

## CAPÍTULO VII

### LOS CONTRATOS ESPECIALES

#### 72. *Clasificación de los contratos*

El Código de 1928 hizo una distribución metódica de las figuras especiales de contrato, terminando con la anarquía que en esta materia reinaba en los códigos anteriores y al efecto y tomando en cuenta su función económico-jurídica los dividió y agrupó en las siguientes categorías: *Contratos translativos de dominio*: compraventa, permuta, donación y mutuo. *Contratos translativos de uso*: arrendamiento y comodato. *Contratos de guarda*: depósito y secuestro. *Contratos de prestación de servicios*: mandato para la realización de actos jurídicos y otros para la ejecución de trabajos materiales. *Contratos de asociación*: la asociación propiamente dicha, la sociedad civil y la aparcería. *Contratos aleatorios*: juego, apuesta, renta vitalicia y compra de esperanza. *Contratos de garantía*: fianza, prenda e hipoteca. Por último y en una categoría especial, nuestra Ley trata de la transacción.

Además, el Código regula, como un molde general de contrato aplicable a cualquiera de las figuras típicas o singulares, al antecrónimo o contrato preparatorio.

No contiene la Ley civil mexicana una regulación de las formas atípicas de contrato en la que se estudiaran, por ejemplo, algunas de las clases más importantes de contrato innominado, como los contratos mixtos caracterizados por tener combinadamente prestaciones de los diversos contratos típicos, y sólo contiene al respecto la regla según la cual los contratos innominados quedarán sujetos a las reglas generales del contrato, a las estipulaciones de las partes y en lo que fueren omisas, a las disposiciones del contrato con el que tenga más analogía, de los legalmente tipificados.

Como observación de carácter general diremos que en el actual Derecho mexicano todos los contratos tienen el carácter de consensuales, aun los que de acuerdo con la tradición jurídica y la doctrina, son reales o formales (exceptuando a los contratos del Derecho de familia). En efecto, nuestra Ley expresa como principio directriz en esta materia que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, salvo aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Pero puesto que la forma es en nues-

tro Derecho de obligaciones *ad probationem* y no *ad solemnitatem causa* (puesto que la falta de forma sólo produce una nulidad relativa), ello nos autoriza a sostener que los contratos son consensuales y en consecuencia aun aquellos que sólo existían por la entrega de la cosa, tienen ese carácter, ya que la ley admite los contratos virtuales con mera entrega jurídica, como sucede, por ejemplo, en la prenda.

Asimismo y como otra observación de índole general, diremos que toda la gama de contratos de prestación de servicios materiales, exceptuando el contrato de obra a precio alzado, ha salido del campo de la legislación civil para encontrar su regulación en las leyes del trabajo, aunque en honor de nuestras viejas leyes civiles, diremos que éstas nunca conceptuaron a esos contratos como meros arrendamientos de servicios a la usanza de la legislación europea, sino que siempre se les reconoció un rango mayor en atención a tratarse de contratos en que el trabajo del hombre constituye la prestación fundamental.

### 73. *Contrato preparatorio*

Aceptando la tesis positiva que ve en la promesa de contrato un contrato perfectamente diferenciado del contrato definitivo al cual tiende, el Código de 1928, a diferencia de sus precedentes que no hablaban más que de una especie de antecontrato, que era el de la promesa de venta, define al contrato preparatorio como aquel contrato por virtud del cual las partes se obligan a celebrar un contrato futuro. Este contrato puede ser unilateral o bilateral, según que una o ambas partes se obliguen, y precisa la ley que del mismo sólo surgen obligaciones de hacer, consistentes en celebrar el contrato respectivo de acuerdo con lo ofrecido.

Para que la promesa de contratar sea válida, debe constar por escrito, contener los elementos característicos del contrato definitivo y limitarse a cierto tiempo.

En relación con este contrato, diremos que la jurisprudencia ha establecido que si bajo el nombre de *contrato preliminar* las partes han ejecutado total o parcialmente las obligaciones derivadas del contrato definitivo, no se estará en presencia de un antecontrato, sino de un contrato de otra índole, aunque sea imperfecto. Esta jurisprudencia se ha concretado en precepto legal, en los códigos de los Estados de Morelos y de Sonora.

Algunos códigos, como los de Chihuahua, Nuevo León y Yucatán, confundiendo lamentablemente la figura autónoma del antecontrato de la de su definitivo exigen, en el caso de la promesa de venta, el registro de la misma cuando afecta bienes raíces o derechos reales *para que pueda surtir efectos contra ter-*

zero. Decimos que esto representa una confusión, porque como del contrato preparatorio no surgen nunca más que obligaciones personales (de hacer) y nunca derechos reales, resulta ineficaz el registro de la promesa en relación a terceros, ya que ese registro no puede impedir la venta de la cosa prometida a distinta persona del beneficiario, ni hace del otro adquirente tercero de mala fe.

Este registro, sin embargo, no es exigido en el Código de 28 que tiene un concepto acertado de la figura precontractual.

#### 74. *Contratos translativos de dominio*

##### *Compraventa*

La regulación de este contrato, ceñida en términos generales a su estructuración clásica, hace que sólo merezca comentario el capítulo de las modalidades que la compraventa pueda adoptar y que fueron admitidas en el Código de 1928 para poner a la ley en consonancia con los usos mercantiles desde hace mucho tiempo en boga.

Esas modalidades son la de la venta con reserva de dominio y las garantías establecidas por la ley para las ventas en abonos, a fin de proteger tanto a vendedores como a compradores, de la mala fe de su cocontratante.

En la venta con reserva de dominio, la ley permite que el vendedor se reserve la propiedad de la cosa vendida hasta que su precio haya sido totalmente pagado. Este pacto produce efectos contra tercero si se inscribe en el Registro público, siempre que se trate de bienes que sean susceptibles de identificarse mediante su numeración, el modelo, etcétera, como lo son los automóviles y toda clase de motores, pianos, máquinas de coser, etcétera. Mientras que el comprador no liquida totalmente el precio, no será propietario de la cosa y si la ha recibido será considerado como mero arrendatario de ella. Por tanto, si dispusiere de la misma, quedaría sujeto a las sanciones penales que se imponen a los que cometen un abuso de confianza, o sea a aquellos que disponen de una cosa que tienen en precaria posesión.

A su vez, el vendedor tampoco puede enajenar a otro la cosa que ha vendido con reserva de dominio, porque incurrirá también en una penalidad: la correspondiente al fraude.

En las ventas con abonos, puede pactarse que la falta de pago de uno o varios ocasionará la rescisión del contrato, y esta cláusula resolutoria produce efectos contra terceros si se ha inscrito en el Registro público, siempre que se trate de inmuebles o de aquellos bienes fácilmente identificables, como los que hemos men-

cionado. Si los bienes fueran muebles y no susceptibles de identificación, la venta no puede registrarse y por tanto la cláusula resolutoria sólo surtirá efecto entre las partes y no respecto de terceros.

En las dos modalidades de venta que hemos estudiado, aquella con reserva de dominio y la de venta a plazos, la ley limita los derechos de las partes para el caso de rescisión del contrato. En efecto, establece que si la venta se rescinde, ambas partes deben restituirse las prestaciones que se hubieren hecho; pero que el vendedor que hubiere entregado la cosa vendida puede exigir del comprador, por el uso de ella, un alquiler o renta que fijarán peritos. Se entiende que esta fijación debe hacerse *a posteriori*, aunque en la práctica los vendedores destruyen su efecto fijando de antemano la renta, que es naturalmente muy elevada, y una indemnización también fijada por peritos (*a posteriori*) por el deterioro que hubiere sufrido la cosa.

En cuanto al comprador, tiene derecho a que se le devuelvan los intereses legales del precio que entregó. Las convenciones que impongan al comprador obligaciones más onerosas que las expresadas serán nulas, pero en la práctica, además del subterfugio a que acuden los comerciantes, encontramos la constante renuncia de esta cláusula.

