulidad y lo comprende. Eficacia es la aptitud del negocio para producir los efectos a que tiende. Tal aptitud (ineficacia), no sólo cuantas veces un negocio es inválido (teoría de las nulidades), sino también cuando el negocio es plenamente válido, pero no puede producir ciertos efectos”.⁶

La acción pauliana no es una acción de nulidad, pero sí es una acción que produce un grado de ineficacia que más adelante estudiaremos. Por el momento vamos a demostrar que no puede ser considerada como una acción de nulidad:

I) La acción de nulidad una vez que es declarada por el Juez, produce efectos jurídicos respecto de todos, partes o terceros. La acción pauliana sólo deja sin efecto al acto fraudulento respecto del deudor y del tercero defraudador, pero no respecto de los demás acreedores que no dedujeron la acción. Ver artículo 2175.

II) La acción de nulidad hiere al acto en toda su integridad. La pauliana lo anula únicamente hasta la concurrencia del crédito del acreedor defraudado y lo deja válido en todo lo demás. Ver artículo 2175.

III) Si la acción de nulidad fuese absoluta, tomando en cuenta que se trata de un fraude y que se ha afectado el orden público y las buenas costumbres, debe ser hecha valer por cualquier interesado, y la acción pauliana, sólo se ejercita por el deudor. Si se sostiene que se trata de una nulidad relativa, ésta sólo puede ser producto de un vicio del consentimiento, y en el acto impugnado por la acción pauliana encontramos todos los elementos de validez sin ningún vicio ni imperfección. Además, la nulidad relativa se ejercita única y exclusivamente por el afectado en el acto jurídico y en el presente caso, la acción pauliana la ejercita un tercero no interviniente, como es el acreedor. Por otra parte, los actos afectados con nulidad relativa, pueden ser confirmados y en el caso a estudio, el acreedor que ejercita la acción no puede confirmar un acto en el cual no participó.

B) Teoría de la rescisión.- Los adeptos a esta teoría ven en la acción pauliana una acción rescisoria, acción que sólo por razones históricas conserva todavía hoy el carácter y la función de una acción de resarcimiento del daño.

Es esta la teoría consagrada por el Código Civil Español en su artículo 1291, que a la letra dice: “Son rescindibles: 3º. Los celebrados en fraude de acreedores, cuando éstos no pueden de otro modo cobrar lo que se les deba”.

Esta teoría la consagró nuestro Código Civil de 1884 que en su artículo 1683 preceptuaba: “Los actos y contratos celebrados en perjuicio de tercero pueden rescindirse a pedimento de los interesados en los términos siguientes”.



Evidentemente esta teoría se acerca más a la realidad, que la teoría de la nulidad, pues en materia de rescisión, siempre se parte de un acto plenamente válido, como lo es el acto objetivo de la impugnación de la acción pauliana. Efectivamente, mediante la acción pauliana el acreedor impugna como ya lo hemos dicho, un acto válido, el celebrado entre el deudor y el adquirente y en algunos casos el del sub-adquirente. Sin embargo, y en esto estriba a la crítica fundamental a esta teoría, la rescisión aunque implicando un acto válido, siempre tiene como causa el incumplimiento en alguna de sus formas y en el acto objeto de la impugnación de la pauliana, no existe ningún incumplimiento.

C) Teoría de la reparación del daño.- Esta teoría clasifica a la acción pauliana como una acción de reparación del daño o indemnización del perjuicio. La acción está reservada al acreedor, quien es la víctima de ese acto ilícito que es el acto fraudulento. Esta teoría se apega al derecho romano, y en obvio de repeticiones, para su explicación, nos remitimos al antecedente histórico.⁷

D) Teoría de la revocación y de la indemnización.- Colín y Capitant⁸ sostienen: “La acción pauliana es una acción modelada por los siglos, con el propósito de defender los derechos de los acreedores, respetando, al mismo tiempo, los intereses de los terceros de buena fe. Por esta razón ofrece rasgos característicos que le dan una fisonomía especial. No es ni una acción de nulidad ni una acción pura y simple para la reparación del perjuicio. Tiene algo de una y de otra. . . tiende principalmente a hacer revocar el acto fraudulento a fin de permitir al actor embargar la cosa enajenada. Pero no produce esta revocación más que en aquellos casos en que puede ser obtenida sin lesionar los intereses respetables de los terceros. Así pues, unas veces la enajenación será revocada, y otras la acción producirá una condena a indemnizar daños y perjuicios. Será revocada la enajenación si la cosa se encuentra aún entre las manos del tercero donatario o adquirente a título oneroso de mala fe, o si ha pasado a las de un segundo adquirente que participe, con el tercero de quien tiene la cosa, de una u otra de estas dos cualidades. Por el contrario, si la cosa se encuentra entre las manos de un segundo adquirente a título oneroso, protegido por su buena

fe, no será revocado el derecho de éste; el adquirente primitivo es el único que podrá ser perseguido y será condenado a pagar daños y perjuicios”.

E) Nuestra opinión.- Ya hemos dicho que la acción pauliana es una acción personal que puede llegar a ser mixta y que indudablemente se trata de una acción de responsabilidad civil tendiente a la reparación del daño.⁹

Toda acción de responsabilidad civil tiene una fuente que bien puede ser la contractual, la extracontractual o ambas, en el presente caso, el estudio de la naturaleza jurídica de la acción pauliana es muy importante porque nos permitirá analizar dentro de la responsabilidad civil, el caso de la acumulación de las fuentes o participación de las mismas, tanto de la extracontractual, como de la contractual.

