



# Contratos Mercantiles

Licenciatura en Derecho

Quinto Cuatrimestre

Enero – Abril

Lic. Morales Cortés Andrea

---

## Marco Estratégico de Referencia

---

### Antecedentes históricos

Nuestra Universidad tiene sus antecedentes de formación en el año de 1978 con el inicio de actividades de la normal de educadoras “Edgar Robledo Santiago”, que en su momento marcó un nuevo rumbo para la educación de Comitán y del estado de Chiapas. Nuestra escuela fue fundada por el Profesor Manuel Albores Salazar con la idea de traer educación a Comitán, ya que esto representaba una forma de apoyar a muchas familias de la región para que siguieran estudiando.

En el año 1984 inicia actividades el CBTiS Moctezuma Ilhuicamina, que fue el primer bachillerato tecnológico particular del estado de Chiapas, manteniendo con esto la visión en grande de traer educación a nuestro municipio, esta institución fue creada para que la gente que trabajaba por la mañana tuviera la opción de estudiar por las tardes.

La Maestra Martha Ruth Alcázar Mellanes es la madre de los tres integrantes de la familia Albores Alcázar que se fueron integrando poco a poco a la escuela formada por su padre, el Profesor Manuel Albores Salazar; Víctor Manuel Albores Alcázar en julio de 1996 como chofer de transporte escolar, Karla Fabiola Albores Alcázar se integró en la docencia en 1998, Martha Patricia Albores Alcázar en el departamento de cobranza en 1999.

En el año 2002, Víctor Manuel Albores Alcázar formó el Grupo Educativo Albores Alcázar S.C. para darle un nuevo rumbo y sentido empresarial al negocio familiar y en el año 2004 funda la Universidad Del Sureste.

La formación de nuestra Universidad se da principalmente porque en Comitán y en toda la región no existía una verdadera oferta educativa, por lo que se veía urgente la creación de una institución de educación superior, pero que estuviera a la altura de las exigencias de los

jóvenes que tenían intención de seguir estudiando o de los profesionistas para seguir preparándose a través de estudios de posgrado.

Nuestra universidad inició sus actividades el 19 de agosto del 2004 en las instalaciones de la 4ª avenida oriente sur no. 24, con la licenciatura en puericultura, contando con dos grupos de cuarenta alumnos cada uno. En el año 2005 nos trasladamos a las instalaciones de carretera Comitán – Tzimol km. 57 donde actualmente se encuentra el campus Comitán y el corporativo UDS, este último, es el encargado de estandarizar y controlar todos los procesos operativos y educativos de los diferentes campus, así como de crear los diferentes planes estratégicos de expansión de la marca.

## **Misión**

Satisfacer la necesidad de educación que promueva el espíritu emprendedor, basados en Altos Estándares de calidad Académica, que propicie el desarrollo de estudiantes, profesores, colaboradores y la sociedad.

## **Visión**

Ser la mejor Universidad en cada región de influencia, generando crecimiento sostenible y ofertas académicas innovadoras con pertinencia para la sociedad.

## **Valores**

- Disciplina
- Honestidad
- Equidad
- Libertad

## Escudo



El escudo del Grupo Educativo Albores Alcázar S.C. está constituido por tres líneas curvas que nacen de izquierda a derecha formando los escalones al éxito. En la parte superior está situado un cuadro motivo de la abstracción de la forma de un libro abierto.

## Eslogan

“Pasión por Educar”

## Balam



Es nuestra mascota, su nombre proviene de la lengua maya cuyo significado es jaguar. Su piel es negra y se distingue por ser líder, trabaja en equipo y obtiene lo que desea. El ímpetu, extremo valor y fortaleza son los rasgos que distinguen a los integrantes de la comunidad UDS.

---

## Contratos Mercantiles

---

### **Objetivo de la materia:**

En el sistema económico mexicano actual, los contratos mercantiles constituyen un instrumento preponderante para numerosas transacciones realizadas primordialmente entre particulares, otorgando certidumbre a los actos jurídicos que se realizan día a día. Las actividades económicas modernas, ya sean éstas industriales, comerciales e incluso civiles, no serían posibles sin la certidumbre y la seguridad jurídica que ofrecen los contratos mercantiles. De este modo, los contratos mercantiles se han constituido como un poderoso sustento de los actos del derecho mercantil, a tal punto que los Estados mismos hacen uso de ellos. El principal cometido del presente documento es estudiar el régimen jurídico de los contratos mercantiles, de conformidad con las necesidades de los particulares que los suscriben.

### **Unidad I**

#### **INTRODUCCIÓN**

- I.1. Introducción. Principios constitucionales en materia de contratos
- I.2. Clasificación de los contratos
- I.3. Formación de los contratos
- I.4. Contrato de promesa
- I.5. Contrato de compraventa

### **Unidad 2**

#### **SUMINISTROS Y SECCIONES**

- 2.1. Suministro
- 2.2. Cesión del derecho de herencia.

2.3. Cesión de derechos litigiosos.

2.4. Cesión de contratos

### **Unidad 3**

#### **DIFERENTES TIPOS DE CONTRATOS**

3.1. Contrato de arrendamiento

3.2. Contrato de obra y de arrendamiento de servicios

3.3. Contrato de obra o empresa

### **Unidad 4**

#### **REPRESENTACIÓN Y CONTRATO**

4.1. Representación y contrato de mandato

4.2. Contrato de prenda

4.3. Contrato de hipoteca

#### **Criterios de evaluación:**

<b>No</b>	<b>Concepto</b>	<b>Porcentaje</b>
1	Trabajos Escritos	10%
2	Actividades web escolar	20%
3	Actividades Áulicas	20%
4	Examen	50%
<b>Total de Criterios de evaluación</b>		<b>100%</b>

## Bibliografía básica y complementaria:

### Linkografía:

- <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/las-bases-constitucionales-del-derecho-de-los-contratos.-analisis-critico-del-alcance-del-principio-de-la-autonomia-de-la-voluntad.-limites>
- [http://moodle2.unid.edu.mx/dts\\_cursos\\_md/lic/DE/DR/AM/09/clasificacion\\_contrato.pdf](http://moodle2.unid.edu.mx/dts_cursos_md/lic/DE/DR/AM/09/clasificacion_contrato.pdf)
- [http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAAAEAMtMSbFIjTAAAUNDCyNDtbLUouLM\\_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoApEtQgjUAAAA=WKE](http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAAAEAMtMSbFIjTAAAUNDCyNDtbLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoApEtQgjUAAAA=WKE)
- <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3133/3486>

## BIBLIOGRAFÍAS

- García Téllez, Ignacio, Motivos, colaboración y concordancias del nuevo código civil mexicano, México, 1932.
- Ghestin, Jacques, Le contrat, París, LGDJ, 1980.
- Gutiérrez y González, Ernesto, Derecho de las obligaciones, Puebla, Cajica, 1971 (4a. ed.).
- Ibarrola, Antonio de, Cosas y sucesiones, México, Porrúa, 1964 (2a. ed.).
- Josserard, Louis, Derecho civil, revisado y completado por André Brun, trad. de Santiago Conchillos y Manterola, Barcelona, Bosch, 1950.

- LASARTE ALVAREZ, C *“Principios de Derecho civil” Tomo III- Contratos*. Editorial TRIVIUM, Madrid, 1995. 3ª Edición. Pág. 133
- SABATER BAYLE, E. En *“Notas sobre la cesión de contrato”*. CABANILLAS SANCHEZ, A, y otros (Coord.). *“Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo”*. Tomo II – *Derecho de Obligaciones*. Editorial THOMSON-CIVITAS. Madrid, 2003. 1ª Edición. Pág. 2977.
- VAZQUEZ DE CASTRO, E. *“Determinación del contenido del contrato. Presupuestos y límites a la libertad contractual”*. Editorial TIRANT LO BLANCH. Valencia, 2002. Pág73
- DE GISPERT PASTOR, M.T En *“La cesión de contrato”*. Obra: *“Los créditos sindicados”* . Editorial JM BOSCH. Barcelona, 1986.
- CRISTOBAL MONTES, A. *“La cesión de contrato”*. Anuario de Derecho Civil - ADC. Edición 1968. Pág. 851 y 862.
- GARCIA AMIGO, M. *“La cesión de contratos en el Derecho español”*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1963. Pág. 83
- CALLAGHAN MUÑOZ, X. *“Compendio de Derecho Civil”*. Tomo II – *Obligaciones y Contratos*. Vol. I, Editorial EDERSA, Madrid, 2001. 3ª Edición.
- GARCIA-AMIGO. En *“La integración del negocio jurídico”*. *Revista de Derecho Notarial – RDN*.1980.
- D’ORS PEREZ-PEIX, A. *“Comentarios al Código Civil” Tomo XXXVIII, Vol. II, Fuero Nuevo de Navarra. Leyes 428 a 596*. Editado por EDERSA, Madrid, 2002. Dirigido por ALBADALEJO, M.

# UNIDAD I

## INTRODUCCIÓN

### I.1 Principios constitucionales en materia de contratos

Al aludir a las bases constitucionales del derecho de los contratos ya estamos evidenciando la toma de posición frente al tema de reconocer la existencia de vasos comunicantes entre las disposiciones del derecho civil y comercial y los derechos fundamentales consagrados en la Carta Magna.

El Estado Constitucional de Derecho la regla de reconocimiento constitucional se estructura a partir de la combinación de una fuente interna (el texto constitucional) y una fuente externa (*ius cogens*, Tratados internacionales, jurisprudencia internacional y costumbre internacional) en donde cada fuente tiene su aspecto de validez propio. La adecuación de las normas inferiores surge del parámetro de validez de la fuente interna y del parámetro de aplicabilidad emergente de la fuente externa. Por tal razón, uno de los elementos fundantes del paradigma (sin el cual no habitamos dicho modelo), lo instituye la fuerza normativa de la Constitución que irradia sus contenidos (formales y sustanciales) a todos los ordenamientos secundarios y a todas las relaciones existentes en la sociedad (las verticales entre habitante y Estado y las horizontales entre particulares). La fuerza normativa de la Constitución en las relaciones "*inter privatos*", proviene directamente de su operatividad plena, al igual que en las relaciones existentes entre la persona y el Estado.

Es imperioso que en un Estado Constitucional de Derecho, la normatividad constitucional se expanda a la totalidad de las relaciones de alteridad que en la convivencia social ponen en contacto a las personas. No hay una vinculación directa e inmediata cuando la relación se traba entre un habitante y el Estado y una situación jurídica indirecta o mediata cuando el nexo se suscita entre particulares; en ambos supuestos y aun cuando la materia u objeto quede subsumida por el derecho privado la fuerza normativa de la Constitución tienen un efecto directo e inmediato.

La moderna teoría del Derecho viene pregonando que las autonomías materiales de las ramas jurídicas no son compartimentos estancos (Ciuro Caldani), solo una visión positivista y fraccionada del mundo jurídico pudo pensar que el Derecho Civil y el Derecho Privado son dos áreas sin vinculación.. El derecho contractual esta y estuvo vinculado al derecho constitucional porque sus principios generales son de raigambre constitucional, el orden público, la buena fe y la autonomía privada han tenido su pleno reconocimiento tanto en la constitución histórica como en la actual.

Recordemos que las constituciones han nacido como sistemas de garantía y de diseño del estado (forma de gobierno) y que plasman ideas no solo políticas o económicas sino también filosóficas.

Hesse nos dice que ambos derechos aparecen como parte necesaria de un orden jurídico unitario que recíprocamente se complementan, se apoyan y se condicionan, hablando de funciones de garantía orientación e impulso.

Duguit, en *Las transformaciones del Derecho Público y Privado* decía que se podía hablar de las transformaciones del Derecho privado sin entrar en el detalle de las leyes positivas, puesto que en la realidad de las cosas hay una transformación continua y perpetua de las ideas y de las instituciones, sosteniendo también muy acertadamente que las leyes positivas, los códigos pueden permanecer intactos en sus textos rígidos, pero que por la fuerza de las cosas, la presión de los hechos, de las necesidades practicas puede ocurrir que el texto haya quedado sin fuerza y sin vida, o bien que mediante una sabia y sutil interpretación se le dé un sentido y un alcance no soñado por el legislador al redactarla.

Recordemos su postura realista con respecto al derecho civil al sostener la idea de la existencia de una regla social y también su concepción de función social sus posturas parten de la idea de que el Derecho es un producto de la vida social y tiene sin lugar a dudas, como el mismo Duguit lo reconoce, una base en la construcción sociológica de Durkheim, quien da como fundamento del derecho la noción de solidaridad humana.

Dentro de los elementos esenciales constitutivos del sistema civilista menciona: 1ro la libertad individual, 2do el principio de la inviolabilidad del derecho de propiedad, 3ro el

contrato, 4to el principio de la responsabilidad por culpa conceptualizar "libertad", dice que ella conlleva para el individuo el deber de desenvolver su individualidad física, intelectual y moral tan completamente como sea posible, de la mejor manera y sin entorpecer la de los demás, todo hombre tiene una función social que realizar. La libertad no sería un derecho sino un deber el de ejercer su libertad, de no dificultar la actividad de los demás, de favorecerla y de ayudarla de ser posible.

Mosset Iturraspe y Piedecosas señalan como aspectos sobresalientes del "derecho civil constitucional" su tarea en cuanto a precisar los derechos fundamentales, su función promotora de la transformación de las instituciones tradicionales del derecho civil, y su lucha por la eficacia directa, derogativa, invalidatoria, interpretativa e informadora de la norma constitucional.

Someramente podemos revisar nuestra línea de vida Constitucional, en 1853 básicamente se plasman los derechos de 1ra generación, el derecho a la vida, la integridad física, la libertad y la igualdad, el derecho de propiedad, de ejercer el comercio. Industria lícita, de asociarse pero todos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio.

Si bien el modelo constitucional es norteamericano y el Código Civil en materia contractual es francés, se plasma las ideas del iluminismo y del liberalismo con la libertad y la propiedad como ejes. El contrato es la autorregulación donde lo querido es lo justo.

Sin embargo podemos ya rescatar como límite puesto por el Codificador el orden público, que aparece como una imposición del interés general al cual la comunidad vincula su propio destino, según Vanossi, que se manifiesta como un núcleo imperativo indisponible para la autonomía de la voluntad.