Para terminar, diremos que en el vigente Código se estableció una forma especial de compraventa, por simple endoso cuando se trate de bienes ya inscritos en el Registro. Este endoso se hará al calce del certificado de propiedad que el registrador deberá expedir y una vez ratificado, se hará una nueva inscripción de los bienes a favor del comprador.

Poca aceptación ha tenido en la práctica esta compraventa y algunos de los códigos locales no aceptan dicha forma.

En cuanto a las ventas judiciales en almoneda o subasta pública, la Ley prevé que habrán de hacerse en moneda efectiva y al contado, y que si la cosa fuere inmueble, pasará al comprador libre de todo gravamen a menos de estipulación expresa en contrario.

## 75. La *permuta*

Cuando en lugar de contraprestación en efectivo se da en cambio de la cosa enajenada otra cosa, se está en presencia de la permuta que como contrato de enajenación sigue las reglas generales de la compraventa, con excepción de algunas que son particulares a este contrato, como por ejemplo, la que establece que si uno de los contratantes ha recibido la cosa que se le da en permuta y acredita que no era propia del que la dio, no puede

ser obligado a entregar la que él ofreció en cambio, y cumple con devolver la que recibió.

No se refiere la ley a la simple *permuta de goce* en la que, sin transferir la propiedad, las partes intercambian el goce de una cosa contra el de otra, como por ejemplo, el de un libro por otro, que después son devueltos mutuamente por sus propietarios.

## 76. Donación

La donación yuxtapone en su regulación tanto los principios jurídicos relativos a los actos de liberalidad, nota intrínseca de aquélla, como las reglas de los contratos porque es eso precisamente, un contrato en el cual una de las partes por espíritu de liberalidad y por tanto de manera espontánea, transfiere a otra una parte o la totalidad de sus bienes presentes. Los bienes futuros de una persona no pueden ser donados.

Hay, sin embargo, donaciones que no son enteramente gratuitas en las que se imponen al donatario algunos gravámenes y en este caso nos encontramos frente a la donación onerosa. Cuando la intención del donante fue pagar con su acto los servicios que el donatario le prestó, estamos frente a la donación que la ley llama remuneratoria.

Como acto de liberalidad que es, la donación puede ser revocada, pero esta revocación no es tan libre como ocurre en otros actos de esa índole, por ejemplo, el testamento, sino que para la seguridad del comercio jurídico, sólo es permitida la revocación en los casos expresamente establecidos por la ley que son: la supervivencia de hijos para aquellas personas que al tiempo de hacerla no los tenían, y la revocación por causa de ingratitud.

Esta última revocación ocurre en los casos en que el donatario comete algún delito contra el donante o los parientes cercanos de éste, y cuando habiendo caído en la pobreza el donante, el donatario rehusa socorrerlo.

Debido a su condición de acto a título gratuito, la ley limita la capacidad tanto para hacer como para recibir donaciones. En nuestro Derecho y a diferencia de lo que sucede en otros, los esposos sí pueden hacerse donaciones siempre que no sean contrarias a las capitulaciones matrimoniales, ni perjudiquen el derecho de los ascendientes o descendientes a recibir alimentos; pero dichas donaciones sólo se confirman con la muerte del donante y pueden ser revocadas libremente y en cualquier tiempo.

Los padres o tutores no pueden hacer donación de los bienes de los incapacitados y en cuanto al derecho de recibir donaciones, éste está prohibido a todas aquellas corporaciones y personas

morales que señala el artículo 27 Constitucional, sea que se les haga directamente, sea por interpósita persona.

## 77. *Mutuo*

El mutuo es definido por la ley mexicana como aquel contrato por virtud del cual el mutuante se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al mutuario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad.

Cuando se trata de préstamo de dinero, es sobre todo interesante examinar el llamado *principio nominalístico*, el que como su nombre lo indica, establece que no se le puede atribuir a la moneda de curso legal un valor distinto (especialmente si es inferior) de su valor nominal. Este valor nominal muchas veces no concuerda con el valor real o en curso de la moneda, porque ésta tenga un limitado poder de adquisición y esté desvalorizada.

El *principio nominalístico*, como vimos al tratar de los antecedentes históricos de nuestro Derecho civil, se afirmó en México desde la célebre Ley de Pagos del 15 de septiembre de 1916, que estableció que todas las prestaciones de dinero pendientes de cumplimiento en esa fecha, podrían pagarse entregando la moneda fiduciaria de la emisión “infalsificable” que había hecho el Gobierno constitucionalista. La ley vigente lo ha recogido al establecer que cuando el préstamo consiste en dinero, el deudor se liberará devolviendo una cantidad igual a la recibida, conforme a la ley monetaria vigente al tiempo de hacerse el pago. Si la obligación se ha pactado en moneda extranjera, la alteración que ésta experimente en valor será en daño o beneficio del mutuuario. Estas prescripciones no son renunciables, pero la práctica —sobre todo con motivo de los fenómenos de devaluación de la moneda mexicana que se han producido en los últimos años— nos revela toda la insuficiencia de la norma y cómo se ha eludido el principio nominalístico.

En materia de mutuo se ha operado en el Derecho mexicano un fenómeno consistente en que buena parte de las legislaciones civiles de provincia han iniciado un movimiento radical para limitar el agio, ciñendo en fórmulas rígidas al préstamo con interés, para evitar que se lucre inmoderadamente con la necesidad de los deudores. Así por ejemplo, el Código del Estado de Hidalgo fija una tabla de intereses que no puede ser rebasada so pena de nulidad, si bien los réditos no son tan bajos, ya que se permite cobrar hasta el 1.5% mensual en préstamos inferiores a cinco mil pesos. En el Código de Veracruz nunca pueden cobrarse intereses por cantidades mayores de la mitad

de la suerte principal, y si por el tiempo transcurrido el deudor ya ha pagado intereses en una cantidad igual a aquella, quedará en lo sucesivo liberado de cubrirlos y sólo deberá pagar el capital. Disposiciones similares, dictadas en protección del deudor, tienen los códigos de Morelos, Sonora, Nayarit, Jalisco y Querétaro.

## 78. *Contratos translativos de uso*

### *Arrendamiento*

a) *Urbano*. El arrendamiento de casas para habitación está regido por una dualidad de legislaciones, que son el Código civil para los arrendamientos con rentas superiores a trescientos pesos, y un Decreto especial que en el Distrito Federal tiene fecha del 24 de diciembre de 1948, conforme al cual se regulan los arrendamientos con rentas inferiores a la mencionada. Esta situación es casi igual en todo el resto del país, porque en todas las entidades hay leyes de inquilinato destinadas a regir los arrendamientos de bajo precio.

Refiriéndonos primero a las leyes inquilinarias, diremos que éstas son muy radicales, puesto que para proteger a los inquilinos se han limitado notablemente los derechos del propietario, a tal grado que muchos estiman que más que una imposición en las modalidades de la propiedad, ha habido una verdadera expropiación.

Al estudiar brevemente los antecedentes históricos de nuestro Derecho civil, hicimos mención de la legislación inquilinaria que se dictó durante el periodo revolucionario, y ahora diremos que en los años de la segunda guerra mundial se dictaron con carácter de emergentes, una serie de decretos que normaron las relaciones arrendaticias urbanas, en el sentido de prorrogar los contratos de arrendamiento, tanto de casas habitación como de cierta clase de giros comerciales, y de congelar las rentas de los mismos. Esos Decretos, de fechas 10 de julio de 1942, 24 de septiembre de 1943 y 5 de enero de 1945, fueron ratificados y de hecho han continuado vigentes, no obstante haber concluido el periodo emergente, ya que la tendencia proteccionista para el inquilino se mantiene en la ley que actualmente rige los arrendamientos urbanos en el Distrito Federal, antes mencionada de fecha 24 de diciembre de 1948.