La explicación es bien sencilla, basta recordar que la acción pauliana principia, desde el derecho romano, por el deseo de defraudar a los acreedores no celebrando un contrato directamente por ellos, sino con terceras personas, de tal manera, que ya aparece en ese deseo de defraudar a los acreedores la primera fuente extracontractual, que como hemos dicho, en nuestro derecho implica no tanto la intención fraudulenta, como sí la producción de la insolvencia y esto lo podemos circunscribir a la esfera extracontractual. Al celebrar el deudor los actos jurídicos que están produciendo su insolvencia, entramos a una segunda fuente, que es precisamente el acto de impugnación del acreedor, en concreto, una determinada operación contractual o celebración de un acto jurídico entre el deudor y un tercero.

Ahora bien, el hecho de que nosotros sostengamos a la acción pauliana como una noción de responsabilidad civil procedente de causa extracontractual y contractual, implica nuestro apoyo a la teoría de la reparación del daño, es decir, podemos ubicarnos dentro de esa teoría. Sin embargo, esto no nos impide ver, que sucede con ese acto impugnado. Porque si bien es cierto, que la finalidad es obtener la reparación del daño, podemos analizar al microscopio el acto impugnado, para contemplar qué efectos se producen y cuáles dejan de



producirse con relación a los acreedores, al actor, a los demandados y a los terceros. ¿Qué efectos produce el acto impugnado?, o si se quiere ¿cuál es la situación jurídica del acto que ha sido objeto de la impugnación por el acreedor?

Como ya sabemos, el acto impugnado sólo favorece al acreedor que ha ejercitado la acción pauliana, para él el acto impugnado se vuelve inoponible. Respecto a cualquier tercero el acto impugnado sigue siendo oponible. Para entender esto, ofrecemos el siguiente ejemplo: Imaginemos que ya se dictó sentencia declarando procedente la acción pauliana, dicha sentencia no es una sentencia de nulidad, puesto que si así fuese, los restantes acreedores podrían pretender aprovecharse de esa nulidad. Sin embargo ese acto jurídico impugnado, les es oponible a todos ellos y sólo resulta inoponible al actor, quien ha ejercitado la acción pauliana y al tercero quien contrató con su deudor. En síntesis, podemos afirmar, que la acción pauliana no favorece a los restantes acreedores, todo sucede como si el acto no hubiera sido impugnado para ellos y les sigue siendo oponible.

La inoponibilidad es un grado de ineficacia.

4. X.

QUINTANILLA, García Miguel Ángel.
Derecho de las obligaciones,
Actualizado con Jurisprudencia y
Ejecutorias,
3ª edición., México,
Cárdenas Editor Distribuidor, 1993.
págs. 267-284.

4.6.4. Acción contra la simulación.

1. CONCEPTO DE SIMULACIÓN.-Deseamos aclarar, que la acción contra la simulación, la estudiaremos más adelante, antes, debemos contar con el concepto de la simulación, las clases, sus efectos y después entrar al estudio propiamente de la acción.

A continuación ofrecemos tres conceptos diferentes de lo que debe entenderse por simulación, que a nosotros nos han parecido los más aceptables; señalando desde ahora, que nuestro máximo Tribunal, tiene un concepto de simulación, que es el ofrecido por Ferrara en su obra “La simulación del negocio jurídico”.

Principiaremos con el concepto que nos brinda Emilio Betti¹ “Existe simulación cuando las partes de un negocio bilateral de acuerdo entre ellas –o el autor de una declaración con destinatario determinado en inteligencia con éste– dictan una regulación de intereses distinta de la que piensan observar en sus relaciones, persiguiendo a través del negocio un fin (disimulado) divergente de su causa típica. Fin divergente que: a) Caracteriza un tipo de negocio diferente al simulado, o b) Puede ser de naturaleza contraria, extraña a cualquier negocio.

En la primera hipótesis (a), la simulación se acostumbra a denominar relativa. En la segunda hipótesis (b), en la que la intención práctica de las partes no se dirige a ningún negocio, la simulación se suele llamar absoluta”.

Por su parte Messineo en su Doctrina General del Contrato expresa:² “Existe un contrato que se realiza tan sólo en apariencia; se le da aspecto de realidad, en tanto que en la intención de las partes no es efectivo: y se llama contrato simulado. Bajo éste puede haber (aunque no necesariamente) otro contrato, que, cuando existe, se llama contrato disimulado; o bien existe el hecho de que uno de los dos contratantes es un contratante ficticio, una persona interpuesta, tras la que se esconde el contratante efectivo. Todo esto con arreglo a un acuerdo entre las partes que prepara o acompaña la simulación”

La Suprema Corte de Justicia de la Nación en la ejecutoria 2182 adopta el concepto dado por Francisco Ferrara en su obra “La simulación de los Negocios Jurídicos” , como a continuación lo demostraremos:

“2182. Simulación.- Francisco Ferrara en su obra “La simulación de los negocios jurídicos”, define



la simulación como la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo. De esta definición resulta que lo más característico en el negocio simulado es la divergencia intencional entre la “voluntad interna” y “la voluntad declarada”. Lo interno que es lo querido y deseado entre las partes está en oposición”.

Amparo directo 5964/ 59/ 2ª.- Ignacia Hernández de Cortés y Coags. Enero 10 de 1962.- Unanimidad de 4 votos.- Ponente:Ministro Mariano Azuela.

Tercera Sala. Sexta Época, Volumen LV, Cuarta Parte, pág. 56.

Por nuestra parte pensamos que cualquiera que sea el concepto que se adopte, será aceptable, siempre y cuando existan las siguientes dos características esenciales a la simulación:

a) La divergencia consciente entre la voluntad y la declaración, y b) El llamado acuerdo simulatorio.

2. LA SIMULACIÓN ABSOLUTA Y LA RELATIVA.- De los conceptos ofrecidos por Betti, Messineo y Ferrara, se desprende la diferencia entre simulación relativa y absoluta. En efecto, habrá simulación relativa cuando se crean dos negocios jurídicos, uno ficticio que es el simulado y otro real que es el disimulado, en cambio estaremos en presencia de la simulación absoluta, cuando sólo existe el contrato simulado ficticio y creado por las partes.