### **El contrato como manifestación de la autonomía:**

Sabemos que el concepto del contrato, no ha permanecido inmutable en el tiempo y ha receptado las diferentes corrientes filosóficas e históricas, es un concepto cambiante según las costumbres e ideas imperantes y con él nos referimos a diferentes situaciones que no siempre tienen muchos puntos de contacto. Esto, fue criticado por Duguit quien sostenía que se ha designado con el nombre de contratos a situaciones diferentes que técnicamente no

coinciden con el clásico espíritu civilista, poniendo como ejemplo los contratos de adhesión, las concesiones o contratos de suministro público, las convenciones colectivas y considerándolas en su tiempo figuras nuevas que no se ajustan a ese molde civilista tradicional.

Veamos cual es la situación que se ha ido afrontando y como el derecho se ha ido ajustando a la variación de los hechos sociales para convertirse en derecho vivo, del siglo actual aun con normas de otro siglo

Se ha proclamado durante mucho tiempo que la **autonomía de la voluntad y la libertad** son la base necesaria del acuerdo de voluntades de lo que técnicamente denominamos contrato pero aclaramos que debe perseguir como decimos siempre un fin ético y social,

En la concepción liberal, **la libertad implica la libertad de contratar o no**, la elección de **con quien hacerlo y la posibilidad de fijar su contenido**, si a ello le sumamos la fuerza que se le reconoce a la autonomía de la voluntad, el respeto a la palabra empeñada y la seguridad jurídica, arribamos al resultado de que los contratos no pueden ser revisados o morigerados salvo pacto expreso de las partes.

El contrato como expresión humana se encuentra circunstanciado, ubicado en un tiempo-espacio, es lo que en la doctrina alemana configuro la base del negocio jurídico- Como categoría es susceptible de diversas clasificaciones teóricas, con importancia practica (contratos consensuados, mega-contratos, nacionales, internacionales, conexos, de colaboración, civiles, comerciales etc.). Los contratos responden a categorías y conceptualizaciones y por ello los sistematizamos y hablamos de tipos contractuales englobantes de cada contrato particular.

Recalamos siempre que la evolución y transformación que ha sufrido el instituto es evidente, en la actualidad más que un problema de crisis lo que afrontamos es uno de ajuste y de límites, es la adecuación a las normas de orden público, la moral, las buenas costumbres y a las nuevas realidades.

## I.2 Clasificación de contratos

- **Unilateral:** Cuando una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta le quede obligada.
- **Bilateral:** Cuando las partes se obligan recíprocamente.
- **Oneroso:** Es aquel en el que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos.
- **Gratuito:** Es aquel en el que el provecho es solamente de una de las partes.
- **Conmutativo:** Cuando los provechos y los gravámenes son ciertos y conocidos desde la celebración del contrato; es decir, cuando la cuantía de las prestaciones puede determinarse desde la celebración del contrato.
- **Aleatorios:** Cuando los provechos y los gravámenes dependen de una condición o término, término, de tal manera que no pueda determinarse la cuantía de las prestaciones en forma exacta, sino hasta que se realice la condición o término.
- **Reales:** Son aquellos que se constituyen por la entrega de la cosa. Entre tanto no exista dicha entrega, solo hay un ante contrato, llamado también contrato preliminar o promesa de contrato.
- **Formales:** Son aquellos en los que el consentimiento debe manifestarse por escrito. Con un requisito de validez, de tal manera que si no se otorga en escritura pública o privada, según el acto, el contrato estará afectado de nulidad relativa.
- **Consensuales:** En oposición a los formales, son aquellos que para su validez no requieren que el consentimiento se manifieste por escrito y, por lo tanto, puede ser verbal, o puede tratarse de un consentimiento tácito, mediante hechos que necesariamente lo supongan.
- **Principales:** Son aquellos que existen por sí mismos.
- **Accesorios:** Son aquellos que siguen la suerte de los principales porque la nulidad o la inexistencia de los primeros originan a su vez, la nulidad o la inexistencia del contrato de accesorios. Estos contratos accesorios son llamados también “de garantía”, porque generalmente se constituyen para garantizar el cumplimiento de una obligación que se reputa principal.

- **Público:** Es un tipo de contrato en el que al menos una de las partes es la administración pública cuando actúa como tal, y en el que está sometida a un régimen jurídico que coloca al contratante en una situación de subordinación jurídica frente a la Administración. El concepto de contrato público, a primera vista, no difiere del concepto de contrato en el Derecho Privado, pero al ser el Estado (o una de sus Administraciones) una de las partes del mismo, tiene características propias. Puede definirse el contrato administrativo como aquel en que la Administración ejerce determinadas prerrogativas en cuanto a su interpretación, ejecución y extinción, cuidando de no alterar la ecuación financiera del mismo. El objeto de este contrato se rige, en consecuencia, por el Derecho público. En todo contrato administrativo tiene que participar por lo menos un órgano estatal en ejercicio de función administrativa.

Una causa adicional de la trascendencia del contrato administrativo, proviene de la idea de la colaboración de los sujetos privados con la Administración, en donde el particular no se comporta como un contratista ordinario. El contrato administrativo es entonces una de las técnicas de colaboración de los administrados con la administración. El contratista, no obstante que pretende un beneficio económico, obtiene dicho beneficio cumpliendo con la tarea de coadyuvar al cumplimiento de cometidos públicos por parte del Estado. Los contratos de derecho público son aquellos por los cuales el Estado satisface indirectamente el interés general.

## **ELEMENTOS ESCENCIALES**

- **Sujetos:** El particular y el ente de la administración pública que pretende celebrar un contrato. Consentimiento
- **Consentimiento:** Es la manifestación recíproca del acuerdo completo de dos personas con objeto de obligarse cada una a una prestación respecto de la otra u otras. en el caso de la Administración Pública, el consentimiento va precedido de ciertos requisitos legales que debe satisfacer, como la convocatoria y licitación pública, si es el caso.
- **Capacidad:** Presupuesto ineludible del consentimiento, la cual implica aptitud para ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas. **Objeto:** El contenido de los contratos administrativos

está constituido por la prestación o conjunto de prestaciones a que den lugar. El objeto de estos contratos ha de ser desde la ejecución de obras hasta la gestión de servicios al Estado o la prestación de suministros al mismo.

- Causa: Presupone que interés público o el objetivo de la institución a que se refieren esos contratos.
- Forma: Todo contrato ha de estar forzosamente sometido a normas determinadas en los preceptos legales atinentes.

### **I.3 La Forma del Contrato en el Derecho de las Obligaciones**

La presente sección analiza la forma del contrato en este contexto y, brevemente, su evolución histórica, como medio que permite entender determinados aspectos de la realidad normativa mexicana actual en relación a la forma del contrato. Con esta finalidad, se ha pretendido examinar las cuestiones más significativas que han ido configurando dicha institución en México, tanto desde un punto de vista sustantivo como procedimental, ceñido al marco de la forma del contrato y el Derecho de las Obligaciones.

El último de los requisitos de validez que establece el C.C. es la forma: que el consentimiento se manifieste en la forma que la ley establece.

---

El principio general en el C.C. ese consensualismo: el consentimiento puede exteriorizarse de cualquier manera. Es uno de los aspectos de la autonomía de la voluntad.

#### ***Más sobre la Forma del Contrato***

Por excepción la ley determina ciertas formas que deben observarse para que el contrato sea válido. la función de la forma responde a múltiples motivos: fijar la atención de las partes en el contrato que están otorgando; considerar que la sociedad tiene un interés específico en la exteriorización de los contratos, ya que su inmaterialidad la imposibilita de ejercer algún control sobre los mismos; preconstituye la prueba de la existencia del acto, etcétera.

La doctrina mexicana ha distinguido en la forma, las formalidades a substantiam o ad solemnitatem y las ad probationem o declarativas. Las primeras son aquellas que necesitan una clase de actos jurídicos para su existencia o nacimiento. La forma en este caso, es substancia de tal modo que los actos jurídicos no existen si no aparecen celebrados bajo la forma que la ley establece. Por contraste, las formalidades ad probationem son requeridas como prueba del acto jurídico. Su consecuencia es que el acto existe y es válido pese a la inobservancia de la forma (Diez Picazo). En conclusión: la formalidad ad solemnitatem es aquella sin la cual el acto jurídico no puede nacer; es constitutivo del acto. La formalidad ad probationem o declarativa sirve para demostrar la existencia del acto o contrato; pero no excluye la prueba de ese acto o contrato por otros medios, como puede apreciarse en el

caso del contrato de compraventa (véase el amparo directo 5169/55, 5a. época, tomo, CXXX, Guillermo Francisco Macías).

### **Desarrollo**

Resulta sumamente interesante precisar el alcance de la forma en nuestro derecho positivo. En los actos jurídicos relativos a las personas, el principio general que los gobierna es el de las formalidades ab substantiam, de tal suerte que el acto jurídico en cuestión, si aquellos no son satisfechos, no existe. Son actos jurídicos formales en su más estricto sentido. Existen estas formalidades también en el derecho sucesorio, como es el caso del testamento, que se menciona como uno de los prototipos de los actos jurídicos solemnes.

En materia contractual la óptica es diversa. la ley no hace depender la obligatoriedad del contrato de la observancia de una forma especial: cualquiera de las partes (acción proforma) puede exigir (artículo 27 del C.P.C.) que se dé al contrato la forma legal si la voluntad de ellos consta de manera fehaciente (artículo 1833 del Código Civil) y no se trata de actos renunciables (artículo 2232 del Código Civil).

El contrato por lo tanto, es obligatorio para las partes, de tal suerte que surte sus efectos legales entre ellos.

En cuanto a las formalidades los contratos se han clasificado en solemnes, reales, consensuales y formales. Los contratos solemnes son los que necesitan de la forma para existir: forma dat esse rei. En nuestro derecho positivo no hay contratos solemnes (Pérez Fernández del Castillo).

Los contratos reales se forman re, es decir por la remisión efectiva de la cosa (res) que es el objeto del contrato. En nuestra opinión, este elemento equivale a una forma, en cuya ausencia el simple acuerdo de voluntades es ineficaz. En el derecho mexicano el único contrato real es la prenda (artículos 2858 y 2859 del Código Civil).

### La Forma del Contrato en el Derecho de las Obligaciones

La presente sección analiza la forma del contrato en este contexto y, brevemente, su evolución histórica, como medio que permite entender determinados aspectos de la realidad normativa mexicana actual en relación a la forma del contrato. Con esta finalidad, se ha pretendido examinar las cuestiones más significativas que han ido configurando dicha institución en México, tanto desde un punto de vista sustantivo como procedimental, ceñido al marco de la forma del contrato y el Derecho de las Obligaciones.

Nota: es continuación de la información sobre el mismo tema en esta enciclopedia jurídica mexicana.

---

Los contratos consensuales son los que requieren exclusivamente el acuerdo de voluntades, sin que se requiera una forma especial. En nuestra opinión en este último elemento debe

observarse su característica, ya que por hipótesis todo contrato presupone un acuerdo de voluntades.

Los contratos formales son aquellos que para su validez deben observar una forma especial establecida por la ley. La diferencia entre estos contratos y los consensuales la podemos expresar en los siguientes términos: en tanto que en los contratos formales debe observarse una forma establecida por la ley, en los consensuales la ley no establece alguna en especial. Por ello parte de la doctrina mexicana se inclina a considerar que es más preciso distinguir entre contratos con libertad de formalidades y contratos con formalidades obligatorias (Cual Vidal). Nos resta exclusivamente considerar cuál es la función de la escritura pública en nuestro derecho positivo.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (Tesis 116, Jurisprudencia), a propósito del contrato de compraventa ha establecido que la escritura pública ante notario exigida por la ley para la compraventa, no implica ninguna solemnidad y que por lo tanto el contrato produce sus efectos entre las partes.

El cumplimiento voluntario de un contrato no solemne, surte efectos de ratificación y extingue la acción de nulidad por falta de forma (Tesis 253, Jurisprudencia).

Al respecto es necesario distinguir inicialmente si el contrato coincide en su otorgamiento con la escritura pública o no (Pérez Fernández del Castillo). En el primer supuesto el efecto de la escritura pública será el dar una fijación al contrato; con ello se preconstituye la prueba de la existencia del contrato y se satisface la forma exigida por la ley. En el segundo supuesto opera una *renovatio contractus*; el contrato otorgado en la escritura pública nulifica al anterior.

Finalmente quisiéramos brevemente destacar los requisitos a los cuales deben ajustarse las formalidades y sus consecuencias legales.

La forma escrita privada es libre en su redacción; el C.C. exige exclusivamente la firma de todas las personas a las cuales se les imponga esa obligación (artículo 1834 del Código Civil). La firma demuestra a la vez la identidad de las partes y la expresión de su voluntad. Los efectos también son limitados: No prueba su origen; el deudor puede negar su firma. A tal efecto, la ley civil adjetiva posibilita como medio preparatorio al juicio ejecutivo, que se intime al deudor a que reconozca su firma (artículo 202 del C.P.C.). Únicamente trae aparejada ejecución el documento privado después de reconocido por quien lo hizo o lo mandó extender, y basta sólo con que el deudor reconozca su firma aun cuando niegue la deuda (artículo 443, fracción IV, del C.P.C.). El documento privado prueba su contenido salvo prueba en contrario.

Finalmente el documento privado no prueba su fecha y únicamente cuando ésta se tenga por cierta, surte efectos contra tercero (artículo 2034 del Código Civil). Así, se tiene por cierta la fecha en un documento privado cuando fallece cualquiera de quienes lo firmasen (artículo 2034 fracción III del Código Civil).

En contraste con la forma escrita privada, la escritura pública que es un documento público (artículo 327, fracción I, del C.P.C.) está sujeto en cuanto a su redacción, a una serie de mecanismos que tienden a fijar con mayor precisión la existencia del acto jurídico. Así el artículo 62 de la L.N. establece las diversas reglas que ha de observar el notario en la redacción de sus escrituras: la expresión del lugar y fecha en que se extiende la escritura, su nombre y apellido y el número de notario; la indicación de la hora en los casos en que la ley así lo prevenga (vgr., el testamento Público abierto artículo 1512 del Código Civil); la consignación del acto en cláusulas redactadas con claridad y concisión, etcétera.

El notario está investido de fe pública y está facultado para autenticar y dar forma a los instrumentos en que consigne actos y hechos jurídicos (artículo 10 de la L.N.) A diferencia del juez, el notario no tiene autoridad sobre las partes; su actividad que consiste en constatar, verificar y calificar, es solamente una condición extrínseca de la eficacia del acto jurídico que deriva de la voluntad de las partes.