Aunque esa legislación se refiere a los arrendamientos cuya renta en la época en que entró en vigor, no era mayor de trescientos pesos, la misma comprende buena parte de los inquilinatos existentes, porque en esos años la citada renta de tres-

cientos pesos era muy elevada y por tanto, casi todos los arrendamientos eran inferiores a esa suma. Pero más aún; cuando se trata de comercios, o de industrias, sus arrendamientos están congelados, aunque la renta sea mayor.

La jurisprudencia de la Suprema Corte, sin embargo, ha precisado que los contratos celebrados con posterioridad al 1º de enero de 1949, no están sujetos a la congelación cualquiera que sea su renta, porque tanto la citada Ley de 1948 como los Decretos anteriores "prorrogaron los contratos" y por tanto, sólo se refirieron a los ya existentes, y no a los que en el futuro se celebraren.

La regulación radical del inquilinato en mengua de los derechos de los propietarios, que se ha convertido ya en una legislación permanente, es como dijimos antes, un evidente ejemplo de la crisis del contrato y de la declinación de la voluntad individual en la formación y determinación de los efectos de los actos jurídicos, para dejar paso a intereses superiores como son los intereses generales.

El examen de la legislación nacional sobre inquilinato nos lleva a la conclusión de que tratándose del arrendamiento urbano, siempre se ha legislado con más radicalismo en la provincia que en la capital, pues además de que en muchas de las entidades federativas existen desde hace varios años leyes inquilinarias extremadamente protectoras del arrendatario, en muchas otras también los códigos civiles contienen preceptos más benéficos para el mismo como por ejemplo la *prórroga forzosa por mayor lapso*, tarifa para las rentas tomando en cuenta el valor fiscal de la propiedad, etcétera.

Por lo que al Código civil del Distrito Federal se refiere, diremos que éste introdujo el derecho a la prórroga hasta por un año, forzosa para el arrendador, de aquellos contratos de arrendamiento en los cuales el inquilino estuviere al corriente en el pago de las rentas, pudiendo dicho arrendador aumentar hasta un 10% la renta anterior, si demostrare que en la zona de que se trate ha habido un alza general en los alquileres. La ley estableció, sin embargo, que quedarían exceptuados de la obligación de prorrogar el contrato de arrendamiento, los propietarios que quisieran habitar la casa o cultivar la finca de cuyo arrendamiento se tratase.

El Código de 1928, en su deseo de proteger al inquilino, estableció igualmente un derecho de preferencia y otro al tanto a favor del arrendatario que hubiere durado más de cinco años en el arrendamiento, para los casos de nuevo arrendamiento o de venta de la finca. En general, puede decirse que con éstas y otras disposiciones sobre pago de mejoras en la finca, respon-

sabilidad del arrendador por no hacer las reparaciones necesarias, etcétera, se configura el arrendamiento en el Código civil con un sentido socializante de la propiedad, y como se dijo antes, proteccionista de los inquilinos.

b) *Rústico*. La disposición más importante que existe en el Código en materia de arrendamiento de bienes rurales, cuya aplicación sin embargo nos parece que ha sido limitada en la práctica, es la que establece que el propietario de un predio rústico debe cultivarlo, sin perjuicio de dejarlo descansar el tiempo que sea necesario para que no se agote su fertilidad; pero que si no lo cultiva, tiene obligación de darlo en arrendamiento o en aparcería, de acuerdo con las prevenciones especiales de la Ley de Tierras Ociosas.

### 79. *Comodato*

La función económica de este contrato, que hace que se le asimile un tanto al arrendamiento y se le clasifique junto a éste, consiste en ser un préstamo de uso de una cosa, sólo que a diferencia del arrendamiento, dicho préstamo es gratuito. El prestatario o comodatario está obligado a restituir la cosa misma que se le entregó, sin poderla sustituir por otra, pues el comodato es préstamo de cosas no fungibles.

El derecho del comodatario, como derecho personal que es, hace que se diferencie netamente el comodato del *derecho real de uso*, al que ya nos referimos al tratar de los derechos reales accesorios.

Una característica del comodato que lo diferencia también del usufructo, es que mientras en éste el usufructuario puede ceder o entregar a un tercero su derecho de goce, en el comodato el comodatario no puede conceder a persona distinta el uso de la cosa entregada en comodato. Asimismo, no tiene derecho más que al uso de la cosa, pero no a los frutos ni a las accesiones de la misma.

En relación a los riesgos del contrato, y tomando en consideración su gratuidad, la ley establece la responsabilidad del comodatario aun frente al caso fortuito, si ha empleado la cosa en uso diverso del que normalmente le corresponde, o por más tiempo del convenido.

El comodato termina por la muerte del comodatario.

### 80. *Contratos de guarda: depósito y secuestro*

En estos contratos hay una entrega precaria de la cosa, con obligación, para quien la recibe, de devolverla en el momento

en que el depositante o la persona que tenga derecho a ella en el caso de secuestro, la reclame. En nuestra ley el depósito no es por naturaleza un contrato gratuito, sino por el contrario, oneroso, ya que el depositario tiene derecho a exigir una retribución por el depósito, y en consecuencia su responsabilidad en caso de pérdida de la cosa es menor que la del comodatario.

Uno de los aspectos más interesantes en este contrato, es el relativo al derecho de retención que la ley concede al depositario que no ha sido resarcido de los gastos que ha hecho con motivo del depósito, pero en la inteligencia de que esta retención no puede hacerla de propia autoridad, sino que necesita que el juez la autorice.

Nuestro Código hace también referencia al secuestro como especie del depósito, definiéndolo en función de la entrega de una cosa litigiosa en poder de tercero, hasta que se decida a quien debe entregarse. El secuestro puede ser convencional o judicial, pero a este último la ley sustantiva no se refiere, pues su reglamentación la deja al Código de Procedimientos Civiles.

## 81. *Contratos de prestación de servicios, materiales o inmateriales.* *El mandato*

Estos contratos que algunos autores llaman *de cooperación o de resultado*, tienen como característica que en todos ellos una persona desarrolla una actividad tendiente a obtener un resultado a favor de otra persona;<sup>24</sup> ese resultado puede ser *material*, por ejemplo, la producción de un objeto, la construcción de una casa, etcétera, en cuya hipótesis nos encontramos frente a un contrato de obra, o bien *inmaterial*, como por ejemplo la prestación de servicios profesionales, o la celebración de actos jurídicos en nombre de otra persona. En este último caso nos encontramos frente al contrato de mandato, que será el primero de los contratos de prestación de servicios que examinaremos en esta breve reseña.

El Código de 1928 define al mandato como aquel contrato por virtud del cual el mandatario se obliga a ejecutar *por cuenta* del mandante los actos jurídicos que éste le encarga. Se corrigió así la defectuosa concepción que del mandato tenían los viejos códigos, ya que el de 1884 definía al mandato o procuración como aquel acto por el cual una persona da a otra la facultad de hacer en su nombre alguna cosa; es decir, que de acuerdo con esta definición, habría mandato cuando el mandatario quedara encargado de realizar actos materiales, lo que es inadmisibles, ya

<sup>24</sup> Messineo, t. vi, p. 36.

que por esencia el mandato tiene por objeto únicamente la realización de actos jurídicos.

Además, esta definición del Código de 1884 presuponía que necesariamente el mandato debía ser representativo, siendo así que la doctrina había reconocido desde mucho antes, la posibilidad de un mandato sin representación. De allí que el Código de 1928, acogiendo francamente la teoría que admite la existencia del mandato aun cuando no se obre en nombre y representación de otra persona, estableció la posibilidad de ambas especies de mandato, representativo y no representativo, al decir que el mandatario, salvo convenio en contrario, podrá desempeñar el mandato tratando en su propio nombre o en el del mandante. Cuando el mandatario obra en su propio nombre, es decir, sin representación, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante. En este caso, el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuere personal suyo. Exceptúase el caso de que se trate de cosas propias del mandante.