Nuestro Código Civil en su artículo 2181 dispone: “La simulación es absoluta cuando el acto simulado nada tiene de real, es relativa cuando a un acto jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter”.

A continuación daremos algunos ejemplos de simulación absoluta y relativa:

Simulación absoluta, practicada en la actualidad por infinidad de empresas con objeto de defraudar al

fisco. La Ley Penal de Defraudación Impositiva en Materia Federal, establece en su artículo 1º fracción I: “Para los efectos de esta Ley, se reputa delito de defraudación impositiva en Materia Federal”, 1. Simular un acto jurídico que imparte omisión total o parcial del pago de impuestos”.

Una empresa, cualquiera que ésta sea, hace aparecer ficticiamente el hecho de haber celebrado un contrato de compraventa sobre determinada mercancía adquiriendo facturas que supuestamente amparan la mercancía objeto de la compraventa, que desde luego hacen aumentar su renglón de gastos, trayendo como consecuencia, la disminución de utilidades y la consiguiente defraudación, no sólo al fisco sino a los trabajadores a quienes nada se les reparte.

Se observará en este ejemplo, que ese contrato de compraventa fue totalmente ficticio y simulado, porque en realidad la empresa no compró nada ni celebró ningún contrato, es decir, creó un negocio jurídico pero sólo con fines tendientes a la defraudación fiscal.

Simulación relativa, también practicada en la actualidad, y que tiene por objeto defraudar al fisco. La citada Ley Penal de Defraudación Impositiva en Materia Federal en su artículo 1º. pero ahora en fracción II textualmente dispone: “Declarar ante las autoridades fiscales, ingresos o utilidades menores que los realmente obtenidos, o hacer deducciones falsas en las declaraciones presentadas para fines fiscales” .

En un contrato de prestación de servicios profesionales, el profesional con objeto de defraudar al fisco, lo simula con otro contrato también para dividir en un 50% su cobro de honorarios, lo que traerá como consecuencia, en su declaración, una disimulación de sus utilidades en un 50%, eludiendo con ello precisamente el pago de sus impuestos.

En este caso se observará que existen dos contratos de prestación de servicios profesionales, uno simulado para defraudar al fisco y otro real.

La simulación relativa puede afectar no sólo al contrato en su totalidad, sino a sus elementos



singulares o accesorios, es decir, se puede simular la fecha, que en realidad sea distinta a la indicada, o que se deje en blanco, o que se ponga después de otra fecha diferente etc.; igualmente puede, en este orden de ideas, disfrazarse el monto de la retribución, por ejemplo, que se declare una medida diversa de la realidad, o también, pueden simularse algunas de las cláusulas del contrato, en tanto que otras pueden ser efectivas.

Por último, diremos que la simulación no siempre se encuentra prohibida, ni siempre es ilegal, todo ello porque el fin no siempre es ilícito. Enseguida ofrecemos un ejemplo de una situación permitida por la propia Ley: se simula un contrato de arrendamiento estipulándose que al término del mismo, la propiedad del bien pasa al arrendatario, en compensación a los alquileres o rentas convenidas y pagadas. Es evidente, que el arrendamiento en este caso es un contrato simulado y en realidad, lo que las partes quisieron pactar, fue un contrato de venta con reserva de dominio.

Los autores observan en este ejemplo el caso típico del negocio jurídico indirecto.

3. SUS EFECTOS.- Este tema atiende a la naturaleza jurídica de la simulación, es decir, una vez que la simulación se presenta, cuáles son los efectos que se van a producir, una nulidad relativa del acto aparente, una nulidad absoluta, una inexistencia o algún otro grado de ineficacia.

Los puntos de vista que a continuación exponemos, fueron tomados de la obra de Borja Soriano:³ “En el Derecho Portugués.- Cunha González sostiene que en cuanto al acto aparente, la simulación produce una nulidad relativa de carácter especial. Cunha González sostiene que en cuanto al acto aparente, la simulación produce una nulidad relativa de carácter especial que debemos designar con el término rescindibilidad. En contra de este parecer Alves Moreira dice que cuando es la intención de las partes no realizar acto alguno, ninguna obligación queda existiendo en ellas y cuando la intención es realizar otro acto, el acto simulado no debe producir efectos. Quiere decir que para Alves Moreira en los casos de simulación absoluta y de simulación relativa el acto aparente es inexistente.

En el Derecho Italiano.- Butera afirma que: “El acto simulado de modo absoluto es un acto jurídico inexistente” y hablando del acto simulado de modo relativo agrega que lo que se simula no vale nada.

Ferrara expone que: “El acto absolutamente simulado es nulo. . . si las partes hubieran querido confirmar o llevar a ejecución esta apariencia de acto, sería también nula tal confirmación, porque ésta presupone un acto existente aunque defectuoso, e improductiva de consecuencias jurídicas la ejecución voluntaria, ya que no puede ponerse en ejecución lo que no existe. . .” Pasemos ahora a estudiar los efectos de la simulación relativa. . . también aquí la simulación tiene por efecto la nulidad del acto aparente. “Si la simulación no afecta por entero al acto jurídico, sino a una parte del mismo, quedando reducida a determinada cláusula o modalidad, la nulidad (nosotros diríamos la inexistencia) será parcial; es decir, perderá su eficacia la parte no verdadera del contrato”.

En el Derecho Francés.- Colín y Capitant se expresan así: “La acción sobre declaración de simulación no es, pues, ni una acción de nulidad, ni una acción de reparación del perjuicio. Es una acción sobre declaración de inexistencia”.

En Derecho Mexicano, el propio Borja Soriano, siguiendo la tesis de Saldaña Villalba llega a la conclusión de que en la simulación como las partes no han querido el acto aparente por la ausencia de voluntad, ese acto es inexistente.