Así su intervención le confiere a la escritura pública una fuerza ejecutoria y una fuerza probatoria particular; Trae aparejado ejecución la primera copia de una escritura pública expedida por el notario ante quien se otorgó (artículo 443. fracción I del C.P.C.) o bien, a efecto de ejercitar la vía especial hipotecaria es requisito indispensable que el crédito conste en escritura pública debidamente inscrita en el Registro Público de la Propiedad competente y que sea de plazo cumplido (artículo 468 del C.P.C.).

La escritura pública prueba su origen y su contenido, es decir, que en tanto no se declare judicialmente su falsedad o nulidad la escritura pública hará prueba plena de que los otorgantes manifestaron su voluntad de celebrar el acto consignado en la escritura, que hicieron las declaraciones y se realizaron los hechos de los que el notario haya dado fe y de que éste observó las formalidades correspondientes (artículo 102 de la L.N.). Finalmente la escritura pública prueba pie namente también su fecha (véase el sistema de fechas en los artículos 50 y 162, fracciones I y II, 68, 69 y 70 de la L.N.).

#### **I.4 Contrato de Promesa**

El Código Civil no dedicó ningún Título a la regulación del contrato de promesa. La única norma que en términos generales se refiere a ella, es el art. 1554, a propósito de las obligaciones de hacer, dentro del Título XII, “Del efecto de las obligaciones”, que forma parte del Libro IV. En el citado artículo, según se verá, no se contiene definición alguna del contrato, sino que una enumeración de sus requisitos. En verdad, de la lectura del inc. 1º de este precepto, se desprende que el legislador nacional tiene una mirada negativa a esta institución, dejando en claro que en principio, la promesa carece de eficacia jurídica: “La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna...”, a menos que se cumplan

los cuatro presupuestos señalados en la norma. De ahí que pueda afirmarse que, por regla general, la promesa carece de valor en nuestro ordenamiento jurídico.

Las razones que explicarían lo expuesto, son históricas. Como destaca René Abeliuk, el Derecho romano no conoció la promesa actual, sino únicamente esbozos de ella, en el llamado pacto de *contrahendo* o *ineundo contractus*. Nuestro principal modelo, el Código de Napoleón, le dedicó a la institución también un solo precepto, que alude a la compraventa y por lo demás sumamente lacónico, el 1589: “La promesa de venta equivale a la compraventa cuando existe consentimiento recíproco de las dos partes sobre la cosa y el precio”. Esta disposición, dice Abeliuk, originó tan graves discusiones en la doctrina y jurisprudencia, que éstas desalentaron a muchos Códigos clásicos de reglamentar el contrato.

Considerando lo anterior, el artículo 1554 de nuestro Código supera ampliamente al precepto incluido en el Código francés.

Aún en nuestros días, otros códigos no se explayan acerca de la institución mucho más. Así, por citar algunos ejemplos, el Código Civil español trata de la promesa en diversas instituciones, tales como la compraventa, la prenda y la hipoteca (artículos 1451 y 1862), pero no en un título general; el antiguo Código Civil argentino, en una escueta disposición – artículo 1148-, en las normas generales del consentimiento, disponía: “Para que haya promesa, ésta debe ser a persona o personas determinadas sobre un contrato especial, con todos los antecedentes constitutivos de los contratos”. El actual Código Civil y Comercial argentino establece en su art. 995: “Promesa de celebrar un contrato. Las partes pueden pactar la obligación de celebrar un contrato futuro. El futuro contrato no puede ser de aquellos para los cuales se exige una forma bajo sanción de nulidad. Es aplicable el régimen de las obligaciones de hacer”. El Código Civil peruano, en cambio, debe destacarse en esta materia, pues en el Título V del Libro Séptimo, se refiere a los “Contratos preparatorios”, regulando el “Compromiso de contratar” y el “Contrato de opción”, artículos 1414 a 1425.

Esta visión negativa del contrato de promesa puede explicarse, si consideramos que el Código Civil originario, congruente con los planteamientos de la época en que se aprueba, sólo reguló el contrato definitivo. Nada dice acerca de la fase precontractual (cuestión que se reguló en el Código de Comercio, en las reglas de formación del consentimiento), y muy poco, como se señaló, respecto de un pre-contrato, como es la promesa. No podía ser de otra manera, si consideramos que en la época en que mayormente se realiza la codificación,

entre fines del Siglo XVIII y 1870, nada o casi nada se había escrito acerca de la posibilidad de que pudiesen nacer obligaciones y la subsecuente responsabilidad civil, por actos que no habían culminado en la celebración de un contrato.

Así las cosas, la sola circunstancia de que la “promesa de celebrar un contrato” haya encontrado acogida en el articulado del Código Civil chileno, constituye otro ejemplo del buen criterio jurídico con que fue construido.

No obstante, hay referencias al contrato de promesa a lo largo del Código Civil: así ocurre en las normas de los bienes familiares (art. 142); del testamento (art. 1000); de las donaciones (arts. 1417, 1422); de la sociedad conyugal (arts. 1736 N° 7, 1749, 1759); donaciones por causa de matrimonio (art. 1787); régimen de participación en los gananciales (art. 1792-8 N° 7).

Con todo, en otros preceptos, la voz “promesa” o “prometer” está empleada más bien como sinónimo de “obligación” u “obligarse”, y por ende, no corresponden al contrato de promesa (por ejemplo, en los arts. 972, 1204, 1450, 1462, 1467, 1638, 2101).

Por su parte, en los arts. 98 y 99, relativos a los esponsales, técnicamente no hay contrato de promesa ni tampoco obligación.

En términos generales, la doctrina ha dicho que es aquél por el cual las partes se obligan a celebrar un contrato determinado en cierto plazo o en el evento de cierta condición.

En términos más estrictos, aludiendo a sus requisitos, es la convención escrita en virtud de la cual las partes se obligan a celebrar un contrato de los que la ley no declara ineficaces, dentro de un plazo o condición que fije la época de su celebración, y debiendo especificarse en ella todas las bases que constituyan el contrato prometido, de modo que sólo falte la tradición de la cosa o las solemnidades que las leyes prescriben.

Las partes del contrato se denominan “promitentes”. Así, por ejemplo, se habla de “el promitente vendedor”.<sup>3</sup>

La promesa tiene una gran importancia práctica. Muchas veces la celebración definitiva de un contrato depende de múltiples circunstancias, y en tales situaciones puede ser más ventajoso para los contratantes no verificar todavía el contrato. Así, por ejemplo, esperar que se alce un embargo o medida precautoria, o la dictación de una sentencia definitiva, o la necesidad de estudiar detalladamente los títulos de un inmueble, o la obtención de financiamiento, etc.

## **2.- Características del contrato de promesa.**

Del tenor del artículo 1554, se desprenden las siguientes características del contrato:

- a) Es general: regula toda promesa de celebrar un contrato, cualquiera sea su naturaleza.
  
- b) Es de derecho estricto: dados los términos en que se encuentra redactada la norma, se deduce que la regla general es no aceptar la promesa de celebrar un contrato y reconocerla sólo como excepción, cuando reúne los requisitos expresados en el artículo. Se trata de una norma imperativa de requisito (Alessandri, erróneamente, dice que es una norma prohibitiva: no hay tal sin embargo, porque lo que caracteriza a las normas prohibitivas es que impiden bajo todo respecto un determinado acto o conducta).
  
- c) Es un contrato bilateral: engendra obligaciones para ambas partes. Lo anterior, sin perjuicio que el contrato prometido pueda ser a su vez unilateral o bilateral; y de lo postulado por un sector de la doctrina, acerca de la promesa unilateral, a la que aludiremos más adelante.  
Excepcionalmente, el contrato de promesa en el ámbito del Derecho Minero, puede ser unilateral, obligándose sólo el promitente vendedor, según dispone el inc. 1º del art. 169 del código del ramo: “Será válido el contrato de promesa de venta de una concesión minera, o de cuota o de parte material de ella, de acciones de sociedades regidas por este Código y, en general, de cualquier otro derecho regulado especialmente en el mismo; aunque se estipule que es facultativo para el promitente comprador celebrar la compraventa o no hacerlo”.
  
- d) Es un contrato preparatorio, pues tiene por finalidad celebrar otro contrato.
  
- e) El efecto único de la promesa es el derecho de exigir la celebración del contrato prometido y, en consecuencia, solamente da origen a una obligación de hacer.
  
- f) El contrato de promesa es siempre solemne, y debe constar por escrito.
  
- g) Es un contrato que necesariamente debe contener una modalidad: es de la esencia del contrato, el plazo o la condición que fijen la época de su celebración.
  
- h) Es un contrato principal.

La promesa es un contrato independiente del contrato prometido, porque existe válidamente siempre que concurren en su otorgamiento las circunstancias indicadas en el art. 1554.

i) Genera una obligación indivisible: cuál es la de celebrar un contrato. En consecuencia, si varias personas celebran el contrato como promitentes vendedores o compradores, todos ellos deben demandar o a todos ellos se debe demandar el cumplimiento del contrato.

j) Genera una acción de carácter mueble: la acción para exigir el cumplimiento del contrato prometido tiene carácter mueble, aunque tal contrato sea el de compraventa de inmuebles. En efecto, con tal acción no se reclama la entrega de un bien raíz, sino el cumplimiento de una obligación de hacer, y los hechos que se deben se reputan muebles (artículo 581 del CC.) En consecuencia, es competente para conocer de la mencionada acción, si no hay estipulación en contrario, el juez del domicilio del demandado.

k) Es un contrato nominado. A pesar de lo dicho en cuanto a que el contrato no está regulado en un título o en un párrafo especial, es nominado desde el momento que el Código Civil se refiere a él en el art. 1554 y en otros preceptos ya mencionados.

Cabe consignar que no puede afirmarse, como característica del contrato de promesa, que tiene naturaleza onerosa o gratuita, pues ello dependerá del contrato prometido. Por ende, ni una u otra naturaleza caracteriza a la promesa. Esta, indistintamente, será onerosa o gratuita, según el contrato prometido.

### **La promesa, contrato distinto del prometido.**

A propósito de ser la promesa un contrato principal, cabe dejar en claro que el contrato de promesa y el prometido son diferentes. Ambos no pueden identificarse, y tampoco coexisten, uno sucede al otro.

Por consiguiente, no pueden exigirse para la promesa de un contrato los mismos requisitos que la ley impone al contrato prometido.

Son dos contratos, y cada uno con su objeto preciso. El objeto del contrato de promesa es la celebración del contrato prometido; y el objeto del último será el que corresponda a su naturaleza.

### **La promesa puede referirse a toda clase de contratos.**

En relación a la característica de ser la promesa un contrato general, para un sector de nuestra doctrina -Ramón Meza Barros, siguiendo a Barros Errázuriz-, la regla del artículo 1554 sólo se refiere a la promesa de celebrar un contrato real o solemne. El fundamento de tal opinión reside en lo expuesto en el número 4 del precepto, cuando se indica “la tradición de la cosa, o las solemnidades”. Se agrega que tratándose de los contratos consensuales, la promesa se identificaría con el contrato mismo (en el Proyecto de 1853, se establecía que si el contrato era de aquellos que se perfeccionan por el solo consentimiento de los contratantes, la promesa equivaldría al contrato mismo, misma norma que se introdujo en el Código Civil francés, art. 1589 ya citado).

Tal conclusión nos parece errada, por las siguientes razones:

- a) Se confunde “tradición” con “entrega”, acepción esta última que caracteriza a un contrato real.
- b) La circunstancia de haber suprimido del texto definitivo del artículo 1554 la frase contenida en el Proyecto de 1853, indicaría que la intención del legislador no fue excluir la promesa de celebrar contratos consensuales.
- c) El propio tenor literal del artículo demostraría que la promesa puede tener por finalidad la celebración de toda clase de contratos, pues señala “La promesa de celebrar un contrato...”, cualquiera que fuere éste.

Además, es de común ocurrencia la promesa de compraventa de cosa mueble, contrato consensual. Estimamos por tanto que el art. 1554 se refiere a todo tipo de contratos. Así también ha concluido la jurisprudencia.

Lo anterior, sin perjuicio de que la ley puede disponer que respecto de un determinado contrato, no se admita el contrato de promesa, como ocurre por ejemplo tratándose del acuerdo de unión civil (art. 3 de la Ley N° 20.830).

### **Requisitos del contrato de promesa.**

Dado que es un contrato, debe reunir en primer lugar todos los requisitos generales de existencia y de validez de todo contrato.

Respecto de la voluntad o consentimiento, cabe destacar que en los siguientes casos, el propietario de un bien necesita obtener la autorización o intervención de otra persona, a pesar de que aquél es plenamente capaz:

- Si los cónyuges están casados bajo el régimen de sociedad conyugal, el marido debe obtener autorización de la mujer o del juez en subsidio, para prometer enajenar o gravar los bienes raíces sociales (art. 1749, inc. 3°).
- Si el inmueble que sirve de residencia a la familia o los bienes muebles que guarnecen la residencia principal de la familia se han declarado “bienes familiares”, el cónyuge o conviviente civil propietario, requiere la autorización del cónyuge o conviviente civil no propietario, para prometer gravarlos o enajenarlos (art. 142).
- A su vez, si se trata de una mujer propietaria de bienes muebles o inmuebles y está casada en sociedad conyugal, el contrato de promesa deberá celebrarlo el marido (arts. 1754 y 1755). Cabe advertir que en este caso, los artículos citados no exigen que la mujer preste su autorización. No hay pues “simetría” jurídica, con lo dispuesto en el art. 1749. Creemos que esto se debe a una inadvertencia del legislador.

En los dos primeros casos, se requiere de la autorización de otra persona. En el tercero, de la intervención de otra persona.

Pero además de los requisitos generales, la promesa también debe cumplir con los requisitos particulares del art. 1554. De faltar alguno de estos, la promesa será inexistente, o en opinión de otros adolecerá de nulidad absoluta.

En efecto, los requisitos del art. 1554 han sido exigidos en consideración a la naturaleza del contrato, de manera que su omisión produce nulidad absoluta, de conformidad con el art. 1682. No han faltado quienes han afirmado que la sanción consistiría en la inexistencia jurídica, atendiendo a la frase “no produce obligación alguna” con que empieza la disposición. Al menos, así se podría sostener respecto del primero de los requisitos: que la promesa conste por escrito. Se trataría de una solemnidad exigida “por vía de existencia”.