Este mandato no representativo ha sido aceptado en todos los códigos del país, con excepción de los de los Estados de Hidalgo y Jalisco, que mantienen el mandato forzosamente representativo establecido por el Código de 84.

Falta indicar que este mandato no representativo se tomó del Código de Comercio mexicano que con tal carácter delinea la comisión mercantil.

El mandato es por esencia oneroso; sólo será gratuito cuando haya habido convenio expreso. En los casos en que el mandato implique el ejercicio de una profesión, se presume aceptado cuando es conferido a personas que ofrecen al público sus servicios profesionales, por el sólo hecho de que no lo rehusen dentro de los tres días siguientes.

## 82. *Formas de mandato; obligaciones entre las partes y con relación a tercero*

Además de los mandatos para casos especiales, la ley mexicana prevé tres formas de poder general que son: para pleitos y cobranzas, para actos de dominio y para actos de administración. En los poderes de la primera especie, bastará que se diga que se otorga con todas las facultades generales y las especiales que requieran cláusula especial conforme a la ley, para que se entiendan conferidos sin limitación alguna. En los poderes generales para actos de dominio, bastará que se den con ese carácter para que el apoderado tenga todas las facultades de

dueño, tanto en lo relativo a los bienes, como para hacer toda clase de gestiones a fin de defenderlos. En la última especie de poder general, su otorgamiento faculta al apoderado para realizar todos los actos y gestiones administrativos con plenitud.

Las obligaciones de las partes del mandato entre sí, y de ambas en relación a tercero, se circunscriben a tres aspectos fundamentales: *a)* el mandatario debe sujetarse a las instrucciones del mandante; *b)* el mandante debe anticipar al mandatorio las cantidades necesarias para la ejecución del mandato, o reembolsarle las que éste hubiere adelantado, “aunque el negocio no haya salido bien”, como dice nuestro Código; *c)* el mandante es responsable frente a terceros, del cumplimiento de las obligaciones que el mandatario haya contraído dentro de los límites del mandato.

El mandato termina por la muerte o por la interdicción del mandante o del mandatario. Sin embargo, cuando se trata de la muerte del mandante, la Ley obliga al mandatario a continuar en la administración de los bienes, entretanto los herederos proveen por sí mismos a los negocios, siempre que de no hacerlo resultare algún perjuicio. Si es el mandatario quien muere, sus herederos deberán avisar al mandante a la mayor brevedad y practicar solamente aquellas diligencias estrictamente necesarias para evitar cualquier perjuicio.

El mandato es por esencia revocable; sin embargo, puede dejarlo de ser en aquellos casos en que su otorgamiento se hubiere estipulado como condición en un contrato bilateral, o como un medio para cumplir una obligación contraída. En estos casos tampoco puede el mandatorio renunciar el poder. El mandatario que renuncie tiene obligación de seguir el negocio mientras su poderdante no provee a la procuración, si de lo contrario se sigue algún perjuicio.

Dentro de la regulación del mandato y como una de las especies más importantes del mismo, la Ley regula el mandato judicial, estableciendo las obligaciones y responsabilidades de los abogados en el ejercicio de su profesión ante los Tribunales. Obligación genérica, como que es fundamental de la abogacía, es que el apoderado haga todo lo necesario para la defensa de su poderdante, arreglándose al efecto a las instrucciones que éste le haya dado; y agregamos nosotros, a lo que la ciencia y la técnica jurídicas, en las cuales debe ser perito el abogado, le aconsejen.

Específicas para esta especie de mandato, son las disposiciones del Código conforme a las cuales el abogado que acepte el mandato de una de las partes no puede admitir el del contrario en el mismo juicio, aunque hubiere renunciado al primero; pues de lo contrario cometería prevaricato. Asimismo, el abogado que

revele a la parte contraria los secretos de su poderdante o de su cliente, o le suministre documentos o datos que le perjudiquen, será responsable de los daños y perjuicios, además de quedar sujeto a las correspondientes sanciones penales.

En general, en nuestra Ley positiva se notan, como en muchos otros de los códigos civiles que datan de algunos años, muchas lagunas en la regulación de estos contratos de prestación de servicio profesional. Como veremos adelante al tratar de los contratos que llevan específicamente este nombre y que se refieren al ejercicio de las profesiones de médico, de ingeniero, arquitecto, etcétera, uno de los puntos en que es más urgente la modernización de la Ley civil, es en estos contratos con profesionales, tanto para proteger a los que emplean sus servicios de las arbitrariedades, excesivo afán de lucro o irresponsabilidad de aquéllos, como a los profesionistas del incumplimiento y muchas veces mala fe de los clientes. Algunos de los códigos civiles más modernos y adelantados, como por ejemplo el italiano y el etiope, regulan con detalle inspirándose en las más sanas reglas de justicia y equidad, estos contratos de prestación de servicios profesionales, tipificando algunos del mayor interés como el *contrato con médicos* y el *contrato de hospitales* (Etiopía, artículos 2639 y ss.), dando preferencia de manera fundamental a la organización profesional de tipo colegiado que tan urgentemente es necesario instituir en México.

### 83. *Contratos de prestación de servicios (profesionales y materiales)*

Aparte de la observación anterior, que nos parece ser la fundamental en relación a estos contratos profesionales, poco queda por decir, puesto que de ella misma se desprende que es deficiente la regulación del ejercicio de las profesiones en nuestras leyes civiles. Sin embargo, nuestro Código contiene algunas reglas sobre honorarios de los profesionistas y responsabilidad de los mismos, a las cuales haremos breve referencia.

En cuanto a los honorarios, la ley establece que a falta de convenio se regularán atendiendo juntamente a varios factores, tales como la costumbre del lugar, importancia del asunto, reputación profesional y posibilidad del cliente; pero que si los servicios prestados estuvieren regulados por Arancel, a éste se atenderán las partes. Los honorarios sólo pueden ser cobrados por los titulados, cuando la ley exija el título para el ejercicio de una profesión; no así por los no titulados, disposición que no pasa de tener valor teórico, pues todos sabemos que el campo profesional está lleno de personas que sin tener título ejercen la profesión

y cobran los honorarios. A éstos tiene derecho el profesionista aunque no tenga éxito en el negocio o asunto que se le confió.

En cuanto a responsabilidad, la ley establece que el profesionista sólo es responsable frente a su cliente en los casos de negligencia, impericia o dolo, sin perjuicio de las penas que merezca en caso de delito.

#### 84. *Contrato de obra a precio alzado*

Cuando el contrato de prestación de servicios tiene por objeto la realización de cosas u obras materiales, o de una obra específica como construir una casa o hacer una mesa, estamos frente al contrato de obra a precio alzado o por presupuesto (el clásico *opus* de los romanos), que es el único que regula la ley civil, y ello porque el empresario pone los materiales. Los restantes contratos de obra en que el operario sólo pone su trabajo, son considerados contratos laborales y su regulación se hace por la Ley Federal del Trabajo.

La celebración del contrato de obra debe hacerse preferentemente por escrito y acompañarlo de un plano, diseño o presupuesto, con el fin de reducir los conflictos posibles entre las partes que serían muy frecuentes si no quedaran perfectamente bien determinadas las especificaciones de la obra que habrá de realizar el empresario o constructor. Se entiende que el plano, diseño, etcétera, como parte de la obra que es, no se cobrará fuera del precio de aquella, a menos que por culpa del dueño no se ejecute la obra o ésta fuere realizada por otra persona distinta del autor del plano, aun cuando hubiere modificaciones en los detalles.