Por su parte, Gutiérrez y González⁴ distingue según se trate de simulación absoluta y de simulación relativa: “La acción contra la simulación como acción de inexistencia.- Cuando los acreedores ejercitan esta acción e impugnan un acto simulado absoluto, piden al juez que se declare en la sentencia que nunca existió la operación que se impugna, y una vez que ello se le prueba a la autoridad judicial, el juez lo único que dirá en su sentencia, es que se constata la inexistencia del pretendido acto, y que no se produjo efecto jurídico alguno. La acción contra la simulación como acción doble de inexistencia y nulidad.- Por el contrario de lo apuntado en el apartado anterior, cuando se intenta la



acción contra un acto simulado relativo, la declaratoria judicial deberá ser tanto de inexistencia como de nulidad, pues en verdad como ya se dijo, hay dos actos, el aparente y el verdadero que está secreto, y a éste le falta la forma que la ley establece para los de su categoría”.

Por nuestra parte, pensamos que los efectos no corresponden ni a la inexistencia ni a la nulidad absoluta ni a la nulidad relativa, sino que la simulación, sea absoluta o relativa, es un grado de ineficacia que precisamente se denomina simulación. Es decir, creemos que una vez que se presente la simulación estaremos frente a un grado de ineficacia con sus propios efectos jurídicos, que no se encuentran dentro de la teoría de las nulidades, pero sí dentro de la teoría de las ineficacias. Pedimos pues, tratar a la simulación como tal, es decir, como un grado de ineficacia, al que precisamente se le denomina simulación.

En cuanto a los efectos de la simulación el artículo 2182 del Código Civil, expresamente establece: “La simulación absoluta no produce efectos jurídicos. Descubierto el acto real que oculta la simulación relativa, ese acto no será nulo si no hay ley que así lo declare”.

Siguiendo con los efectos de la simulación, abordaremos el trato jurídico en las relaciones entre las partes, concretamente, la denominada acción de simulación. Continuando con nuestra propia terminología, diremos que el contrato simulado es ineficaz entre las partes, tomando en consideración el hecho de que es una mera apariencia. Esta ineficacia que obra siempre entre las partes, no se refleja con respecto a ciertos terceros, quienes pueden considerar como válido el contrato simulado aunque sea ineficaz para otros sujetos y otros terceros como más adelante lo veremos.

Para que se produzca la ineficacia de la simulación, es necesario que alguna de las partes denuncie (ejercite la acción) de la simulación, descubriendo o desenmascarando al contrato simulado. Esta acción, procesalmente asume el aspecto de una declaración de certeza y desde luego, importa para el actor la carga de la

prueba. Conviene aclarar, que mientras no se pronuncie una sentencia en el procedimiento de simulación, la simulación no es relevante y el contrato simulado produce todos sus efectos como si fuera efectivo y válido. Sin embargo, la acción para constatar la simulación puede presentarse también como excepción y al proponerse debe llamarse a juicio a todos los que hayan participado en el procedimiento de simulación, o que, aunque extraños a él, se hubieran beneficiado con la simulación.

En el caso de la simulación absoluta, al declararse sin efectos al contrato simulado, no queda ninguna relación entre las partes, el contrato simulado desaparece, podríamos decir, sin dejar residuos, como si no hubiera existido nunca.

En el caso de simulación relativa, el contrato simulado no produce efectos entre las partes dejando a salvo las prestaciones pactadas en el contrato disimulado.

El propio artículo 2182 para el contrato disimulado dispone a contrario sensu, que sigue siendo válido con tal de que concurran sus requisitos substanciales y de validez de conformidad con la peculiar naturaleza jurídica del contrato. Lo que significa, que si no se ha observado para el contrato disimulado la forma prescrita por la ley, dicho contrato será nulo, que si por ejemplo, la causa es ilícita, el contrato también será nulo. El contrato disimulado no se encuentra en una situación peor con respecto al contrato manifiesto, pero no puede tampoco considerarse en mejor situación con respecto a todos los demás contratos, ni mucho menos ser sustraído a la exigencia de los requisitos de esencia y de validez.

Veremos ahora el tratamiento jurídico del contrato simulado y del contrato disimulado, respecto de terceros.

Son terceros, pero interesados en los efectos de la simulación:

1. El sub-adquirente o causahabiente de uno de los que participan en el contrato simulado: es decir, quien



adquiere un derecho, por lo general, un derecho real, de uno de los participantes en el contrato simulado.

2. El acreedor de uno de los participantes en el contrato simulado.

3. Todos los otros terceros que por el contrato simulado resulten perjudicados en su derecho.

Los sub-adquirentes son terceros que (a título oneroso o gratuito) han adquirido derechos (especialmente reales, propiedad, derecho sobre cosas ajenas), de quien es el titular aparente. Para aclarar la situación es necesario imaginar que alguien, habiendo adquirido sólo en apariencia (simulación absoluta, un derecho), lo enajene a su vez, pero efectivamente de modo que del derecho exista un adquirente simulado y además un causahabiente de éste, es decir, un sub-adquirente efectivo, que es tercero con respecto al contrato absolutamente simulado. Se trata de establecer qué suerte tenga la sub-adquisición efectiva frente a la eventual demanda de simulación que proponga alguna de las partes en el contrato simulado y respecto al tercero efectivo sub-adquirente del titular aparente.

Habrá que distinguir la posición del tercero sub-adquirente, según que haya obrado de buena o de mala fe, es decir, según que hubiere ignorado o conocido que el causante suyo era un adquirente simulado y por ende titular sólo aparente del derecho.