Son dichos requisitos:

**La promesa debe constar por escrito.**

El contrato de promesa es solemne y la solemnidad consiste en que el contrato ha de constar por escrito. Este requisito no se exige como medio de prueba o de publicidad, sino como un elemento indispensable para su existencia; en consecuencia, no existiendo un instrumento escrito, no hay promesa, aunque el contrato prometido sea puramente consensual.

De igual forma, el contrato de promesa no puede probarse por ningún otro medio probatorio que no sea el instrumento mismo que se exige por vía de solemnidad; no procede ni siquiera la confesión de parte. Aunque el artículo 1701, inciso 1º, se refiere a la falta de instrumentos públicos, nos parece que puede invocarse también para el contrato de promesa, aplicándolo por analogía, conforme al aforismo “donde existe la misma razón, debe aplicarse la misma disposición”.

Cabe indicar que es suficiente un instrumento privado, aunque el contrato prometido requiera como solemnidad escritura pública. Se planteó una discusión sobre el punto, en torno a la promesa de compraventa de un inmueble.

La jurisprudencia estuvo inicialmente dividida, pero luego ha tendido a uniformarse concluyendo que no se requiere escritura pública.

Las razones esgrimidas en algunos fallos iniciales para concluir que la promesa de venta de bienes raíces debe otorgarse por escritura pública para ser válida, fueron las siguientes:

1º Si es necesaria tal escritura para la venta de los inmuebles, también lo debe ser para el contrato de promesa de venta de esos mismos bienes, pues la disposición del art. 1801, por ser de carácter especial, debe prevalecer sobre la de carácter general, el art. 1554.

2º La promesa de venta es un accesorio del contrato de venta y, en consecuencia, deben aplicársele los preceptos que reglan éste, entre los cuales está el que exige otorgamiento de escritura pública.

3º Si se diere valor legal a una promesa de compraventa de bienes raíces otorgada por documento privado, resultaría que teniendo según el art. 1553 del CC. el acreedor el derecho de pedir que se apremie al deudor a la ejecución del hecho convenido, se le obligaría a vender, y esto, sin embargo, no podría hacerse en virtud de un documento privado.

Sin embargo, es posible refutar cada uno de estos argumentos:

1° La promesa es un contrato distinto del contrato prometido. El artículo 1801 exige escritura pública para la compraventa de inmuebles, no para la promesa. No corresponde aplicarle a este último contrato, requisitos previstos en la ley para la compraventa. Cada contrato ha de cumplir con sus requisitos. En otras palabras, no hay entre los artículos 1801 y 1554 una relación de norma especial/norma general, pues ambos son norma especial, para cada contrato.

2° No es efectivo que la promesa sea accesoria a la compraventa. Ambos contratos son principales.

3° La circunstancia de no estar prevenida de título ejecutivo una de las partes que ha celebrado el contrato de promesa sólo implica que para demandar su cumplimiento, deberá preparar la vía ejecutiva.

La tendencia mayoritaria de la jurisprudencia, que engloba también los fallos más recientes, concluye, por el contrario que la promesa de celebrar una compraventa de bienes raíces no necesita, para su validez, escritura pública; basta un instrumento privado. A igual conclusión arriba la mayoría de la doctrina. Razones:

1° El art. 1554 exige que la promesa conste por escrito, y “escrito” es todo documento. Si se aceptara que la promesa debe constar por escritura pública, se llegaría a la conclusión de que “escrito” es sinónimo de “escritura pública”, lo que es contrario a la ley (pues se vulneraría el art. 19 del Código Civil).

2° El art. 1801 exige escritura pública para la venta de inmuebles, y como las solemnidades son excepcionales y deben aplicarse restrictivamente, no pueden extenderse al contrato de promesa.

3° Aceptar que la promesa de venta de un bien raíz requiere escritura pública, significa aceptar que no existe la debida correspondencia o armonía en un mismo artículo, lo que contraviene el art. 22, inc. 1° del Código Civil, ya que exigiéndose en el número 1 del art. 1554 escritura pública, sería ilógico el número 4 del mismo artículo, que establece que pueden faltar en la promesa las solemnidades del contrato prometido (y la primera de ellas es la escritura pública). Siendo la promesa y el contrato prometido dos convenciones diferentes, el legislador no ha entendido someter a la una a las solemnidades propias del otro.

4° En los casos en los cuales la ley ha querido que la promesa se celebre por escritura pública, así lo ha dispuesto expresamente (por ejemplo, art. 1787, donaciones por causa de matrimonio; o en el artículo 1736 N° 7, en la sociedad conyugal).<sup>4</sup>

### **Que el contrato prometido no sea de aquellos que las leyes declaren ineficaces.**

Vale decir, que el contrato prometido no adolezca de vicios de nulidad. Por eficacia del contrato prometido debe entenderse, en un sentido amplio, que éste produzca efectos jurídicos, que establezca un vínculo de derecho entre los contratantes. La ley niega sus efectos a la obligación de hacer contraída, cuando ella recae sobre un contrato que será carente de causa o de objeto, o que tendrá un objeto o causa ilícitos.

Esta exigencia es aplicación del principio general de que el objeto y la causa de los contratos deben ser lícitos. Así, por ejemplo, no podría prometerse la venta de bienes entre padres e hijos no emancipados o entre cónyuges no separados judicialmente; también carece de validez una promesa en que una de las partes se obliga a ejecutar un hecho inmoral o prohibido; o un contrato que contenga una obligación física o moralmente imposible.

¿Por qué el legislador redactó el numeral en términos negativos, en lugar de hacerlo con un sentido positivo? ¿Por qué no señaló “Que el contrato prometido sea de aquellos que las leyes declaren eficaces”? La redacción del Código se debe a que con la fórmula negativa empleada, es posible que el contrato de promesa esté referido a la celebración de contratos atípicos o innominados. Como éstos no están “declarados” en la ley, si la redacción hubiere sido bajo una fórmula positiva, no podría haberse admitido una promesa respecto de ellos.

El contrato prometido debe ser eficaz al momento de suscribirse la promesa. Es menester que el contrato prometido tenga eficacia, que sea jurídicamente lícito y posible, al momento en que se suscribe la promesa.

¿Qué ocurre si el contrato prometido fuere válido al tiempo de la promesa pero nulo al momento de exigir la celebración del contrato prometido? La Corte Suprema, por sentencia de fecha 24 de enero de 2011, declaró que si la compraventa va a ser nula, la promesa de compraventa no produce obligación alguna, rechazando una demanda de cumplimiento del contrato interpuesta por el promitente comprador. En el caso, el contrato prometido no sería eficaz a consecuencia de haberse dictado la Ley número 19.253 (Diario Oficial de fecha

5 de octubre de 1993), conocida como “Ley Indígena”, que prohíbe la enajenación de tierras indígenas a personas que no pertenezcan a la etnia del vendedor.<sup>5</sup>

De esta manera, la licitud o eficacia del contrato prometido debe mantenerse durante todo el lapso que medie entre la celebración de la promesa y el momento en que debe celebrarse el contrato prometido. Si nos encontramos ante una ineficacia sobreviniente, no podrá celebrarse el contrato prometido.

Cabe precisar que la ley se refiere a los contratos ineficaces o nulos por incumplimiento de requisitos de fondo, no de forma, dado que los últimos perfectamente pueden cumplirse al celebrar el contrato prometido. Por ello, es válida la promesa de compraventa de bienes de incapaces, en la que se omite la autorización judicial, sin perjuicio que esta no puede faltar al celebrar el contrato definitivo. Dicho de otra forma, la exigencia del art. 1554 N° 2 no se refiere a las formalidades necesarias para su validez en atención a la calidad de las personas que en él intervienen, puesto que el N° 4 de la misma disposición legal autoriza la omisión de tales solemnidades en la promesa. Así ha concluido la mayoría de la jurisprudencia y así también concluye Alessandri. Por lo demás, cuando la ley exige que la formalidad habilitante conste también en el contrato de promesa, lo ha dicho: por ejemplo, en el artículo 1749, respecto de la autorización de la mujer, cuando el marido casado en régimen de sociedad conyugal, celebra un contrato de promesa de venta de un inmueble social.

Con todo, debe advertirse que algunos fallos han sostenido una posición contraria: v. gr. un fallo de la Corte de Santiago del año 1964, señala que es *nulo el contrato de promesa de un bien raíz perteneciente en común a la madre y a sus hijos menores de edad, celebrado por aquélla por sí y en representación legal de los menores, sin autorización judicial*.

Por otra parte, a pesar de lo establecido en el art. 1464 número 3, en relación con el art. 1810, nada obsta a que pueda celebrarse un contrato de promesa referido a bienes embargados u objeto de medidas precautorias (salvo si la medida precautoria fuere la de celebrar actos y contratos sobre una determinada cosa, pues ello impediría celebrar el contrato de promesa), sin perjuicio que tales embargos o prohibiciones se alcen antes o al momento de celebrar el contrato prometido.

**Que la promesa contenga un plazo o condición que señale la época de la celebración del contrato prometido.**

No hay en nuestra legislación promesa pura y simple. La ley no permite celebrar una promesa sin base cierta, como sería, por ejemplo, si una persona se comprometiera a celebrar un contrato sin decir cuándo se celebrará, sin decir qué día preciso o al menos en qué época o período de tiempo. No puede quedar librada la ejecución del contrato prometido al mero arbitrio de alguna de las partes, sin la fijación de un lapso o el evento de la realización de un hecho que determine la época del cumplimiento de lo prometido.

Nada impide fijar copulativamente una condición y un plazo, o primero la una y para el caso de que ésta falle, o en su defecto, el otro. Así, las partes pueden estipular que “el contrato prometido se llevará a efecto a más tardar el día 15 de marzo de 2016, una vez que el promitente vendedor obtenga de la Dirección de Obras pertinente, la recepción final de las obras”. La expresión “una vez que” implica establecer una exigencia adicional al mero plazo. Otro ejemplo usual, es el que se refiere a la obtención de un crédito bancario: “No existe inconveniente legal alguno en que se combine una condición con un plazo como forma válida de satisfacer el requisito del número 3° de este artículo (1554), por ejemplo, cuando se establece como condición que el promitente comprador obtenga un crédito hipotecario en instituciones que los otorgan y que ello no pueda ocurrir más allá de una fecha que se establece” (sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta de fecha 4 de junio de 2001).<sup>6</sup>

No es necesario que el plazo o la condición establezcan el instante preciso en que el contrato deba celebrarse, pero sí deben determinar “la época” en que debe perfeccionarse (por ejemplo, antes que termine el invierno). Por lo demás, el propio artículo 1494 define el plazo como la época que se fija para el cumplimiento de una obligación.

## **I.5 CONTRATO DE COMPRA-VENTA**

Contrato de Compraventa en el Derecho Civil Mexicano

Concepto de Contrato de Compraventa publicado por Víctor Manuel Alfaro Jimenez, de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): Es aquel por el cual, uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho, y el otro a su vez se obliga a pagar por ellos un precio cierto y en dinero.

## Contrato de compraventa

Serán mercantiles las compraventas a las que el CCo les da tal carácter, y todas las que se hagan con el objeto directo y preferente de traficar. (CC 371-387)

Como se puede apreciar el CCo, no otorga un concepto de la misma, por lo que nos remitimos al Código Civil Federal, de conformidad con sus art. 2248 podremos decir existe compraventa cuando uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho, y el otro a su vez se obliga a pagar por ellos un precio cierto y en dinero. Entendiéndose que el objeto de la compraventa es la transmisión de dominio de una cosa o de un derecho.

La característica principal para determinar si la compraventa es de naturaleza civil o mercantil se circunscribe al objeto del contrato, por lo que será mercantil cuando se efectúe con propósito de especulación comercial, o con el objeto directo y preferente de traficar, aun cuando las partes que intervengan en la operación no sean comerciantes, de acuerdo con los artículos 4o, 75 y 371 del Código de Comercio, debiendo celebrar la operación conforme a lo dispuesto en dicha regulación.

Por exclusión, aquéllas compraventas cuyo objeto sea distinto a la especulación comercial, deberán regirse por el Código Civil de la entidad federativa relativa.

### Los elementos personales

---

El vendedor que es quien se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho.

El comprador quien adquiere su propiedad y se obliga a pagar por ello un precio cierto y en dinero.

La relación de las partes supone necesariamente dos requisitos que son:

### Capacidad para contratar

---

Existen las siguientes limitaciones:

- A los extranjeros y las personas morales no pueden comprar bienes raíces sin cumplir con lo dispuesto por el artículo 27 constitucional y con el artículo 2274 del CC.
- Los magistrados, los jueces, el ministerio público, los defensores oficiales, los abogados, los procuradores y los peritos, no pueden comprar los bienes que son objeto de los juicios en que intervengan, ni ser cesionarios de los derechos que tengan sobre los citados bienes (art. 2276 del CC)
- Los mandatarios, tutores, curadores, administradores, albaceas, interventores, peritos, corredores y empleados públicos respecto de aquellos bienes de cuya venta o administración estén encargados (arts. 2280 y 2281 CC)

## **Incapacidad para celebrar válidamente un contrato de compra venta**

No puede celebrar válidamente un contrato de compra venta:

– El vendedor que carezca de capacidad para celebrar actos de dominio, y esto es entendible, ya que el acto de vender, implica precisamente un acto de ese tipo, ya que con la celebración de ese contrato, va a enajenarse la propiedad y el dominio de una cosa, o la titularidad de un derecho sobre cosa inmaterial, lo cual hace disminuir el patrimonio pecuniario activo del vendedor.

– Tampoco puede celebrar este tipo de contrato:

a).- La persona que carece de capacidad de goce, se cita a las corporaciones religiosas llamadas iglesias, y ministros de esas religiones; las instituciones de beneficencia, las asociaciones comerciales por acciones; los extranjeros, y aquella persona a la cual se le incapacita por sentencia civil o penal.

b).- También se les niega esa capacidad de goce a las personas que se mencionan en el Código Civil Federal en su artículo 2276, el cual dice:

“Los magistrados, los jueces, el ministerio público, los defensores oficiales, los abogados, los procuradores y los peritos, no pueden comprar los bienes que son objeto de los juicios en que intervengan. Tampoco podrán ser cesionarios de los derechos que se tengan sobre los citados bienes”.

-Así mismo, tiene incapacidad de goce, el tutor y el curador en los términos del siguiente artículo del mismo código:

Artículo 569.- Ni con licencia judicial, ni en almoneda o fuera de ella puede el tutor comprar o arrendar los bienes del incapacitado, ni hacer contrato alguno respecto de ellos, para sí, sus ascendientes, su mujer o marido, hijos o hermanos por consanguinidad o afinidad. Si lo hiciere, además de la nulidad del contrato, el acto será suficiente para que se le remueva.