Iniciada la construcción de la obra, el riesgo de la misma correrá a cargo del empresario hasta el acto de la entrega, a menos que hubiere habido morosidad en el dueño para recibirla o que expresamente éste hubiere asumido los riesgos. Al entregarse la obra se pagará el precio que no podrá ser aumentado por el constructor aun cuando en el curso de la construcción hubiere acaecido un aumento en el precio de los jornales o de los materiales, ya que estas fluctuaciones en los precios forman parte del riesgo asumido por el empresario. Si se trata de obras que consisten de diferentes piezas o medidas, puede el constructor obligar al dueño a que se las reciba parcialmente y a que se las pague en la misma proporción.

Quien se obliga a ejecutar alguna obra no puede encargarle a otro la construcción de la misma, a menos de consentimiento expreso del dueño; y esto se debe a que el contrato de obra se celebra normalmente *intuitae personae*, o sea atendiendo a las

aptitudes, experiencia y calidad en sus trabajos que ofrece un determinado constructor. De allí que la ley establezca también, que aun cuando haya sustitución del constructor, la obra se hará siempre bajo la responsabilidad del primitivo empresario.

El empresario es responsable de los defectos y vicios de construcción que aparezcan en la obra, así como de su mala hechura o mala calidad de los materiales que empleó; y asimismo es responsable del trabajo ejecutado por las personas que hubiere ocupado en la obra, quienes no tendrán acción directa contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que alcance el empresario.

Por último, diremos que la ley concede al constructor de una obra mueble el derecho a retenerla entre tanto no se cubra su importe y que además, al fijar la prelación de los créditos civiles para el caso de concurso, considera al crédito que existe a favor del constructor, como uno de los privilegiados para ser cubierto preferentemente con el valor de la misma obra.

### 85. *Contrato de hospedaje*

Dentro de la extensa gama de contratos caracterizados por su finalidad de prestar un servicio a terceros, la ley regula el contrato de hospedaje que la doctrina ha caracterizado como uno de los contratos mixtos formado por las prestaciones típicas de los diversos contratos nominados, ya que en efecto, en el hospedaje encontramos un arrendamiento, venta de alimentos, depósito de equipajes, etcétera.

Este contrato, cuya regulación cae normalmente dentro de la esfera de los reglamentos administrativos, merece sin embargo algunas regulaciones de carácter civil, como por ejemplo, las que se refieren al derecho de retención que tiene el hostelero sobre los equipajes de sus huéspedes, pues no tiene obligación de devolverlos sino hasta que se cubra el importe del hospedaje; así como aquellas contenidas en nuestro Código de 1928 en el contrato de depósito, y cuyo lugar adecuado estaría al tratar del hospedaje, que se refieren a la responsabilidad que los hosteleros tienen en los casos de deterioro o pérdida de los efectos que introduzcan los clientes en las posadas u hoteles, responsabilidad que el Código de referencia indebidamente limitó a doscientos cincuenta pesos cuando no se puede imputar culpa al hostelero o a su personal.

La responsabilidad del posadero sólo existe, si se trata de dinero o valores, cuando le sean entregados en depósito a él o a sus empleados, sin que pueda eximirse de la responsabilidad colocando anuncios para eludirla, pues dice la ley que cualquier pacto que se celebre limitando o modificando esa responsabilidad, será

nulo. Debe entenderse, sin embargo, que en tratándose de dinero o valores no rige el límite de doscientos cincuenta pesos indicado, pues en estos casos y como se trata de depósitos, el hotelero habrá de devolver íntegramente todo lo que ha recibido en guarda.

## 86. *Contratos de asociación*

En el Código de 1928 esos contratos son dos: la asociación propiamente dicha y la sociedad civil. En el Código de 1884 solamente se preveía la sociedad, y había gran confusión entre las sociedades civiles y mercantiles, pues en uno de sus preceptos el Código citado establecía que las sociedades civiles podían regirse por las reglas comerciales.

## 87. *Las asociaciones*

La asociación, según la definición de la Ley positiva mexicana, es la reunión de varios individuos en forma permanente y transitoria, para realizar un fin común que sea lícito y que no tenga un carácter *predominantemente* económico.

Sabida es la distinción entre la sociedad y la asociación, pues mientras aquella se caracteriza por su fin lucrativo, o sea la obtención de beneficios que habrán de repartirse entre los socios, la segunda, por el contrario, no se propone como fin la obtención y división de las ganancias, sino la realización de fines de interés general de orden caritativo, literario, artístico, etcétera. Nuestro Derecho resintió la desconfianza que en ciertos regímenes europeos, sobre todo de tipo dictatorial, existió hacia la asociación, pues mientras que la sociedad civil o comercial fue siempre un contrato reconocido y regulado por la ley, la asociación en países como Francia vivió siempre “bajo la buena voluntad administrativa”, para usar la frase de Planiol<sup>25</sup> y no fue sino hasta la célebre Ley de 1º de julio de 1901, que en aquel país se reconoció la licitud de las asociaciones civiles.

Inspirados nuestros códigos civiles en el Código de Napoleón y otros ordenamientos europeos de aquella época, no tiene nada de extraño que no hubieran dado cabida al contrato de asociación que como tal se regula, según hemos dicho, hasta el Código de 1928.

Establecida, pues, la característica del contrato, que es la de no tener finalidades de lucro sino cualquier otro fin, diremos con Planiol que es imposible definir a la asociación por su objeto, ya que éste varía infinitamente, pues todas las formas de la

<sup>25</sup> *Tratado elemental de derecho civil*, núm. 1993.

actividad humana son susceptibles de ejercerse por medio de la acción colectiva de hombres asociados.

Como hemos visto al tratar de las personas morales, la asociación goza en el Derecho mexicano de personalidad jurídica, pues ésta es otorgada a los sindicatos, asociaciones profesionales y a las demás asociaciones que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquier otro fin lícito, siempre que no fueren desconocidas por la Ley.

La asociación se regirá por sus estatutos; en consecuencia, el Código contiene sólo algunas reglas —supletorias unas, imperativas otras— para normar la marcha de la asociación. Así establece que el poder supremo reside en la asamblea general de asociados; que sólo ésta puede tomar resoluciones sobre los asuntos importantes que se refieran al manejo de la asociación, teniendo cada asociado, por el sólo hecho de serlo, derecho a un voto en la asamblea. Los socios tienen derecho de vigilar que las cuotas se dediquen al fin que se propone la asociación, y con ese objeto pueden examinar los libros de contabilidad y demás papeles.

En caso de disolución, los bienes se aplicarán en los términos de los estatutos o los que decida la asamblea general; pero si se aplicaren a los asociados, sólo podrá ser en proporción a sus aportaciones, ya que los demás bienes se entregarán a otra asociación o fundación de objeto similar a la extinguida.

## 88. *Las sociedades*

Mientras que el Código de 1884 regulaba las sociedades ajustándose estrictamente a los modelos europeos, dividiéndolas en universales y particulares, entre aquellas las sociedades de gananciales, etcétera, el Código de 1928 estructuró en forma sencilla y moderna este contrato, distinguiéndolo de la sociedad mercantil al decir que será civil toda aquella sociedad cuya finalidad no consista en una especulación mercantil.

Como disposiciones importantes en la regulación del contrato de sociedad, encontramos la que se refiere a las sociedades irregulares o de hecho, según la cual, la falta de forma prescrita para el contrato de sociedad (que es la de instrumento público en la mayoría de los casos) sólo produce el efecto de que los socios puedan pedir en cualquier tiempo la liquidación de la sociedad; pero que mientras ésta no se pida, el contrato produce todos los efectos entre los socios y éstos no pueden oponer a terceros que hayan contratado con la sociedad, la falta de forma.

De esta manera se cerró la puerta a uno de los casos más frecuentes de conflictos y se protegió el interés general.