En el supuesto de que sea de buena fe, el tercero sub-adquirente se encuentra protegido en el sentido de que a él, por cuanto desconoce la simulación, no se le puede obtener al acto simulado del contrato en virtud del cual el derecho ha llegado a su causante (titular aparente), pues el contrato simulado vale para el tercero de buena fe, como si fuese efectivo. Diremos pues, que el carácter simulado del contrato es inoponible al tercero sub-adquirente de buena fe.

En el segundo caso, cuando el tercero sub-adquirente es de mala fe, en cambio, el contrato simulado le es oponible, es decir, produce sus efectos inclusive con respecto al tercero sub-adquirente no ha ignorado que su causante le enajenaba un derecho no adquirido efectivamente.

Nótese que el aspecto proteccionista para el tercero de buena fe, está de acuerdo con el texto de la ley (ver artículo 2184).

Queremos recalcar la inoponibilidad de la simulación respecto al tercero sub-adquirente de buena fe, es decir, que respecto de él, el contrato es como si fuese válido y el eventual contrato disimulado es inoperante; o bien, dicho con otras palabras, el contrato simulado tiene eficacia relativa y, por tanto, eficacia frente al tercero sub-adquirente de buena fe.

Si recapitulamos en la ineficacia del contrato simulado entre las partes y lo comparamos respecto al tercero sub-adquirente de buena fe, encontraremos que ese contrato al mismo tiempo que es ineficaz entre las partes, resulta plenamente eficaz frente al tercero sub-adquirente de buena fe, en lo que no debe verse ninguna incongruencia.

4. A QUIEN CORRESPONDE EJERCITAR LA ACCIÓN DE SIMULACIÓN.- Como ya lo hemos dicho, corresponde ejercitar la acción de simulación fundamentalmente a las partes, pero también los terceros pueden ejercitar la acción de simulación, por haber resultado dañados precisamente con el acto simulado, y a través del ejercicio de la correspondiente acción descubren ya sea como actores o demandados a la simulación, para evitarse o resarcirse de los daños derivados del contrato simulado.

Hemos dicho que el contrato simulado es ineficaz, pero hemos puesto de relieve, que mientras la simulación no se descubra (mediante acción de declaración de certeza), el contrato vale entre las partes como si no fuera simulado, es decir, como si fuera efectivo y válido; y hemos visto, que, a veces, es inoponible al tercero la simulación. Pero esto no quita que la acción de simulación, no ejercitada por las partes contratantes, puede ser ejercitada por el tercero interesado, entendiéndose por tercero interesado, a quien de alguna manera le perjudique en sus derechos el contrato simulado.

Aquí resulta aplicable el principio de que, para ciertos terceros, cuando la simulación los perjudique, debe prevalecer la realidad que les resulte beneficiosa.



La consecuencia de hacer valer la simulación por el tercero perjudicado, implica que quedan destruidos (sólo para el damnificado), en la medida en que le perjudican, las consecuencias que le derivarían del contrato simulado en el supuesto de que fuese efectivo.

Además, de que, desde luego el tercero damnificado al ejercitar la acción de simulación evidencia al contrato disimulado y lo pone de manifiesto.

El texto legal indica en su artículo 2183 las personas legitimadas para ejercitar la acción de simulación: “pueden pedir la nulidad de los actos simulados los terceros perjudicados con la simulación, o el Ministerio Público cuando ésta se cometió en transgresión de la ley o en perjuicio de la hacienda pública”.

Nótese que el texto legal no dice nada con relación a las partes que intervinieron en la simulación. Sin embargo, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que las partes se encuentran legitimadas para pedir la acción de simulación.

“2184. SIMULACIÓN, NULIDAD POR CAUSA DE.- Las partes que intervienen en el acto simulado tienen también acción para pedir su nulidad”.

JURISPRUDENCIA 331 (Sexta Época), página 1007, Sección Primera. Volumen 3ª Sala.- Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965. En la Sexta Época, 3ª Sala.- Vol. LXVI, Cuarta Parte, pág. 64, se publicó con el mismo título.

5. SU COMPARACIÓN CON LA PAULIANA.-

Hemos dicho anteriormente que son terceros para efectos de la simulación los acreedores de los participantes en el contrato simulado. Podemos afirmar que mientras el deudor sea cumplido, la circunstancia de que éste sólo aparentemente haya realizado adquisiciones o sólo simuladamente haya enajenado, puede ser indiferente para el acreedor. Pero no es indiferente, y surge en preciso interés, cuando viéndose él, obligado a proceder en el terreno ejecutivo, encuentra en el patrimonio de su deudor bienes que otra persona sostiene fingidamente haberlos adquirido del mismo deudor o

cuando, el acreedor no encuentra un margen suficiente para satisfacerse porque su deudor fingidamente ha enajenado bienes, los que, de tal modo, figuran como fuera de su patrimonio (y por lo tanto el acreedor no podía perseguirlos), cuando en realidad forman parte aún de él.

Si es indiscutible que el acreedor tiene derecho a ejercitar la acción de simulación, surge de inmediato la interrogante ¿qué diferencia habrá entre la acción de simulación y la acción revocatoria, ejercitadas ambas por los acreedores?

1º Los presupuestos para el ejercicio de una u otra acción son diversos, más aún opuestos, la acción de simulación presupone que el bien ha sido enajenado ficticiamente; con la revocatoria se afirma, en cambio, que el bien ha sido enajenado efectivamente.

2º La eficacia y alcance de las acciones son diferentes.

La acción de simulación, como de declaración de certeza, puede ejercitarse como ya lo vimos inclusive por los terceros, en cambio, la acción revocatoria solamente puede ejercitarse por el acreedor damnificado.

3º Finalmente en cuanto a los efectos, mientras que la acción de simulación afecta a todo el contrato, (por lo menos) a la cláusula simulada, la acción revocatoria importa únicamente la ineficacia del acto de disposición sólo con respecto al acreedor accionante y solamente en la medida del perjuicio que le cause el acto mismo.