– De igual manera tiene incapacidad el Representante, el cual se encuentra en el siguiente numeral:

Artículo 660.- El representante del ausente es el legítimo administrador de los bienes de éste y tiene respecto de ellos, las mismas obligaciones, facultades y restricciones que los tutores.

No entrará a la administración de los bienes sin que previamente forme inventario y avalúo de ellos, y si dentro del término de un mes no presta la caución correspondiente, se nombrará otro representante.

– También, aunque se tenga capacidad de goce, no se podrá celebrar el contrato válidamente, si es que se carece de capacidad de ejercicio, es por ello que:

- a).- Los cónyuges no lo pueden celebrar, salvo que estén casados por separación de bienes.
- b).- Los que ejerzan patria potestad, solo que cubran la forma habitualmente que establece la ley.
- c).- El emancipado, también requiere de una autorización, conforme al siguiente artículo:

Artículo 643.- El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad:

De la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces.  
De un tutor para negocios judiciales.  
– El albacea tampoco puede enajenar los bienes del acervo hereditario, sin cumplir una forma habilitante.

– Los copropietarios, no pueden vender sin respetar el derechos del tanto de sus copropietarios.

La ley determina dentro de su contenido a las personas incapaces para realizar un contrato de compraventa. De forma general podemos decir que las personas que se encuentren en un puesto en el que imparten justicia son incapaces, así como el tutor y el curador, los representantes en asuntos civiles, el cónyuge, el emancipado, el albacea, los copropietarios, los anteriores para poder ser incapaces, se deben de encontrar dentro de los supuestos que señalan los artículos del código civil en su caso.

## **UNIDAD II**

### **SUMINISTRO Y SECCIONES**

#### **2.1 SUMINISTRO**

##### DEFINICION

Según el Artículo 968 del Código de Comercio: "El suministro es el contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir en favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios".

El suministro tiene pues, por objeto la prestación periódica (o permanente) de cosas o servicios de manera autónoma, a cambio de una contraprestación ya sea en dinero, especies u otros servicios.

##### FUENTE DE LA RELACION JURIDICA

Subyace en el contrato de suministro una realidad económica: la necesidad del comprador recurrente (consumidor) de garantizarse el abastecimiento de las materias o los productos que requiere para su actividad comercial o industrial o de servicios; y la seguridad recíproca del vendedor repetitivo (proveedor) de consolidar su demanda de bienes o productos, de estabilizar su clientela y sus despachos, y de establecer anticipadamente un criterio sobre el precio del suministro. Por su misma naturaleza de contrato de ejecución sucesiva o de tracto repetitivo, perpetúa en el tiempo una relación en la que se satisfacen necesidades continuas. Proveedor y consumidor encuentran en esta convención la regulación de su relación permanente; de allí que sea usual pactar

Clausulas en las que se prevén situaciones propias de una relación jurídico comercial

Estable tales como:

I -

- Condiciones de pago y mora en los diferentes instalamentos.
- Ajustes en el precio de los bienes o servicios.
- Antelación y forma de los pedidos periódicos.
- Pacto arbitral o de decisión de las diferencias mediante laudo o por amigables compondores (con el alcance de una transacción).
  
- Precios de venta al público.
- Seguros que amparen la mercancía y que cubran riesgos de responsabilidad civil en el transporte, o por el uso de los materiales.
- Titularidad y protección marcaria del proveedor.
- Mantenimiento en cuanto a presentación, empaques, e imagen corporativa.
- Exclusividad de la relación, en favor del comprador o del vendedor o de ninguno.
- Obligación de anunciar la calidad de distribuidor.
- Previsiones sobre publicidad en los diferentes medios de comunicación, y sobre promoción de los productos y de las marcas.
- Permision o prohibición, y regulación, para subcontratar o para ceder la posición contractual a terceros.

- Consecuencias de los cambios sustanciales en la propiedad de uno de los contratantes mediante cesión de cuotas o traspaso de acciones.
- Consecuencias derivadas de cambios imprevistos o insoportables en el desarrollo del contrato.
- Plazo del contrato, y sus prórrogas. Causales de terminación y medidas y actitudes que deben tomar y asumir las partes una vez concluye la relación contractual.

Un contrato en el cual se recojan todas las incidencias y características de la relación económica y comercial subyacente, servirá de buena manera los intereses de las partes, permitiendo esa necesaria armonía activa entre la realidad y la regulación, indispensable para que el documento reporte beneficios a los contratantes en lugar de convertirse en un obstáculo para el desarrollo normal de las relaciones.

## **ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO**

Son elementos esenciales los que se enumeran y enuncian a continuación:

**OBJETO:** El cumplimiento de prestaciones, periódicas o continuas, de bienes o servicios, con autonomía de las partes.

**SUJETOS:** Son las personas que celebran el acuerdo de voluntades y que reciben los nombres de: ---

- a) "suministrado o consumidor", que es la parte que recibe o adquiere las cosas o servicios, y
- b) "suministrante o proveedor", la parte que abastece a la otra de esas cosas o servicios. No establece la ley restricción alguna a que dicho contrato sea realizado y ejecutado por personas naturales.

**CAUSA:** El suceso que induce a la celebración del contrato, es asegurar por cierto tiempo varias prestaciones o la prestación continuada de bienes o servicios.

## **FUNCION ECONOMICA Y RAZON SOCIAL DEL SUMINISTRO**

El contrato de suministro surgió del deseo de los comerciantes de hallar satisfacción rápida, segura y económica a sus necesidades y de encontrar una adecuada regulación a las relaciones que indefectiblemente se producen entre aquellos que participan en el proceso de producción, obligando a la integración de una red de distribución o garantizando la provisión de bienes o servicios. Se necesitaba entonces, un contrato que fuese capaz de prever el mantenimiento de las relaciones futuras, es decir, contratos que trazaran el régimen de las relaciones con una perspectiva y una expectativa y una seguridad de duración en el tiempo.

La eficacia del contrato de suministro no se puede agotar en un solo acto, puesto que las necesidades que buscan satisfacer los contratantes son la previsión futura y el mantenimiento en el tiempo de la relación creada. Por ello puede afirmarse que éste es un contrato que engendra obligaciones duraderas a cargo de las partes; esto quiere decir, que el interés de las partes o queda satisfecho cuando la prestación se prolonga en el tiempo, y por consiguiente la utilidad para el contratante es proporcional a la duración del contrato. Con la utilización del contrato de suministro se evita la realización de múltiples acuerdos de voluntades, sucesivos, quizás aleatorios.

## **UTILIDAD**

El proveedor asegura la colocación de su producción por un tiempo determinado, lo cual le permite una mejor planeación económica. El suministrado asegura el abastecimiento de las materias que precisa para su actividad, garantizando de ésta manera, el flujo continuo de mercancías y materias primas para mantener en funcionamiento sus negocios o su producción, sin la incertidumbre de la contratación sucesiva y el riesgo de que los proveedores no puedan suministrar las mercancías requeridas en las cantidades, calidades y oportunidades necesarias. El suministro ofrece gran economía en tiempo y actividad administrativa, porque no hay que estar celebrando contratos cada vez que se precise de una venta o servicio.

## **NATURALEZA DEL CONTRATO**

El contrato de suministro es un contrato típico, marco, con características propias esenciales que lo diferencian de otros contratos, tales como el carácter de normativo, de colaboración, y el hecho de tratarse de un contrato de ejecución periódica o continuada cuya implementación se consolida con la entrega de bienes o de actividades que tienen también su propia tipología jurídica y económica.

## **CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO**

**CONSENSUAL:** El Código de Comercio en su regulación no establece formalidad alguna para su formación y perfeccionamiento, lo que quiere decir que basta con el acuerdo verbal de los contratantes sobre los factores esenciales para que el contrato exista entre ellos y genere las obligaciones propias de ésta forma de contratación. Sin embargo, la seguridad de las partes para el ejercicio de sus derechos recíprocos aconseja que se materialice por escrito.

**BILATERAL:** Para su formación se exige el concurso de las voluntades tanto del consumidor, como del proveedor, y las obligaciones están a cargo de ambos contratantes.

**ONEROSO:** Ambos contratantes se están grabando, cada uno en beneficio del otro.

**CONMUTATIVO:** Las prestaciones se tienen como equivalentes.

**DE TRACTO SUCESIVO:** El cumplimiento del contrato supone la ejecución de prestaciones periódicas, durante un tiempo más o menos largo; esto se predica, además, por tratarse de un contrato de duración y estabilidad. Es también por esta razón, que el contrato no se resuelve por incumplimiento, sino que se termina con efectos hacia el futuro, por la imposibilidad de volver las cosas al estado precontractual.

Por esta especial característica, es posible aplicar al suministro la teoría de la imprevisión, que opera cuando ocurre un hecho imprevisto que altera notablemente el equilibrio que exista entre las prestaciones en el momento de celebrar el contrato; por tal motivo puede entonces la parte afectada acudir al juez para que revise las condiciones del contrato o lo dé por terminado.

Otra consecuencia derivada de ser un contrato de ejecución periódica o sucesiva, es la consagrada en el artículo 887 del Código del Comercio, según el cual en los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido; es decir, la cesión del contrato de suministro se verifica por la imposición de uno de los contratantes, o con la simple aquiescencia tácita de una de las partes a su continuación por un tercero, siempre que por estipulación legal o contractual no se haya prohibido o limitado la cesión.

**PRINCIPAL:** Subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención que le dé origen.

**AUXILIAR:** este contrato facilita la actividad comercial, y agiliza el tráfico mercantil.

**NORMATIVO O MARCO:** Regula futuras relaciones entre las partes contratantes.

**DE COLABORACION O INTEGRACION:** Involucra y compromete de manera estable, o en una misma red de distribución o entregas permanentes, a proveedores y consumidores.

**DE EJECUCION PERIODICA O CONTINUADA:** La periodicidad, característica de este contrato, implica prestaciones que deban cumplirse en fechas determinadas y de manera repetitiva; la continuidad hace relación a la ininterrumpibilidad de sus prestaciones en el tiempo.

**DE DISTRIBUCION:** De la clase de los autónomos, en oposición a los dependientes.

**MODALIDADES DE SUMINISTRO** El contrato objeto de este análisis ofrece las siguientes modalidades:

**SUMINISTRO DE COSAS:** Los bienes suministrados pueden ser muebles o inmuebles, pero por su naturaleza, que es la de satisfacer la necesidad reiterada de las mismas cosas, debe circunscribirse a bienes muebles o cosas genéricas.

**SUMINISTRO DE SERVICIOS:** Se concreta en el suministro de fuerza humana de trabajo, o de capacidad y conocimientos, en forma periódica y continuada, pero con independencia de quien la suministra.

## **OBLIGACIONES DE LAS PARTES**

**DEL PROVEEDOR:** Su obligación básica es la de entregar cierta cantidad de bienes y servicios, de manera periódica o continuada, según las necesidades del consumidor, y en los términos de la convención.

### **EL SUMINISTRO: UN CONTRATO, Y UNA REALIDAD COMERCIAL**

**CUANTIA DEL SUMINISTRO:** La acordada. Sin embargo, no es esencial que esté determinada al momento de la celebración del contrato, debido a que existe una norma supletiva de la voluntad que permite el establecimiento de un tope mínimo y máximo, siendo el consumidor quien lo determina. Puede ocurrir que las partes se remitan a la capacidad de consumo, o a las necesidades ordinarias, y pacten un mínimo, estando el consumidor obligado a recibirlo. Si la cuantía está totalmente indeterminada, se entiende que corresponde al ordinario consumo o a las necesidades del consumidor. El artículo 969 del Código de Comercio, dicta las pautas para determinar las cantidades que deben entregarse o recibirse, actuando como norma supletiva de la voluntad de las partes.

### **PLAZO PARA LAS PRESTACIONES DEL PROVEEDOR:**

Este no puede ser modificado al arbitrio de una sola de las partes; si dicho plazo lo señala una de las partes, debe dar un preaviso prudencial a la otra parte, sobre la fecha en que debe cumplirse la prestación. Si hay discusión sobre la oportunidad del preaviso, se resuelve mediante proceso verbal con intervención de peritos (artículo 972 del Código de Comercio). En el evento de que los contratantes hubieran guardado silencio respecto al tiempo en que deben efectuarse las entregas, como el Código de Comercio no trae regulación a éste respecto, se acude a la ley del contrato aisladamente considerado, atendiendo a la naturaleza de las cosas o servicios que deben proveerse o a la finalidad de cada contrato.

**DEL CONSUMIDOR:** Su obligación principal consiste en el pago del precio; los artículos 970 y 971 del Código de Comercio dictan las pautas para determinar el precio y la forma de pago del mismo. La característica de ser un contrato de tracto sucesivo, permite que el precio esté indeterminado al momento de la celebración del contrato, sin que por ello falte ningún elemento del contrato; lo usual es que en éste tipo de contratación no se pacte precio, debido a que el valor de las cosas y servicios no se mantiene estable, y oscila en concordancia con las situaciones puntuales y generales del mercado.

El precio se puede determinar tomando aisladamente cada prestación; si las partes no lo pactan, ni siquiera de manera determinable, se entiende que aceptan el precio medio de las cosas en el lugar y día de cumplimiento o en el domicilio del consumidor. El precio puede pagarse por anticipado, o por cada entrega.

Existe una obligación adicional para el consumidor, cual es la de promover la zona que se designe, la venta de las mercancías o servicios suministra.

**TERMINACION DEL CONTRATO:** (Artículo 977 del código de Comercio). El contrato termina por el transcurso del término de duración pactado, pero si es de plazo indeterminado, cualquiera de las partes podrá denunciarlo y darlo por terminado, de acuerdo a un preaviso, con la anticipación acordada o la establecida por la costumbre, y en ausencia de ésta, según la naturaleza del contrato, para evitar de ésta manera posibles abusos.

En cuanto al incumplimiento de una o de varias prestaciones, siendo el de suministro un contrato de duración, no opera la resolución del mismo sino la terminación, debido a que el incumplimiento actual no afecta las prestaciones que hayan sido ejecutadas. De otro lado, el incumplimiento es calificado y solo surte efecto cuando haya ocasionado perjuicios graves o tenga aquella importancia capaz de engendrar una inseguridad razonable sobre el cumplimiento de la otra parte en las futuras prestaciones.