Igualmente es importante la disposición que establece que las

obligaciones sociales estarán garantizadas subsidiariamente por la responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios que administren; pero que los demás socios, salvo convenio en contrario, sólo estarán obligados con su aportación.

Contiene la Ley numerosas normas en protección de los intereses de las minorías. Así, por ejemplo, la que establece que el nombramiento de los administradores no priva a los demás socios del derecho de examinar el estado de los negocios sociales y de exigir a este fin, la presentación de libros, documentos y papeles, con el objeto de que puedan hacerse las reclamaciones que se estimen convenientes, sin que sea válida la renuncia que de este precepto se hiciera. Asimismo, las obligaciones contraídas por la mayoría, sin conocimiento de la minoría o contra su voluntad expresa, serán válidas; pero los que las hayan contraído serán personalmente responsables a la sociedad de los perjuicios que por ellas se causen. Por último, será nula la sociedad en la que se estipule que los provechos pertenezcan exclusivamente a alguno o algunos de los socios y todas las pérdidas a otro u otros.

La sociedad se disuelve por el consentimiento unánime de los socios, o por alguna de las causas fijadas en la ley o en el contrato, tales como cumplimiento del término, realización del fin social o imposibilidad de la consecución del mismo; muerte de alguno de los socios, si fuere el industrial o alguno con responsabilidad ilimitada; por renuncia o por resolución judicial.

Disuelta la sociedad se pondrá en liquidación, agregando a su nombre el estado en que se encuentra, es decir, “en liquidación”, la cual, deberá ser practicada por los socios a menos que estos acuerden nombrar liquidadores o que ya hubieren sido nombrados en la escritura social. La Ley regula con minuciosidad la forma como deberá practicarse esa liquidación, y por tanto, la distribución de pérdidas o ganancias que habrá que hacer entre los socios.

## 89. *Aparcería*

Un contrato también de tipo asociativo, pero limitado a la explotación de la propiedad rústica, es el de *aparcería*. Los autores italianos la consideran como uno de los llamados *contratos agrarios*, cuya definición según Messineo,<sup>26</sup> es la de aquellos contratos que tienen por objeto la utilización por parte del no-propietario, de un fundo rústico; y también de cosas que están destinadas a la explotación del mismo, como los aperos, útiles de labranza, o los semovientes o ganado que en él se encuentren.

<sup>26</sup> *Op. cit.*, t. VI, p. 85.

En el Derecho mexicano la aparcería puede ser agrícola o de ganados. La primera tiene lugar cuando una persona da a otra un predio rústico para que lo cultive, a fin de repartirse los frutos en la forma que convengan, o a falta de convenio, conforme a las costumbres del lugar. Pero para evitar abusos, sobre todo en perjuicio del “mediero”, que así se llama en el campo mexicano al labrador que cultiva en aparcería el campo de otro, la Ley establece que a dicho aparcerero nunca podrá corresponderle por sólo su trabajo, menos del 40% de la cosecha.

Este porcentaje es el fijado por el Código de 1928; pero algunos códigos de provincia, acentuando la protección del mediero, o le señalan un porcentaje mayor, o bien fijan con detalle el porcentaje que le corresponderá atendiendo a la diferente calidad de las tierras, a la circunstancia de que se le entreguen o no instrumentos de labranza, semilla, etcétera (Códigos de los Estados de Aguascalientes, Chiapas, Hidalgo, San Luis Potosí, Tamaulipas).

La ley fija, además, algunos otros derechos que corresponden al aparcerero: desde luego el “mediero” que hubiere trabajado el campo el año anterior, tiene preferencia para que el dueño de la tierra le entregue ésta en aparcería para el siguiente año agrícola. Asimismo la ley establece que si durante el término del contrato falleciere el dueño del predio o éste fuere enajenado, la aparcería subsistirá, pero que si quien muere es el aparcerero, el contrato puede darse por terminado. En esta hipótesis se establece que si a la muerte del aparcerero ya se hubieren hecho algunos trabajos, tales como el barbecho del terreno, la poda de los árboles o cualquier otra obra necesaria para el cultivo, si el propietario da por terminado el contrato, tiene obligación de pagar a los herederos del aparcerero el importe de sus trabajos.

Al lograrse los frutos, dueño y aparcerero deberán reunirse para cosecharlos, pero si no se presentare el propietario, podrá el aparcerero hacer la cosecha midiendo, contando o pesando los frutos, en presencia de dos testigos mayores de toda excepción. En caso de que la cosecha se pierda por completo, el aparcerero no tiene obligación de pagar las semillas que le haya proporcionado el dueño; y si la pérdida es parcial, el pago de las semillas lo hará también en forma parcial.

Por último, diremos que cuando el aparcerero establezca su habitación en el campo que va a cultivar, tiene obligación el propietario de permitirle que construya su casa y que tome el agua potable y la leña que necesite para satisfacer sus necesidades y las de su familia, así como también permitirle el pastaje de sus animales.

La aparcería es forzosa en los casos en que el propietario aban-

done sus tierras o las deje de cultivar, pues entonces el Código establece que la autoridad municipal podrá obligar a aquél a dar las tierras en ese contrato, a quien las solicite y ofrezca las condiciones necesarias de honorabilidad y solvencia.

Además de la aparcería agrícola, la ley regula la de ganados, que es aquella por virtud de la cual una persona da a otra cierto número de animales a fin de que los cuide y alimente, con el objeto de repartirse las crías y sus demás productos, como pieles, crines, lanas, leche, etcétera.

Como en la agrícola, la aparcería de ganados queda sujeta de manera preferente a las costumbres del lugar, lo que es lógico, pues la índole de estos contratos hace que obedezcan normalmente a reglas no consignadas en ley alguna, sino sujetos a normas consuetudinarias. Sin embargo, se cuida el Código de exigir al aparcero que emplee en la guarda y trato de los animales, la mayor diligencia posible, pues de lo contrario habrá de responder de los daños y perjuicios. Por su parte, el propietario tiene la obligación de garantizar al aparcero la posesión del ganado y a responder en caso de evicción del mismo.

Ni el aparcero ni el propietario podrán disponer libremente de las cabezas o de las crías, debiendo hacerse la distribución conjuntamente.

## 90. *Contratos aleatorios*

Llámanse así en el Derecho mexicano, aquellos contratos en los cuales la prestación que se debe depende de un acontecimiento incierto, lo que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida sino hasta que ese acontecimiento se realice. A diferencia de los conmutativos, en los cuales las prestaciones son ciertas y conocidas desde el tiempo de la celebración del contrato.

Nuestra ley regula entre los contratos aleatorios, el juego o apuesta, la compra de esperanza y la renta vitalicia.

## 91. *Juego y apuesta*

Sabemos que en estos contratos lo importante es la consideración de que los mismos sólo engendran una obligación natural, pero no dan nacimiento a una obligación civil porque la Ley, atendiendo a la finalidad ilícita y antisocial de esas actividades (jugar, apostar) no concede al vencedor acción para obtener el pago de la ganancia. Sin embargo, esta ausencia de obligación civil no es absoluta, porque se distingue según que se trate de juegos prohibidos o permitidos. En los primeros, la ausencia de acción civil sí es completa, ya que nuestro Código expresa que la

ley no concede acción para reclamar lo que se gana en juegos prohibidos. En cuanto a los permitidos, la ley otorga una obligación civil parcial, estableciendo que ésta existe siempre que lo perdido no exceda de la vigésima parte de la fortuna del jugador. Inspirada en las mismas razones, la ley establece un plazo brevísimo de prescripción; treinta días tan sólo para cobrar la deuda de juego.