Nuestro máximo Tribunal ha establecido en la siguiente ejecutoria las diferencias entre la acción pauliana y la de nulidad por simulación:

“24. ACCIÓN PAULIANA, SU DIFERENCIA CON LA ACCIÓN DE NULIDAD POR SIMULACIÓN (Legislación del Estado de Chiapas). Ahora bien, tanto de acuerdo con la doctrina como con el sistema adoptado por la legislación positiva, los elementos de la acción pauliana son diversos de los elementos de la acción de nulidad por simulación. Ferrara, cuyas ideas



ejercieron influencia en el Código Civil del Distrito Federal cuyo sistema fue adoptado por el Civil del Estado de Chiapas, aplicable en el caso, advierte que en tanto mediatamente (mediante) la acción pauliana se destruyen actos realmente ejecutados en perjuicio de acreedores, por cuya razón ha sido tradicionalmente aceptada como acción revocatoria para reparar el perjuicio causado, la acción de simulación propende a anular actos ficticios e inexistentes y se ejercita con el propósito de prevenir el perjuicio que ellos engendran; que si la acción pauliana supone el *consilium fraudis* y *elementum damni* no es condición para que prospere la acción de simulación demostrar que fue fraudulento en la medida necesaria para reparar el perjuicio al acreedor, la nulidad fundada en la simulación afecta al acto en su integridad. De acuerdo con el artículo 2140 del Código Civil del Estado de Chiapas, invocado por la autoridad responsable en su sentencia impugnada hay insolvencia del deudor cuando sus bienes crediticios estimados en su justo precio no igualan al importe de sus deudas; como justificadamente observó la propia autoridad responsable no se rindió prueba para demostrar la insolvencia. En consecuencia, los elementos de la acción pauliana no fueron íntegramente demostrados y los conceptos de violación que a ella se refiere resumido en el inciso 1 del Resultando Segundo de este fallo son por ese capítulo fundados.

Directo 6729/1ª Quejoso: Samuel Díaz Castellanos.
Fallado: el 12 de enero de 1962. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ministro Mariano Azuela

3ª Sala.- Informe 1962, Pág. 20.

Por último y para efectos procesales, conviene indicar según el criterio de nuestro Máximo Tribunal, que las acciones pauliana y de simulación no son contradictorias:

“149. ACUMULACIÓN DE ACCIONES.- Las acciones pauliana y de simulación no son contradictorias. Tanto en el artículo 27 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco como el artículo 31 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito y territorios Federales prohíben que se acumulen en la misma demanda acciones contrarias o contradictorias.

Se ha querido dar a estos preceptos la interpretación que pudiéramos llamar dialéctica o logicista, pretendiendo interpretarlas en función de las reglas de la lógica formal sobre proposiciones contrarias, y aplicarlas a las acciones. Nada más impropio, porque se trata de la lógica del deber y no del ser de razón, y por lo tanto, es finalista y busca resultados.

En consecuencia, serán contrarias o contradictorias las acciones cuando tienden a producir resultados incompatibles; por ello no puede demandarse la nulidad del testamento y con fundamento en él, al mismo tiempo, ejercer la acción de petición de herencia, porque los resultados son opuestos.

En el caso particular que se contempla, las acciones pauliana y de simulación pueden coexistir porque ambas tienden a lograr la declaración de ineficacia del acto; así puede afirmarse que es nulo el acto real que se celebra en fraude de acreedores, si deja insolvente al deudor, pero que es igualmente nulo el acto simulado que se realiza en fraude de acreedores, si también deja insolvente al deudor, sólo que en este último supuesto, la simple simulación en los casos que la ley determina, puede fundar por sí misma la nulidad, independientemente de la insolvencia del deudor. Por ende, es jurídico concluir que la simulación no elimina la posibilidad del fraude, ni éste excluye la posible existencia de aquélla, por lo que no puede aceptarse que las acciones aludidas se encuentren dentro de la prohibición de los preceptos legales mencionados.

Directo 435/1959. Carlos López Chavarría.
Resuelto el 20 de abril de 1960, por unanimidad de cuatro votos. Ausente el Señor Ministro López Lira.
Ponente: el Señor Ministro Rivera Silva. Secretario, Licenciado Víctor Manuel Franco.

Tercera Sala. Boletín 1960, pág. 338.

Cabe afirmar, también para efectos procesales, que la prueba de la simulación resulta sumamente difícil, cosa que ha reconocido nuestro máximo Tribunal en las siguientes ejecutorias y tesis jurisprudencial:



“2185. SIMULACIÓN, PRUEBA DE LA.- Aunque es verdad que, tratándose de presunciones, para demostrar la simulación de negocio jurídico, no puede exigirse una prueba tan rigurosa como en los casos en los que no se alega simulación, también es cierto que, lógicamente, sólo pueden tener valor las presunciones que, además de apoyarse en hechos plenamente demostrados, sean concordantes, y cada una de ellas sólida y grave de por sí.

Amparo directo 3928/45/2^a. Agente del Ministerio Público, adscrito al Tribunal de Primer Circuito. Abril 1º de 1952. Unanimidad de cuatro votos.

Tercera Sala.- Suplemento 1956, pág. 467. Semanario Judicial de la Federación.

2186. SIMULACIÓN, PRUEBA DE LA.- La simulación de un negocio jurídico es de suyo una cosa difícil de demostrar, que obliga al que trata de hacerlo valerse de presunciones, inferencias y medios indirectos que arrojen luz sobre el acto verdadero que encubre el aparente que se celebró con todas las formalidades extrínsecas.

Amparo directo 6976/1961. Silverio Nuñez Contreras. Enero 10 de 1964. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ministro Mariano Azuela. Tercera Sala.- Sexta Época. Volumen LXXIX, Cuarta parte, página 64.