## **SUMINISTRO, COMPRAVENTA Y AGENCIA**

**DIFERENCIA CON LA COMPRAVENTA:** La compraventa es un contrato de ejecución instantánea, en el cual el pago del precio corresponde a una entrega única de la mercancía; si la venta es con entregas repetidas, la prestación sigue siendo una sola aunque su ejecución se fraccione en el tiempo. El contrato de suministro es un contrato de tracto sucesivo, en el cual la obligación se prolonga a través del tiempo en entregas periódicas y no hay una prestación, sino varias prestaciones autónomas, ligadas entre sí, y derivadas de un contrato único.

### **DIFERENCIA CON LA AGENCIA MERCANTILES**

La agencia mercantil es un contrato por el cual un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante, agente de un empresario nacional o extranjero, fabricante, o distribuidor de uno o varios productos del mismo.

De lo anterior se deduce que es una forma dirigida a promover o explotar negocios en un territorio; el agente no solo promueve sino que recibe y tramita ofertas, y debe procurar la creación de un mercado, mantenerlo y ampliarlo. El agente tiene una empresa que dirige con independencia, es decir, no está ligado por un contrato de trabajo, es autónomo porque en el contrato se dan unas pautas mínimas gozando así de libertad

## **2.2 CESION DE DERECHO DE HERENCIA**

## Cesión de Derechos

La **cesión de derechos** es un acto jurídico, mediante el cual un acreedor denominado **cedente** transfiere a otra persona o tercero, llamado **cesionario**, los derechos o créditos que tiene contra su deudor, sin que se altere la esencia de la obligación, pues sigue siendo la misma, y sin que se requiera el consentimiento del deudor, quien, sin embargo, debe ser notificado de dicha transferencia. Es un contrato por el cual el acreedor anterior, original o primitivo transmite un crédito a un nuevo acreedor.

En el caso de los **derechos hereditarios**, una vez que el juez realiza la declaración de herederos o bien se hace el reconocimiento de los mismos, el declarado **heredero** es legítimo poseedor de los bienes, derechos y acciones de la masa hereditaria que le correspondiese, teniendo la posibilidad de transmitir sus derechos de heredero.

¿Qué es la cesión de derechos hereditarios?

La **cesión de derechos hereditarios** es un contrato de transferencia de los derechos patrimoniales de un acervo hereditario, sea este universal o parcial, de un heredero en favor de otra persona. Esta figura es de naturaleza contractual, porque para su perfeccionamiento se requiere el consentimiento o acuerdo de voluntades del heredero y del cesionario y surgen a partir de él derechos y obligaciones para ambas partes.

¿Cuáles son los efectos de la cesión de derechos hereditarios?

El principal efecto es que el cesionario pasa a ocupar la misma situación jurídica del cedente, pasando a tener los mismos derechos y obligaciones del heredero. Podrá por tanto:

1. Solicitar la posesión efectiva de la herencia.
2. Solicitar la partición de bienes e intervenir en ella.
3. Ejercer las acciones de petición de herencia y de reforma del testamento, que corresponden a los herederos.
4. Tiene derecho al acrecimiento, salvo pacto en contrario.

Al ocupar el mismo lugar jurídico del heredero, el cesionario debe hacerse cargo también del pasivo de la herencia, es decir, responde de las deudas hereditarias y testamentarias.

¿Cuál es la responsabilidad del heredero (cedente)?

Al transferirse el **derecho de herencia**, no se ceden bienes determinados, sino una universalidad de los mismos. Como consecuencia de lo anterior, es posible que la herencia reporte ganancias, así como pérdidas al estar recargada de deudas. En este caso, el **heredero** no responde nunca de este evento incierto de ganancia o pérdida, ya que la cesión de derechos hereditarios es un acto típicamente aleatorio. De lo único que podría responder el heredero es de su calidad de tal, y ello no siempre, ya que hay que distinguir si la cesión se realiza a título oneroso o gratuito, así, si la cesión se realiza a título oneroso, el heredero responde únicamente de su calidad de asignatario; por el contrario, si la cesión se realiza a título gratuito, el cedente no responde ni aun de su calidad de asignatario.

#### **Requisitos:**

- La cesión del derecho de herencia debe efectuarse solo una vez fallecido el causante. Realizar la cesión con anterioridad a su fallecimiento sería jurídicamente imposible, dado que la ley sanciona con objeto ilícito, y por ende con nulidad absoluta, los pactos sobre sucesión futura.
- La cesión de derechos hereditarios es una convención, por lo tanto supone la existencia de un título traslativo de dominio. Lo más usual es que este título sea una compraventa, sin perjuicio de que también puedan utilizarse una donación, una permuta o una dación en pago.
- No pueden cederse bienes determinados. Lo que se cede es la universalidad de la herencia o una cuota de ella. El heredero que vende o cede su derecho hereditario, no transfiere propiedad particular alguna en los bienes de la herencia.

### **2.3 Cesión de Derechos Litigiosos**

El interés en conflicto es patrimonio de cada una de las partes, por lo cual pueden disponer libremente de él, con arreglo al derecho que le garantiza a su titular los actos de disposición sobre los mismos. En esta categoría se encuentra el interés patrimonial, sujeto eventual del

conflicto judicial, por lo cual, puede ser objeto de todas las afectaciones comunes a los demás bienes. En consecuencia, puede formar parte del caudal relicto de una sucesión o puede también ser dispuesto por acto entre vivos. En este caso, puede ser cedido por cualquiera de las partes. La ley distingue dos momentos en que tal negocio puede efectuarse, aunque obviamente, la propia redacción del artículo 145 da mayor prioridad aparente al caso de hacerse después de celebrado al acto de la contestación de la demanda y mientras no sea dictada sentencia definitivamente firme en el juicio de que se trate. En este orden de ideas la disposición de los derechos en conflicto judicial son válidamente transferibles de su titular a un tercero, con el solo consentimiento entre los dos contratantes, sin que se requiera acuerdo, notificación o aceptación de la contra parte, si el negocio es efectuado antes del acto de la contestación de la demanda o después que en el juicio de que se trate hubiere sido sentenciado y la decisión hubiere adquirido la condición o estado de cosa juzgada, es decir, de sentencia definitivamente firme.

El otro caso, para el cual se requiere consentimiento de la otra parte, es cuando la cesión de los derechos litigiosos tiene lugar después del acto de la contestación de la demanda y antes de producirse sentencia definitivamente firme en el proceso. Sin embargo, la falta de consentimiento expresa o tácita de la otra parte, no impide que la cesión se haga, lo que ocurre es que si no se produce el consentimiento de la contra parte, la cesión no tiene efecto contra él.

Resumiendo todo lo expuesto, podemos concluir que la cesión de los derechos litigiosos que una de las partes haga a un tercero, es válida siempre entre los contratantes y también con relación a la contraparte, salvo que ella tenga lugar en el periodo comprendido desde la fecha de la contestación de la demanda hasta que la sentencia adquiera la cualidad de definitivamente firme, período en el cual hace falta el consentimiento de la otra parte para que tenga efecto contra ella. Todo lo cual permite puntualizar los siguientes casos:

La cesión antes del conflicto judicial, es una cesión de crédito que se rige por el Código Civil en sus artículos 1.549 y siguientes.

La cesión que se haga desde la admisión de la demanda hasta antes de su contestación es una cesión de derechos litigiosos que se perfecciona con el consentimiento del cedente y del cesionario.

La que se haga después de contestada la demanda y antes de que la sentencia en ese juicio se encuentre definitivamente firme, es también una cesión de derechos litigiosos que requiere, para su perfeccionamiento del consentimiento de la contraparte; y la cesión que se haga después de producida la sentencia definitivamente firme, es una cesión de crédito y no de derechos litigiosos, puesto que ya el juicio, como tal, ha cesado; por lo tanto, se rige por las normas de la cesión del crédito. Quedan tres cuestiones adicionales que las trataremos en las reflexiones finales.

En el siguiente acápite del artículo se prevé la transferencia de los derechos que se ventilan en el proceso, a título particular y por causa de muerte, desde que se acredite en autos la muerte del cedente, hasta que se cite al sucesor a título particular, quien se hará parte en la causa. Se trata de un claro caso de situación muy particular, en que por algún contrato o disposición testamentaria nos encontramos con un causahabiente a título particular, quien una vez citado se incorporará al juicio, sea cual fuere el estado en que dicho juicio se encuentre y sin que el consentimiento de la otra parte tenga que ser manifestada en algún sentido

## **I.- Cesión extrajudicial de derechos litigiosos**

Es evidente que el interés del legislador es que el negocio relativo a la cesión de los derechos litigiosos se pacte y suscriba en acta procesal del Expediente respectivo a fin de que exista en él plena constancia de la negociación, tanto en su fecha como en sus términos; pero nada se opone para que el negocio sea documentado en instrumento público ante un funcionario que pueda dar fe pública del acto. Por supuesto, ese instrumento debe ser producido en los autos para que produzca las consecuencias y efectos a que está destinado, siempre y cuando se efectúe con arreglo a las normas que lo rigen. Pero el asunto puede complicarse en algunos momentos del proceso. Es obvio que la parte y el tercero lo pueden

suscribir entre ellos y sin el consentimiento de la contraparte si lo hacen antes de la contestación de la demanda. Pero una cosa es suscribir el documento en una fecha y otra producirlo en los autos, en otra fecha. Es evidente que la fecha que prevalece es la de la firma, que debe resultar anterior a la fecha en que se contestó la demanda. Tampoco debemos confundir el termino otorgado al demandado para contestar la demanda con la oportunidad en que lo haga, pues es ésta la que se toma en cuenta para distinguir los requerimientos que se deben cumplir para que la transmisión de los derechos litigiosos sea válida. Sin embargo, cuando la cesión es extrajudicial debe acreditarse en los autos a la mayor brevedad, pues de lo contrario se transformaría en actitudes perversas en el conflicto.

## **2.- Valor del Consentimiento Tácito**

Tratándose con la cesión de los derechos litigiosos de una importante modificación en la relación procesal, pues que además, involucra problemas de solvencia, pareciera que es interés del legislador la prestación del consentimiento del otro litigante. Sin embargo el legislador no destaca la condición de que sea expreso y tratándose de un proceso, formado por actos consecutivos y preclusivos, difícilmente el otro litigante dejará de enterarse de ese acontecimiento, máxime que la propia ley procesal sanciona con la legitimación de los actos que el litigante no denuncia en la primera oportunidad en que actúe en el juicio, después de ese acto que pudo impugnar. Así, el acto queda convalidado y por supuesto no procede reposición alguna (Art. 213 C.P.C.).

Por estas razones opinamos que el consentimiento para la validez de la cesión puede ser tácito.

## **3.- Cesión de los Derechos Litigiosos por el Demandado**

Acota el Dr. Yury Naranjo en sus comentarios al C.P.C., que:

“LA CESION DE DERECHOS LITIGIOSOS ES PRIVATIVA DEL ACTOR, PUESTO QUE EL DEMANDADO TIENE OBLIGACIONES PERO NO DERECHOS”.

Por muy respetable que nos resulte esta opinión, no la compartimos. Primero porque la ley procesal no la excluye, pues el Art. 145 habla textualmente de la cesión que hiciera alguno de los litigantes y segundo porque no es absolutamente cierto que en el orden procesal, por ser el demandado el sujeto de la reclamación, cuyo cumplimiento se le exige, esté desprovisto de derechos en el juicio. En primer lugar, no es siempre seguro que tenga una decisión adversa y en el caso de no resultar vencido tendrá el crédito a su favor por concepto de costas, las cuales hasta por un treinta por ciento del valor de la demanda le pertenecía (Art. 286 C.P.C.) puesto que además las costas son de la parte. Independientemente de este aspecto y con ocasión del tipo de juicio de que se trate, también pueden haber intereses sobre bienes, pues de conformidad con el artículo 1.552, las ventas o cesiones de crédito comprenden los accesorios de ese crédito, tales como las cauciones, privilegios e hipotecas, las cuales por efectos de la cesión de los derechos litigiosos pasan al cesionario si no es condenado en el juicio.

Por estas razones considero que el demandado sí justifica la cesión de sus derechos litigiosos. Pero lo que sí resulta preocupante es la cesión que puede hacer el demandado después de haberse sentenciado el conflicto y la decisión le hubiere sido adversa. Sostengo que en este caso no podría haber cesión porque ya no hay litigio. Ya el conflicto terminó con la sentencia y lo que resta ahora es la ejecución.

#### **2.4 Cesión de contratos**

La cesión de contrato puede ser definida como aquel negocio jurídico por el que una persona (cedente) transmite a otra (cesionario) la posición jurídica activa y pasiva, es decir, como acreedor y deudor, que el primero ostenta en un contrato que celebró previamente con un tercero.

Naturaleza

El Código Civil no regula esta figura, pero la misma se ha impuesto en la práctica y es plenamente admitida por Doctrina y Jurisprudencia en base a la aplicación analógica de la regulación contenida en el Código Civil acerca de la cesión de crédito y que es aquel negocio jurídico por el que un acreedor (cedente) transmite a otra persona (acreedor cesionario) los derechos que el primero ostenta frente a tercera persona, ajena a la transmisión, pero que pasa a ser deudora del nuevo acreedor sin que la relación primitiva se extinga (véase "Cesión de créditos"). De hecho, aunque el Código Civil no contiene regulación alguna sobre esta figura, determinadas leyes especiales reguladoras de ciertos contratos sí la prevén, siendo el ejemplo típico el del traspaso de local arrendado.

De otro lado, recordar que aún cuando el Código Civil regula la cesión no como un negocio autónomo, sino como una compraventa especial por el objeto sobre el que recae (es decir, presume que toda transmisión se efectuará en forma en compraventa); tanto Doctrina como Jurisprudencia, han afirmado en reiteradas ocasiones la naturaleza propia e independiente de la cesión, como auténtica figura autónoma donde la transmisión del crédito (en este caso del contrato) puede aparecer ligada a otros tipos contractuales, como la permuta, la donación... donde la común intención de las partes no sea la de comprar y vender, sino otra distinta, como efectuar un pago, mera contraprestación de otro tipo de obligación o la simple liberalidad. Únicamente se exige que en este negocio de cesión, como todo negocio, exista una causa determinante de la transmisión, que es lo que permite que éste se adapte a muy distintas fórmulas contractuales sin perder su esencia, es decir, sin dejar de ser auténtico negocio jurídico de disposición, celebrado entre dos partes, relativo a la posición jurídica que ostenta el cedente frente a un tercero en el contrato otorgado con éste. La transmisión del contrato en que consiste la cesión podrá, por tanto, acomodarse a cuantas formas contractuales sea necesario, sin necesidad de que siempre deba ajustarse a la propia de la compraventa. Por todo ello, en definitiva, se entiende que nos encontramos ante una figura autónoma, el contrato de cesión, pues el contrato no es otra cosa mas que un negocio jurídico bilateral, productor de obligaciones (véase "Contrato").