A efecto de evitar que por subterfugios o simulaciones se viole la sanción legal y se transforme la obligación meramente natural en civil, el Código establece que la deuda proveniente de un juego o una apuesta prohibidos, no puede ser compensada, ni novada y que si la hace contener en un título aparentemente válido, se puede en todo momento demostrar la verdadera causa de la obligación y anular la deuda.

## 92. *De la compra de esperanza*

Se llama compra de esperanza al contrato que tiene por objeto adquirir por una cantidad determinada, los frutos que una cosa produzca en el tiempo fijado, tomando el comprador para sí el riesgo de que esos frutos no lleguen a existir; o bien, los productos inciertos de un hecho, que puedan estimarse en dinero.

El vendedor tiene derecho al precio, aunque no lleguen a existir los frutos o productos comprados. Los demás derechos y obligaciones de las partes en la compra de esperanza, serán los que se determinan en el título de compraventa.

## 93. *Renta vitalicia*

De los diversos contratos de renta, caracterizados porque en ellos se convierte en prestaciones periódicas un capital previamente constituido, la Ley mexicana vigente sólo conservó la renta vitalicia y suprimió las diversas especies de censo (consignativo y enfiteútico) que regulaban los viejos Códigos del 70 y del 84. La razón de ser de esta supresión, según se ve de la Exposición de motivos del Código de 28, fue que dichos censos habían caído en desuso, pero fundamentalmente por los perjuicios que derivan del desmembramiento de la propiedad, característicos de la enfiteusis.

La renta vitalicia es contrato aleatorio porque la circunstancia de que la obligación sea más o menos gravosa, depende de la mayor o menor vida del vitaliciado, y nuestro Código la define como aquel contrato por el cual el deudor se obliga a pagar periódicamente una pensión durante la vida de una o varias personas determinadas, mediante la entrega de una cantidad de

dinero o de una cosa mueble o raíz estimadas, y cuyo dominio se transfiera a dicho deudor, desde luego.

No es preciso que la renta surja de contrato; por el contrario, es frecuente que se constituya a virtud de testamento. El acontecimiento incierto del que depende el álea, o sea la vida de una persona, puede ser o bien la del deudor o bien la del donante o la de un tercero, variando la duración del contrato según la persona sobre cuya vida se haya constituido la renta.

El contrato de renta vitalicia es nulo si la persona sobre cuya vida se constituye ha muerto antes de su otorgamiento; y también cuando el vitaliciado, o persona a cuyo favor se constituyó la renta, muere dentro del plazo que se fije en el contrato.

#### 94. *Contratos de garantía*

En este grupo la ley regula un contrato de garantía personal, como es la fianza; y dos contratos de garantía real, que son la prenda y la hipoteca. El Código de 28 suprimió el contrato de anticresis por considerarlo desusado, afirmación inexacta porque esta garantía, que consiste en el empeño de un inmueble para que el acreedor lo disfrute mientras el deudor paga el préstamo, es todavía muy empleado en los medios rurales del país.

#### 95. *La fianza*

Cuando para garantizar el cumplimiento de la obligación que una persona ha contraído, le ofrece al acreedor el patrimonio y la responsabilidad de otra persona, estamos frente al contrato de fianza, garantía personal porque a diferencia de las propiamente reales y específicas en que se ofrece un bien determinado para responder de la deuda (prenda e hipoteca) en la fianza el fiador responde con todo su patrimonio.

Como contrato accesorio que es, la fianza requiere para su validez la existencia de una obligación principal también válida. No obsta, sin embargo, que la obligación garantizada esté pendiente de liquidación; puede darse la fianza pero el fiador no podrá ser compelido a pagar hasta en tanto no se haya determinado el monto de la obligación principal.

Como la fianza deriva del monto de dicha obligación, el fiador no podrá obligarse nunca a más de lo que se obligó el deudor principal; pero sí puede ser, en cambio, parcial su garantía. Si la obligación principal consistió en la prestación de un hecho o de una cosa, puede pactarse válidamente que en caso de no hacerlo, los daños y perjuicios que de ello resulten serán cubiertos por el fiador.

La fianza no es ni esencialmente gratuita ni fundamentalmente onerosa, ya que ambas especies de fianza son reconocidas por ley.

Dos son los aspectos más importantes de las relaciones entre el fiador y el acreedor; son los que se refieren a los beneficios de orden y excusión, a los cuales tiene derecho el fiador, aunque en la práctica de los negocios normalmente los renuncia. El beneficio de orden consiste, como su nombre lo indica, en el derecho que tiene el fiador de que primeramente sea demandado el deudor principal, antes de que el acreedor vaya contra el fiador; y el de excusión consiste en aplicar todos los bienes que tenga el deudor para el pago de la deuda, y sólo que con ellos no se cubra el crédito, podrá el acreedor demandar al fiador por el cumplimiento de la obligación.

Estos beneficios no podrán ser, sin embargo, invocados por el fiador (además de los casos de renuncia expresa de los mismos), cuando el deudor se hubiere ausentado del país o se ignore su paradero; no tenga bienes embargables en el lugar donde deba cumplirse la obligación, y en los casos de concurso del propio deudor. Con el objeto de que el fiador pueda usar del beneficio de excusión, la ley faculta al Juez para concederle un plazo durante el cual el fiador haga la excusión de los bienes del deudor. Asimismo, aunque el fiador hubiere renunciado a ambos beneficios, al ser demandado por el acreedor puede denunciar el pleito al deudor principal para que éste rinda las pruebas que crea conveniente; y si no sale al proceso, le parará perjuicio la sentencia.

En cuanto a los efectos de la fianza por lo que ve a las relaciones del fiador y del deudor, diremos que cuando el fiador paga la deuda, debe, como es natural, ser resarcido por el deudor no sólo del importe de la deuda principal, sino también de sus intereses, gastos y de los daños y perjuicios que del otorgamiento de la fianza se hayan derivado. Estamos aquí frente a un caso más de subrogación legal, porque en efecto, el fiador que paga se subroga en todos los derechos que tenía el acreedor contra el deudor.

Por último, hay ciertas hipótesis en las cuales el fiador tiene derecho a exigir que el deudor garantice el pago o bien lo releve de la fianza, que son aquellos en los cuales el deudor ha caído en estado de insolvencia o se ha ausentado del país, o también cuando habiendo sido la fianza por tiempo determinado, ese plazo ha fenecido. Naturalmente, estos derechos del fiador contra el deudor no pueden perjudicar al acreedor que precisamente tiene la fianza en garantía de la insolvencia del deudor, significando únicamente estos preceptos de la Ley, que cuando estas situaciones se producen, puede haber un vencimiento anticipado

del contrato de fianza, pero exclusivamente por lo que toca a las relaciones de fiadores y deudores.

La fianza se extingue cuando se extingue la obligación principal, y por las mismas causas que las demás obligaciones. Pero hay casos específicos de extinción de la fianza derivados de la naturaleza de este contrato, que son los siguientes: *a)* cuando habiendo varios fiadores, uno de ellos es liberado por el acreedor, porque en este caso esa liberación aprovecha a todos; *b)* cuando el acreedor, por su culpa o negligencia, hace que los fiadores no puedan subrogarse en los derechos y privilegios del mismo acreedor; *c)* cuando el acreedor, sin consentimiento del fiador, concede al deudor una prórroga o espera, o bien en caso de quita; *d)* cuando habiéndose constituido la fianza por tiempo determinado y vencido éste, el acreedor no requiere judicialmente al deudor treinta días después de la expiración del plazo; *e)* cuando habiéndose otorgado la fianza por tiempo indeterminado y se haya hecho exigible la obligación principal, el acreedor tampoco promueve judicialmente el cumplimiento de la obligación en el citado plazo de un mes; *f)* cuando en uno u otro caso, ya entablado el juicio contra el deudor, el acreedor deje de promover en él sin causa justificada, durante un lapso mayor de tres meses.