“2187. SIMULACIÓN, PRUEBA DE LA, MEDIANTE PRESUNCIONES.- La simulación es por regla general refractaria a la prueba directa, de tal manera que, para su demostración, tiene capital importancia la prueba de presunciones.

JURISPRUDENCIA 332 (Sexta Época), página 1008. Sección Primera. Volumen Tercera Sala.- Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965”.

6. LA INTERPOSICIÓN DE PERSONAS.- Para Francisco Ferrara.-⁵ “Al celebrarse un acto jurídico, cabe que se interponga una persona extraña con el fin de ocultar el verdadero interesado. Esta persona sirve de intermediario, de eslabón entre los que quieren conseguir los efectos de un acto jurídico. Los caracteres

que la distinguen, en general, son: 1º . Ponerse entre dos, que deben ligarse directamente en el acto o entre los cuales debe descansar en definitiva el contenido patrimonial del mismo; sin que el intermediario tenga en el acto un interés personal; 2º Su función de ocultar el verdadero dueño del negocio que quiere permanecer entre bastidores. Esta figura genérica se llama persona interpuesta. Pero esta intromisión de un tercero en las relaciones contractuales de otro puede revestir distinta forma jurídica. Y aquí se impone una división de las personas interpuestas en dos grandes categorías, a saber: personas interpuestas reales y personas interpuestas simuladas”.

Persona interpuesta real.- El actuar en nombre propio y por cuenta ajena, o sea la representación indirecta, como explica el maestro Jorge Barrera Graf:⁶ “está admitida en nuestro Código Civil respecto al mandato, artículos 2560 y 2561; y en el Código de Comercio, los artículos 283 a 285, respecto al comisionista, y respecto al factor, gerente o director general, teóricamente al menos, en los artículos 313 al 315. . . No obstante, los prestanombres o testaferros, no actúan siempre ilícitamente, ni menos son siempre delincuentes; su actuación no siempre está prohibida o sancionada. Si está prohibida y sancionada, cuando mediante su acción oculta, se violen disposiciones legales y de orden público, como serían las de la Ley de Inversiones Extranjeras (artículo 1º), e inclusive, cuando violen el espíritu de la Ley; fenómeno que se conoce con el nombre de fraude a la ley”.

Persona interpuesta simulada.- Aquí el acto jurídico que celebra la interpuesta persona es pura apariencia, porque el que en realidad lo celebra es el dueño del negocio.

Dentro de esta figura, la interpuesta persona puede resultar a raíz de un contrato absolutamente simulado, y en otras ocasiones resultar de un acto jurídico que disfraza al verdadero contratante que desea permanecer oculto, y en este caso será producto de la simulación relativa.

Como ejemplo de un testaferro que participa en un contrato absolutamente disimulado, tenemos el caso



de una compraventa inexistente en donde el comprador aparente es un testaferro del falso enajenante que en realidad no ha adquirido nunca ni para sí, ni para nadie.

Como ejemplo de un testaferro que participe en una simulación relativa, analizaremos el artículo 31 de la LIE. En efecto, el mencionado precepto dispone: “Se sancionará con prisión hasta de nueve años y multa hasta de \$50, 000.00 M.N. , a quien simule cualquier acto que permita el goce o la disposición de hecho, por parte de las personas, empresas o unidades económicas a que se refiere el artículo 2º de esta Ley de bienes o derechos reservados a los mexicanos, o cuya adquisición estuviere sujeta a requisitos o autorizaciones que no se hubieren cumplido u obtenido en su caso”.

Por su parte el artículo 2º de la Ley en cita, expresamente establece: “para los efectos de esta Ley se considera inversión extranjera la que se realice por: I.- Personas morales extranjeras; II.- Personas físicas extranjeras; III.- Unidades económicas extranjeras sin personalidad jurídica, y IV.- Empresas mexicanas en las que participe mayoritariamente capital extranjero o en las que los extranjeros tengan, por cualquier título, la facultad de determinar el manejo de la empresa. Se sujeta a las disposiciones de esta ley, la inversión extranjera que se realice en el capital de las empresas, en la adquisición de las empresas, en la adquisición de los bienes y en las operaciones que la propia ley se refiere”.

Comentando el artículo 31, dice el Maestro Barrera Graf: “Los elementos de esta figura delictiva, creada por la LIE son, según la imprecisa y confusa terminología de esta norma, los siguientes:

Primero, el sujeto activo de la infracción, que puede ser cualquier persona que se coloque en los supuestos de la norma; segundo, el destinatario o beneficiario de dicha conducta ilícita, o sea, cualquiera de los sujetos (inclusive, de las unidades económicas) indicados en el artículo 2º de la Ley; tercero, el acto delictivo, consistente en que, mediante una simulación se permita al destinatario gozar o disponer de los bienes reservados por la LIE a los mexicanos, o que están

sujetos por ella a requisitos que no se hubieran cumplido o autorizaciones que no se hubiesen obtenido; y cuarto, las sanciones -corporal y administrativa- y la ejecución de ellas contra los infractores. . . Para determinar el alcance de la norma y del delito tipificado en el artículo 31, debemos adelantar dos notas a las que después nos referiremos con mayor amplitud, a saber, que el autor del delito debe realizar una conducta simulada, es decir, una declaración falsa de su posición o de su actuación, que permita la realización del ilícito penal, y que a virtud de tal proceder conceda un beneficio indebido al inversionista extranjero.

La concurrencia de estas notas en el sujeto, plantea el fenómeno jurídico conocido genéricamente como interposición de personas, del cual una de las manifestaciones es la del prestanombre o testaferro (interpósita persona), quien realiza una actividad contraria a derecho cuando viola una disposición legal, o inclusive, el espíritu de una ley o de una norma.