A propósito de la cesión de contrato afirma el Tribunal Supremo que "es una figura autónoma, admitida plenamente en el derecho comparado de los países de nuestro entorno cultural, y que no aparece regulado en nuestro derecho normativo, salvo en la Ley 513 de la

Compilación de Navarra que la establece de una manera clara y concreta, y que desde luego, ha de tener un enorme valor interpretativo para la aplicación de tal figura en el derecho común. Dicha cesión del contrato, creación jurisprudencial y doctrinal, ante la ausencia se vuelve a repetir de normas concretas y directas que la regulen, tiene su base en el artículo 1255 del Código Civil que proclama el principio de la libertad contractual que, a su vez, permite la modificación por la sola voluntad de las partes de la regulación normativa de todo tipo de contrato, y que no tendrá más límite que el que pueda efectuarse a través del parámetro ético con que se califique su causa. Así pues, la referida cesión de contrato puede definirse como aquél acuerdo de todas las voluntades contractuales, que produce la transmisión del conjunto de los efectos de un determinado contrato a un tercero, pero siempre entendiendo dicha cesión con carácter unitario, o sea, con todo lo explicitado en el primitivo contrato, o sea, sin que suponga la sustitución de un contrato por otro posterior, pues en este caso surgiría la figura de la novación" (Sentencia de 19 de septiembre de 1998).

#### Validez de la cesión de contrato

Como todo negocio jurídico, la cesión de contrato, el negocio de cesión, queda sujeta al principio general de libertad de forma en materia contractual, consagrado por los artículos 1278 del Código Civil y 51 del Código de Comercio, por tanto, no habrá de ajustarse más que a las especiales formas que exija, en su caso, el negocio causal que sirve de base a la transmisión (compraventa, permuta, donación...), sin perjuicio de lo que puedan pactar las partes e, incluso, de la previsión de otorgamiento de escritura pública contenida en el artículo 1280 del Código Civil, que lo es a meros efectos probatorios de la cesión.

Ahora bien, a diferencia de la cesión de crédito, donde no se exige más que la común voluntad de cedente y cesionario, y el cedido, a lo sumo, habrá de conocer, pero no consentir, la cesión (véase "Cesión de créditos"); la cesión de contrato sí exige del consentimiento del cedido, ya sea de forma expresa o tácita, es decir, a través de actos concluyentes reveladores de su auténtica voluntad. "La cesión de contrato requiere inexcusablemente para su eficacia además del consentimiento del cedente y del cesionario, la del contratante cedido, según reiterada Jurisprudencia, consentimiento que puede ser expreso o tácito", afirma el Tribunal Supremo en, entre otras, las Sentencias de 4 de febrero

de 1993, 5 de marzo de 1994, 21 de diciembre de 2000 y 17 de octubre de 2002. y, esto es así, porque al cedido, como parte interesada, puede no serle irrelevante quien ocupe la otra posición contractual, dado que la cesión de contrato únicamente tiene sentido en cuanto se refiera a la transmisión de un contrato que contenga obligaciones recíprocas, es decir, para ambas partes, pues, de lo contrario, nos encontraríamos ante una cesión de crédito o una asunción de deuda. Es más, el propio Tribunal Supremo, en base a la libertad de pactos consagrada por el artículo 1255 del Código Civil, se inclina más por esta figura que por la cesión de crédito y la asunción de deuda simultáneas en los casos de contratos con prestaciones recíprocas en que se sustituye a una de las partes. Y, de otro lado, con arreglo también al citado principio ha admitido plenamente la cesión en los contratos sinalagmáticos, es decir, en aquellos donde la obligación asumida por cada una de las partes lo es en contraprestación a la asumida por la contraria, admitiendo que pueda cada una de las partes contratantes hacerse sustituir por un tercero en las relaciones derivadas de contrato con prestaciones sinalagmáticas, si éstas no han sido todavía cumplidas, con tal que la otra parte lo consienta (Sentencias de 26 de junio de 1926, 2 de junio de 1927, 4 de enero de 1930, 11 de abril de 1944, 23 de junio de 1947, 4 de enero de 1952).

En definitiva, "la figura jurídica de la cesión del contrato supone un negocio de cesión entre cedente y cesionario de un contrato de prestaciones recíprocas, pues de ser de prestación única se estaría ante una simple cesión de créditos o asunción de deudas. La necesidad de mediar consentimiento es requisito determinante de la eficacia de la referida cesión contractual, y así lo ha declarado el Tribunal Supremo en sentencias de 12 de julio de 1996, 1 de julio de 1949, 26 de febrero y 26 de noviembre de 1982, 23 de octubre de 1984 y 5 de marzo de 1995".

Finalmente, y aún cuando se parte de su naturaleza contractual, no cabe desconocer que la cesión de contrato puede tener un origen legal, o incluso ser impuesta judicialmente; así, ha admitido expresamente el Tribunal Supremo la modalidad de cesión de remate en, entre otras, las Sentencias de 18 de febrero de 1994 o de 8 de febrero de 2005.

Eficacia de la cesión de contrato

Principal efecto de la cesión será el de la efectiva transmisión del cedente a favor de un tercero, cesionario, de la posición jurídica que ostenta aquél en el contrato que le liga al cedido. Exigiendo, para que resulte negocio válido y vinculante, que concurra el consentimiento del contratante cedido, ya que por la cesión operada el cesionario pasaría a ocupar el lugar de parte del cedente, conservando aquél su posición originaria y quedando fuera de la relación el cedente, quedando liberado de sus obligaciones por traspaso al cesionario, conservando únicamente las que tiene frente al cesionario respecto a la existencia y validez del contrato trasladado (Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1993, 5 de marzo de 1994, 9 de diciembre de 1997 y 19 de septiembre de 1998). Manteniendo, en cualquier caso, plena vigencia y validez el contrato donde se produce la sustitución de uno de sus contratantes originarios.

La exigencia del consentimiento del contratante cedido, en definitiva, determina la conjunción de tres voluntades contractuales, que "se produce por la cesión en la titularidad de la relación convencional, conservando siempre el cedido su posición originaria, lo que determina que la situación negocial entre cedido y cedente, al aceptarlo aquél el traspaso del contrato, salvo pacto expreso en contra, queda agotada, con liberación del cedente de sus obligaciones que se traspasan al cesionario, si bien mantiene las que le ligan a éste respecto de la existencia, validez y virtualidad del contrato traspasado" (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1997). Siendo ésta la principal nota diferencial entre la cesión de contrato y la novación subjetiva (véase "Novación"), que supone la extinción del contrato primitivo, por cambio de cualquiera de los contratantes y su sustitución por otro nuevo. Pues, frente a la novación, "la cesión representa la transmisión del conjunto de una determinada relación contractual a tercero, operando la cesión con carácter unitario que se mantiene, es decir con todo lo comprendido en el contrato que se mantiene, no operando, por tanto, como propia sustitución de un contrato por otro, que sería novación, la que ha de ser entendida como subrogación de derechos y obligaciones, al sustituirse el primitivo deudor, y supone, por lo general, la existencia de otro contrato que reemplaza al precedente, exigiéndose en todo caso para que resulte eficaz no solo el conocimiento del acreedor, sino que, como decreta de forma terminante e imperativa, su consentimiento debe resultar suficientemente expresado, es decir, debe constar de modo cierto y positivo y

prestarse con el decidido propósito de liberar de sus obligaciones al primitivo deudor"(Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1931, 29 de diciembre de 1956, 29 de septiembre de 1983, 4 de febrero de 1993 y 19 de septiembre de 1998).

Y según la Sentencia de 19 de septiembre de 1998, la cesión de contrato "puede definirse como aquel acuerdo de todas las voluntades contractuales, que produce la transmisión del conjunto de los efectos de un determinado contrato a un tercero, pero siempre entendiendo dicha cesión con carácter unitario, o sea, con todo lo explicitado en el primitivo contrato, sin que suponga la sustitución de un contrato por otro posterior, pues en este caso surgiría la figura de la novación. En palabras más simples, hay que tener en cuenta lo que afirma la Sentencia de esta Sala de 4 de febrero de 1993, cuando dice que la voluntad negocial en la cesión de contrato queda claramente proyectada en cuanto produce atribución de los efectos de un contrato a persona distinta de la que lo concluyó, pasando la relación bilateral a trilateral y produciendo como efecto característico que el cedente queda desligado del contrato y el cesionario subrogado en su lugar"

### **La contratación con carácter de “intuitu personae”**

Respecto a la expresión utilizada en este trabajo y por la doctrina de “*intuitu personae*”, la autora NAVARRO MICHE sostiene que un contrato con ese carácter hace referencia a la especial relevancia que tienen, en la formación y ejecución del contrato, las cualidades individuales o subjetivas del deudor.

Cuando la consideración de la persona constituye la causa de la obligación, ello tiene tres consecuencias:

- La primera, que el error en la persona es causa de nulidad del contrato (art. 1.266.2 CC: “*El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiese sido la causa principal del mismo*”).
- La segunda, que el pago o cumplimiento no puede ser hecho por tercero (art. 1.161 CC: “*En las obligaciones de hacer el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero, cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación*”).
- Y la tercera consecuencia es que el contrato no es transmisible ni por actos inter vivos ni mortis-causa. La equiparación frecuente entre la categoría *intuitu personae* y relación de confianza suele ser uno de los elementos que se han tenido en cuenta para elevar las cualidades de la persona a la categoría de causa del contrato. Cuando una relación se establece con ese carácter, el cumplimiento debe ser realizado por el deudor de esa prestación y no por un tercero.

Un supuesto así nos lo refiere el párrafo 1º del art. 1.595 CC “*Cuando se ha encargado cierta obra a una persona por razón de sus cualidades personales, el contrato se rescinde por la muerte de esta persona*”, que para BERCOVITZ<sup>30</sup> éste artículo 1.595 CC es un claro ejemplo de que la calidad y circunstancias de una persona es factor determinante para que se haya constituido la obligación con éste.

Para DIEZ-PICAZO<sup>31</sup> en comentario al art. 1.266.2 CC, que se refiere al contrato de mandato, indica que este precepto presume que por regla general la identidad de la persona del otro contrato no tiene en el Derecho de la contratación un carácter básico o esencial, lo mismo que las cualidades que la persona pueda poseer, de suerte que quien pretenda lo contrario soportará la carga de justificarlo, demostrando que el contrato se realizaba *intuitu personae*. Y GARCIA-AMIGO<sup>32</sup> entiende que todo contrato, salvo que todas sus prestaciones sean personalísimas, es cedible como un todo, porque la cesión esta amada en un principio general (libertad de pactos) y porque no es contraria a la ley, ni a la moral ni al orden público.

MONTÉS PENADÉS<sup>33</sup> considera que se da este carácter de *intuitu personae* claramente en las relaciones representativas, refiriéndose también, al igual que DIEZ-PICAZO al contrato de mandato, y añadiendo el de sociedad civil y el de servicios profesionales. Para otro tipo de contratos, sostiene este autor, debe pactarse expresamente o debe derivar de las reglas establecidas en el contrato, poniendo el ejemplo de “una especial competencia de un profesional”.

Para NAVARRO MICHEL la modalidad de un contrato no determina que contiene la característica de la *intuitu personae* o “*personalísimo*”, sino dependerá de cómo las partes han configurado el contrato y el papel que juegan en el mismo las características personales.

¿Podría entenderse que el carácter *intuitu personae* constituye un límite para la cesión?, lo es desde luego para la cesión de créditos, así lo expresa NEBREDÁ PEREZ<sup>34</sup>, que sostiene que el cumplimiento puede realizarlo cualquier persona, siempre que la elección del deudor no fuera hecha *intuitu personae*. E igualmente el acreedor podrá trasladar, salvo pacto en contrario, su crédito a tercera persona, para que a favor de ésta nueva, se realice la prestación. En este punto son de aplicación entre otros los arts. 1.161, 1.158<sup>35</sup> y 1.112<sup>36</sup> del Código Civil. Y entre otras la **STS de 17-07-1985** que sostiene que “*para la validez del negocio jurídico de cesión de créditos es requisito esencial... (que no)... haya mediado estipulación en contrario expresamente pactada entre os contratantes*”.

## **Consecuencias jurídicas de la cesión de contrato**

En este punto se puede distinguir entre la regla general a aplicar y las posibilidades de alterar dicha regla con pactos que la limiten:

1. Tal y como se desprende del propio concepto de cesión, la regla general será que de existir consentimiento de la parte cedida (y dejando a salvo lo previsto por determinadas leyes especiales, p.ej. la Ley 29/1994 LAU), el cedente queda liberado de sus obligaciones frente a esta parte, pasando a ocupar su lugar en el mismo el tercero-cesionario. Esto implica, que ya no queda obligado y no debe responder en caso de insolvencia o incumplimiento por parte del cesionario. Dada la gravedad de esta consecuencia de la regla general de la cesión, es admisible que las partes puedan

prever algún tipo de responsabilidad del cedente, cuestión que desarrollo a continuación.

2. En aplicación del art. 1.255 CC y en uso de su libertad contractual, las partes podrán estipular que en caso de cesión, el cedente quede obligado frente a la parte cedida, por un determinado tiempo y con una responsabilidad de carácter subsidiario, para atender a la posible insolvencia o incumplimiento del cesionario. Si analizamos determinadas leyes, como puede ser la del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, podría plantearse también una responsabilidad solidaria del cedente, aunque en la práctica, el consentimiento para el cedente para asumir la obligación de responder con este carácter sería muy difícil de conseguir, a menos que entre cedente y cesionario existiera plena confianza, y esta solidaridad garantizaría a la parte cedida, como acreedora del cumplimiento del contrato, la posibilidad de requerir a cualquiera de ambos, conforme el art. 1.137 CC *in fine*: “... Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria”. En este último supuesto se daría lo que se denomina asunción cumulativa de obligaciones.