La ley regula, por último, la fianza legal o judicial, que es aquella que una persona propietaria de bienes raíces, otorga para garantizar obligaciones frente al Fisco o de carácter administrativo, o para asegurar la libertad de una persona sujeta a proceso. En estos casos, deberá hacerse una anotación al margen de la inscripción de propiedad correspondiente, siendo importante la misma porque el Código establece que si bien ella no impide la venta del bien raíz, sí hará considerar fraudulenta la enajenación del bien propiedad del fiador, en caso de que este resultare insolvente. Para los fiadores legales o judiciales no hay beneficios de orden ni de excusión.

## 96. *La prenda*

A diferencia de lo que sucede en la fianza, en la que, como hemos dicho, la garantía consiste en todo el patrimonio del fiador, en la prenda y en la hipoteca son bienes determinados los que específicamente responden del cumplimiento de una obligación. De allí que se les llame garantías reales, y la doctrina indica que las mismas confieren al acreedor dos derechos fundamentales, a saber: un derecho de preferencia y un derecho de persecución.

La innovación fundamental del Código de 1928 en relación a sus predecesores, consiste en la admisión de la prenda con entrega virtual o jurídica, o sea aquella en que la cosa se deposita en

poder de tercero, o bien la retiene el mismo deudor por convenio con el acreedor; sólo que entonces, como su posesión es precaria, tiene la obligación de entregarla realmente cuando se le exija, y si dispusiere de su propia cosa dada en prenda, cometería el delito de abuso de confianza. Esta prenda debe inscribirse en el Registro Público. La prenda es definida por la Ley como aquel derecho real que se constituye sobre un bien mueble, para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago.

Los derechos fundamentales que conceden las garantías reales al acreedor, se encuentran en la prenda: así la Ley establece que el acreedor adquiere por el empeño, el derecho a recobrar la prenda de cualquier detentador, sin exceptuar al mismo deudor (derecho de persecución) y el derecho a ser pagado con el precio de la cosa empeñada (derecho de preferencia). Pero además, en la prenda, y dado que lo normal es que el acreedor la retenga, la ley da a éste el derecho de que se le indemnice de los gastos que hubiere hecho para conservar la cosa empeñada.

Por cierto, que en la conservación de la prenda la ley impone al deudor la máxima diligencia, so pena de responder de los daños y perjuicios que sufra por su culpa o negligencia. Pueden darse casos en que el acreedor abuse de la cosa empeñada, es decir, que use de ella sin autorización del deudor, o que la deteriore o la altere; en estos casos la ley faculta al deudor para que haga que la autoridad obligue al acreedor a depositar la cosa o a dar fianza de que la restituirá en el estado en que la recibió.

El derecho y la obligación que resulten de la prenda, son indivisibles; pero si el deudor está autorizado para hacer pagos parciales y dio en prenda varios objetos o uno que sea cómodamente divisible, podrá irlos redimiendo a medida que vaya saldando el crédito; todo esto, naturalmente, salvo estipulación en contrario.

El Código vigente, para evitar los fraudes que se cometían muchas veces por el acreedor pignoraticio, abusando de la necesidad de su deudor, tomó disposiciones tendientes a proteger a éste al tiempo de la ejecución, estableciendo que el deudor y el acreedor pueden convenir en que éste se quede con la prenda al tiempo del vencimiento del plazo; pero en un precio que se fijará en este momento y no en la fecha de celebración del contrato. Asimismo la ley establece que es nula toda cláusula que autorice al acreedor a apropiarse la prenda fuera de almoneda pública, y de los procedimientos legales a que hemos hecho mención.

## 97. La hipoteca

La hipoteca, como garantía real específica de un crédito que es, tiene los mismos caracteres que hemos señalado a estos contratos de garantía real, o sean un derecho de *persecución* del bien contra cualquier persona en cuyas manos se encuentre y la *preferencia* en el pago sobre cualquier otro acreedor, si bien en relación a este último derecho, la jurisprudencia mexicana ha introducido alteraciones, pues reconoce preferencia, entre otros, a los créditos fiscales y a los derivados de alimentos.

Algunos autores añaden como características también de la hipoteca, su carácter de *especialidad* o sea que no puede afectar sino bienes determinados y por una suma determinada (criterio aceptado por la ley mexicana), y el de su *indivisibilidad*, o sea que recae sobre todas las partes del edificio o del inmueble, durando hasta la total satisfacción del crédito.

Precisamente en función de estos principios, la ley establece que la hipoteca se extiende, aunque no se exprese, a las accesiones naturales y a las mejoras del bien hipotecado, incluyendo los nuevos edificios que el propietario levante en el terreno, así como a los objetos muebles que allí se encuentren y que le estén incorporados, o sea a los que la ley llama bienes inmuebles por destino.

Con el objeto de proteger los intereses del deudor, la ley establece la no validez de los pactos que prohíben segundas o ulteriores hipotecas, diciendo enfáticamente que el pacto de no volver a hipotecar es nulo.

Puede haber hipoteca de la cosa indivisa, y en este caso, al hacerse la partición, la hipoteca gravará la parte que corresponda en dicha división, por lo que la ley concede al acreedor el derecho de intervenir en la partición para impedir que a su deudor se le aplique una parte con valor inferior al que le corresponda. También es hipotecable la nuda propiedad.

### A. Principales derechos del acreedor

Además de los ya enunciados de preferencia, persecución, etcétera, la hipoteca confiere al acreedor entre otros, los siguientes derechos: a) en caso de insuficiencia sobrevenida del inmueble hipotecado, puede exigir la mejora de la hipoteca o en su caso el pago anticipado del crédito hipotecario; b) mientras no se salde totalmente el crédito garantizado y aun cuando sea menor, el acreedor no verá reducido su derecho hipotecario; c) podrá prohibir al deudor el anticipo de rentas en caso de arrendamiento;

d) por último, puede adquirir la cosa hipotecada en remate judicial o por adjudicación, esta última en el precio que se fije al vencerse la hipoteca; pero no al constituirse.

### B. Hipoteca necesaria

Además de la hipoteca que las partes constituyen voluntariamente en garantía de un crédito, la Ley, atendiendo a la eficacia de este contrato para asegurar el cumplimiento de una obligación, exige que se constituya en forma forzosa, hipoteca para garantizar ciertos créditos. De esta manera asegura a los acreedores respectivos el cumplimiento y satisfacción de la obligación de que se trate.

En el Derecho mexicano son varios los casos de hipoteca necesaria, a saber: a) sobre los bienes de los ascendientes cuando sean meros administradores, para garantizar los derechos de los menores. Igualmente sobre los bienes de los tutores, para garantizar los créditos que puedan tener sus pupilos; b) sobre los bienes de la herencia a favor de los legatarios, para asegurar la entrega del legado. También a favor de los coherederos, para garantizar la distribución equitativa de la herencia; c) sobre los bienes de los administradores o recaudadores de rentas, para asegurar el correcto manejo de sus funciones en favor del Fisco estatal o municipal. Este mismo derecho lo tienen, dice la Ley, los “establecimientos públicos”, sin precisar cuáles son éstos.

La hipoteca necesaria puede ser pedida por los representantes o herederos de los incapacitados, por el Consejo Local de Tutelas, y por el Ministerio Público en todos los demás casos.

### C. Publicidad de la hipoteca

Para que esta garantía real surta efectos con relación a terceros, necesita siempre estar inscrita en el Registro Público; pero en nuestro Derecho no puede considerarse que el registro tenga una función constitutiva, pues lo es sólo publicitaria. Al tiempo de la extinción de la hipoteca se tiene derecho a pedir la cancelación de la inscripción, y también en los casos en que hayan pasado tres años desde la fecha de que se inscribió la cédula hipotecaria, esto es, cuando ya ha comenzado el litigio para la ejecución coactiva del crédito hipotecario.