Se trata, pues, de un sujeto que actúe en forma simulada, con dicho carácter de prestanombre o testaferro, es decir, no meramente ocultando su situación, que ello es propio de cualquier representante indirecto, y no sólo de los prestanombres, lo cual en principio es ilícito, sino actuando falsa y dolosamente, con la finalidad de engañar a terceros y de beneficiar a un extranjero, respecto a situaciones y actos que le están vedados.

Puede, en efecto, una persona física o moral mexicana ostentarse falsamente como adquirente o arrendatario de una empresa o de la totalidad de sus activos, cuando en realidad es prestanombre de un extranjero, por estar ligado con él por una representación indirecta u oculta; y acuden a tal simulación, porque el extranjero como tal (inversionista extranjero) sólo podía adquirir legalmente ciertos porcentajes de los activos, o sólo podrá arrendar una empresa mediante autorización de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras; o en casos más frecuentes, cuando aparenta falsamente (simulación relativa, artículo 2181 Código Civil) ser socio o accionista de una sociedad en la que no puede figurar como tal (todos los casos indicados en el artículo 4º . de la Ley); o no puede adquirir sin autorización



especial acciones o partes sociales en exceso de los porcentajes establecidos en la ley (arts. 5º y 8º); o cuando figure como dueño de inmuebles situados en las zonas prohibidas (art. 7º, párrafo primero), cuando en realidad el propietario sea un extranjero, persona física o moral”.

4. Y.

MARTÍNEZ, Alfaro Joaquín.
Teoría de las obligaciones.
7ª edición. México,
Editorial Porrúa, 2000.
págs. 281.

Distinción entre simulación y reserva mental.

1. en la reserva mental hay una disconformidad deliberada y unilateral entre la voluntad y su declaración, en cambio en la simulación la disconformidad es bilateral.

(Footnotes)

¹ Planiol, Bejarano, Hedemann, Ruggiero.

² Von Tuhr.

²⁰ Rojina Villegas

² Castán Tobeñas, Ruggeiro.

³ Von Tuhr.

¹ TRABUCHI, *Instituzioni di diritto*, p. 524.

² El Artículo 2019 dice: “Cuando la deuda de una cosa cierta y determinada procediere de delito o falta, no se eximirá el deudor del pago de su precio, cualquiera que hubiere sido el motivo de la pérdida; a no ser que, habiendo ofrecido la cosa al que debió recibirla, se haya éste constituido en mora.” El 2617: “Todo el riesgo de la obra correrá a cargo del empresario hasta el acto de la entrega, a no ser que hubiere morosidad de parte del dueño de la obra en recibirla, o convenio expreso en contrario.”

³ REZZONICO, *Estudio de las obligaciones en nuestro derecho civil*, p. 79.

²⁵ Borja Soriano.

²⁶ Rojina Villegas.

²⁷ Sánchez Medal Urquiza, Borja Soriano.

²⁸ Rojina Villegas.

²⁹ Rojina Villegas.

³⁰ Rojina Villegas.

³¹ Rojina Villegas, Sánchez Medal Urquiza, Borja Soriano, Bejarano, Gaudemet.

³² Sánchez Medal Urquiza.

³³ Sánchez Medal Urquiza.

³⁵ Sánchez Medal Urquiza.

³⁶ Gutiérrez y González.

³⁷ Gutiérrez y González, Borja Soriano, Sánchez Medal Urquiza, Gaudemet.

³⁸ Starck.

³⁹ Alterini, Licon Vite.

⁴⁰ Starck, Gaudemet.

⁴¹ IDEM.

⁴² IDEM.

⁴³ Op. cit

⁴⁴ IDEM.

⁴⁵ Planiol, Rojina Villegas, Bejarano.

⁴⁶ Rojina Villegas, Borja Soriano, Gutiérrez y González.

⁴⁷ Rojina Villegas, Bejarano, Borja Soriano, Gutiérrez y González.

⁴⁸ Borja Soriano, Gutiérrez y González, Bejarano.

⁴⁹ Marty et Raynaud.

⁵⁰ Bejarano, Gutiérrez y González, Borja Soriano, Planiol.



⁵¹ Borja Soriano.

⁵² Marty et Raynaud, Planiol, Gutiérrez y González, Borja Soriano.

⁵³ Gaudemet, Marty Raynaud, Rojina Villegas, Bejarano, Borja Soriano.

⁵⁴ Bejarano, Marty Raynaud, Gaudemet.

⁵⁵ Bejarano.

⁵⁶ Starck.

⁵⁷ Marty Raynaud, Starck.

⁵⁸ Bejarano, Starck.

⁵⁹ Alterini.

¹⁵ Luzzatto, Castañeda, Larenz, Enneccerus.

¹⁶ Degni.

¹ Textos del Digesto 42.8.

² Ob. cit. , Tomo II, págs.197 y 199 números 1160 y 1163

⁴ Ob. cit. , pág. 419.

⁵ Apuntes Taquigráficos de su Cátedra, de Teoría General de las Obligaciones, 1964.

⁶ Tesis Profesional del autor intitulada “La legitimación para contratar”, pág. 100.

⁷ Supra, número 1.

⁸ Curso Elemental de Derecho Civil por Ambrosio Colín y H. Capitán, Traduc. De la Segunda Edición Francesa por la redacción de la revista general de legislación y jurisprudencia con notas sobre el Derecho Civil Español por Demofilo de Buen, Tomo III, Reus 1960, páginas 100 y 101.

⁹ Supra, número 2.

¹ Teoría General del Negocio Jurídico, Ob. Cit. , pág. 297.

² Ob. cit. , Tomo II, págs. 2 y 3.

³ Tomo II, páginas 216 y 217.

⁴ Ob. cit. , pág. 584, número 838-1 y 585 número 839-2.

⁵ La simulación de los negocios jurídicos, No. 50, pág. 288, Traducción de la Quinta Edición Italiana.

⁶ Inversiones Extranjeras, Editorial Porrúa, 1975, páginas 185 y 186.