## **UNIDAD III**

### **DIFERENTES TIPOS DE CONTRATO**

#### **3.1 CONTRATO DE ARRENDAMIENTO**

##### **INTRODUCCIÓN**

El término *arrendamiento*, de etimología latina, proviene de *ar* por *ad*, acción; *reddere*, volver; *de re*, segunda vez y *dere*, tema frecuentativo de dar; tiene tres acepciones diferentes: a) acción de arrendar, b) contrato por el cual se arrienda, y c) precio en el que se arrienda. A estas connotaciones habría que agregar la de *problema social* al referirse al arrendamiento en México como es el caso, y aún más preciso si se refiere al Distrito Federal.

Ante esta cuádruple acepción del vocablo arrendamiento, es preciso señalar que el propósito de este trabajo es enfocar su estudio dentro del ámbito jurídico, sin omitir el problema social-económico y hasta político en que se enmarca.

Sin ser exhaustivo el estudio que aquí se presenta, tiene como objetivo primordial informar, actualizar y proponer soluciones en materia de arrendamiento.

Es oportuno señalar que tal análisis conlleva el propósito de llamar la atención de autoridades, juristas y de los interesados en el tema, para que el arrendamiento como figura legal sea llevado a la modernización y pueda ser resuelto este añejo macroproblema social de nuestra metrópoli, pues actualizar la legislación del arrendamiento significa abrir una nueva época a la vivienda en México.

## **II. ANTECEDENTES DEL ARRENDAMIENTO**

Los antecedentes más antiguos del arrendamiento los encontramos en el derecho romano, en las figuras contractuales *locatio rei*, *locatio operartum* y *locatio operaris fasciendi*. La *locatio* se practicó en sus inicios solamente en esclavos y animales. No fue hasta el siglo II a.C. cuando apareció la renta de tierras. Posteriormente, ya en época del Imperio, en Roma fueron construidas grandes edificaciones con fines habitacionales; de esta manera comenzó el alquiler de viviendas.

La *locación*, en el derecho romano, se aplica al acto jurídico por el cual una persona cede a otra el uso o goce de un bien mueble o inmueble. Consiste esencialmente en la concesión temporal del uso o goce de un bien mediante el pago de una renta o precio determinados.

El arrendamiento llega a México a través del derecho español que trajeron los conquistadores y cuyos ordenamientos prevalecieron hasta mediados del siglo pasado; no es sino hasta la aparición de nuestro primer Código Civil (en 1871) cuando esa figura jurídica adquiere carta de naturalización.

El Código Civil de 1871, "en el título vigésimo, del libro tercero -dice Antonio de Jesús Lozano- trata de manera extensa, y podríamos decir que casi completa, la materia de arrendamientos, modificando de una manera notable las antiguas doctrinas y preceptos legales".

El Código Civil de 1884 prácticamente transcribe el contenido que sobre arrendamiento disponía su antecesor.

## **I. El problema social**

A partir de la época posrevolucionaria se advierte en todo el país una escasez de viviendas adecuadas para el desarrollo de la familia mexicana. Después de la Segunda Guerra Mundial, México disfruta de cierto auge económico que le permite mejores niveles de vida: prolongar la longevidad y mejoría de la salud, lo cual propicia un desbordamiento demográfico que lleva al país de 26 millones de habitantes en 1950 a 87 millones en 1990, sin disponer de programas ni recursos capaces para resolver la demanda de casas-habitación, realidad que prevalece en el Valle de México y se agudiza en el Distrito Federal.

El Valle de México, convertido en la máxima concentración humana de la república, sufre graves problemas originados en la falta de viviendas: aparición de ciudades perdidas y cinturones de miseria, incremento del "paracaidismo", alto costo del arrendamiento, habitaciones inadecuadas e insalubres que generan promiscuidad surgimiento de pandillerismo y drogadicción, entre otras consecuencias negativas que desestabilizan a las familias.

El problema del arrendamiento, ligado estrechamente con la carencia de casas, principalmente en la ciudad de México y el área metropolitana, merece la atención de juristas, sociólogos, economistas, urbanistas, ecologistas, arquitectos, municipalistas, etcétera, pues la morada

...en la cual se alberga una familia, es el escenario donde se desarrolla la vida de ésta. La vivienda configura la familia. En primer lugar, en el aspecto material: la higiene de la vivienda incide en la salud de sus ocupantes. También en el aspecto educativo: una vivienda atrae por su comodidad, que invita a la velada, ejerce insospechada influencia en la conducta de esposos e hijos, así como en las mutuas relaciones de unos y otros.

El gobierno ha realizado serios esfuerzos por solucionar la falta de vivienda sin haberlo conseguido, pues el problema subsiste y crece paulatinamente a pesar de las cuantiosas inversiones y múltiples dotaciones de créditos (por lo demás insuficientes) a través de instituciones como el INFONAVIT, FOVISSSTE, FOVI, FONHAPO y la participación de los bancos.

Según el censo de 1990, en el Distrito Federal existen 1,799,410 viviendas ocupadas por 8,235,744 personas; de tales inmuebles, 346,818 -que afectan a 1,387,272 ocupantes- no

reúnen condiciones de higiene y seguridad para una adecuada convivencia familiar. Pero esto no es todo, el mismo censo proporciona los siguientes datos: viviendas de un solo cuarto para tres a nueve o más moradores: 35,400; de dos cuartos con cuatro a nueve o más ocupantes: 79,709, y de tres cuartos con cinco a nueve o más habitantes: 72,242, etcétera. Sirvan estas cifras para imaginar la tremenda sobrepoblación en centenares de miles de hogares, como muestra del gravísimo problema de la falta de viviendas dignas que sufren los habitantes de la capital de la república.

## **2. La cuestión jurídica**

El problema del arrendamiento originalmente es de índole jurídica, cuyo acierto o desacierto legislativo trae consecuencias, además de las que le son inherentes, de carácter social, económico, ecológico, de salud pública y político.

El problema parte de la actitud reivindicatoria del Estado para las clases trabajadoras como fruto de la lucha revolucionaria iniciada en 1910. También es de reconocer la tendencia de gobiernos populistas por llevar a cabo políticas que representaron un alto costo social para el país por su carácter paternalista y proteccionista.

### **A. La congelación de rentas**

En 1942, México, siguiendo el ejemplo de otros países tomó medidas para proteger a las clases trabajadoras y el 24 de julio de ese año el presidente de la República decretó que "no podrán ser aumentadas las rentas por ocupación de inmuebles mientras rija la suspensión de garantías individuales".

Esta medida fue muy oportuna en su momento, pero al concluir la Segunda Guerra Mundial debió abrogarse tal decreto al desaparecer la situación que lo había generado; sin embargo, el gobierno del presidente Alemán, optó por prorrogar la congelación de rentas mediante un decreto publicado el 24 de diciembre de 1948, el cual sufrió algunas reformas que fueron publicadas en el *Diario Oficial* el 30 de diciembre de ese año y modificó a su vez el decreto del 31 de diciembre de 1947; posteriormente fue reformado el artículo segundo del decreto de 1948, excluyéndose del beneficio a las casas o locales destinados a cantinas, pulquerías, cabarets, o centros de vicio autorizados, etcétera. Este decreto de 30 de noviembre de 1951 separó de la congelación algunos giros comerciales; los gobiernos posteriores han mantenido hasta nuestros días el *status quo* de la congelación de rentas.

"El resultado de las rentas congeladas -concluye Miguel García Colorado- durante más de cuarenta años es negativo, puede decirse que inquilinos, arrendadores y la sociedad han perdido."

### **B. La prórroga de los contratos de arrendamiento**

Como complemento a la congelación de rentas decretada, el 11 de noviembre de 1943 entra en vigor un decreto con el cual se prorrogan en el Distrito Federal, por el tiempo que dure el Estado de guerra en que se encontraba el país, todos los contratos de arrendamiento de casas habitación vigentes.

A finales de 1945 es levantada la suspensión de garantías a través del decreto publicado en el *Diario Oficial* del 28 de diciembre de 1945, el cual fue reformado el 21 de enero de 1946, con el propósito de dejar vigentes "hasta entre tanto sean derogadas por una ley posterior" las leyes y disposiciones que preveían la congelación de rentas y la continuidad de los contratos de arrendamiento para casas habitación y la ampliación de este último a establecimientos de comercio en pequeño.

Ha sido un grave error el que no hayan sido derogadas estas disposiciones en su momento; el daño causado a la sociedad, a la ciudad, ha sido mayor que los beneficios obtenidos.

García Colorado, citando un estudio de Raúl H. Figueroa Esquer, transcribe lo siguiente al referirse a los problemas generados por la congelación de rentas y la prolongación de los contratos:

Deterioro de una serie de edificios de incalculable valor artístico e histórico en el corazón de la ciudad.

Desperdicio del suelo urbano respecto a su valor y el de la infraestructura existente. Esto tiene repercusiones difíciles de determinar en el ámbito total de la ciudad, al anular la posibilidad de un equipamiento urbano en beneficio de toda el área capitalina.

Imposibilidad de recaudar mayores impuestos en las zonas de rentas congeladas que significa la pérdida de muchos millones de pesos cada año...

### **C. Creación de organismos de fomento a la vivienda**

Durante la gestión del presidente Adolfo López Mateos fue creado el Instituto Nacional de la Vivienda. Los gobiernos posteriores también hicieron sus aportaciones en la materia: Instituto Nacional para el Fomento de la Vivienda de los Trabajadores, Fondo de la Vivienda del Instituto de Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, Fondo Financiero de

Vivienda, Fondo Nacional para la Habitación Popular, etcétera; además, organismos descentralizados como el Instituto Mexicano del Seguro Social contribuyeron con sus recursos y reservas en la construcción de unidades habitacionales. El mismo caso es de organismos centralizados como las Fuerzas Armadas.

Todos estos esfuerzos no han sido estériles porque miles de familias han logrado obtener un departamento, una casa, pero sí debemos estimarlos insuficientes; en consecuencia, urge buscar mecanismos más ágiles y con menor dependencia gubernamental, incrementando el concurso de los particulares a efecto de revertir la situación actual, es decir, que sea mayor la oferta de venta y renta de inmuebles que la demanda.

#### **D. La crisis de 1976-1991**

La más grave afectación que hemos tenido los mexicanos ha sido la pérdida del poder adquisitivo de nuestra moneda debido al proceso inflacionario. Esta crisis prácticamente paralizó desde 1976 hasta 1990 la construcción de viviendas particulares. La edificación de inmuebles para arrendamiento ha estado muerta desde 1972 debido a las políticas de proteccionismo inquilinario. Los créditos para vivienda no reaparecen hasta 1991. Aun la construcción de condominios privados cae y apenas reinicia su recuperación.

La crisis ha sido una amarga experiencia que ha dejado una secuela de problemas irreparables.

Durante este periodo y debido a la escasez de dinero, la desorientación de la gente y el abuso de algunos propietarios de inmuebles dados en renta, generó una serie de demandas contra los arrendadores y de éstos contra los arrendatarios, que los juzgados civiles atendieron, pero dado el enorme número de juicios de arrendamiento en los tribunales del fuero común, fue necesario optar por la especialización y la división del trabajo para atender con eficiencia la creciente demanda de tales juicios. Para tal efecto, en 1985 fueron modificados el Código Civil, el Código de Procedimientos Civiles y la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común.

Para dar cumplimiento a las reformas y adiciones al Código Civil, de Procedimientos Civiles, Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común, el Pleno del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal acuerda el 20 de febrero de 1985 que a partir del 26 de febrero de ese mismo año se inicie el funcionamiento de quince juzgados de arrendamiento

inmobiliario; en 1987 fueron creados quince más y en 1989 otros diez, lo que da un total de cuarenta juzgados funcionando, extraídos de los de materia civil.

En la medida que se aleja la crisis, el número de juicios está disminuyendo, así lo indican los datos estadísticos de los dos últimos años. En 1991 se recibieron 52,063 asuntos, cantidad inferior en 12.5% respecto de la cifra del año anterior.

### **III. TEORÍA Y DERECHO OBJETIVO**

#### **I. El arrendamiento**

##### **A. Herencia romana**

Como se ha afirmado, la figura jurídica del arrendamiento es una herencia romana que nos ha llegado a través del derecho español y el derecho francés, aunque la concepción original tiene notable diferencia respecto del derecho romanista moderno.

Los romanos hicieron uso frecuente de esta figura en sus explotaciones agrícolas, las cuales a través del arrendamiento constituyeron una fuente importante en la economía de las ciudades. En épocas posteriores el arrendamiento se extendió a otros bienes, incluida la vivienda.

##### **B. La concepción romana de arrendamiento**

El arrendamiento, en el derecho romano, generaba un derecho procesal que favorecía al propietario frente al arrendatario y no frente a terceros, situación que ocasionaba que el comprador de una finca alquilada, no respetara convenios anteriores y pudiera expulsar al arrendatario.

##### **C. Concepto moderno de arrendamiento**

El concepto romanista moderno de arrendamiento es muy amplio, tanto que no es posible presentarlo en forma unitaria, pues abarca objetos tan diversos como la legislación misma en que están contenidos; sin embargo, es necesario recurrir a un concepto genérico que sirva de referencia, como el que afirma que "la figura del arrendamiento se entiende como el hecho que una persona ceda a otra el goce de una cosa a cambio de un precio determinado y a tiempo cierto". Considerado el arrendamiento en su calidad de contrato, Escriche lo define como aquel por medio del cual una de las partes se obliga a dar a la otra para cierto tiempo y por cierto precio el uso o disfrute de una cosa o de su trabajo.

"Este contrato -destaca Antonio de J. Lozano- es tan necesario y universal como el de compraventa..." "...porque en todos los lugares el hombre que carece de ciertas cosas se ve precisado a procurarse su goce cuando no puede o no quiere comprarlas".

#### **D. Definición jurídica de arrendamiento**

El Código Civil colombiano en su artículo 1973 establece que: "El arrendamiento es un contrato en el que las partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado". De esta aseveración Ortega Torres deduce que el "arrendamiento es un contrato bilateral, oneroso, consensual, conmutativo (aunque puede ser aleatorio en la aparcería), de ejecución sucesiva y es acto administrativo no dispositivo".

El artículo 1543 del Código Civil español define así el arrendamiento: "es aquel por virtud del cual una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto".

Por lo que respecta al Código Civil del Distrito Federal, en su artículo 2398 precisa el arrendamiento en los siguientes términos: "Hay arrendamiento cuando las dos partes contratantes se obligan recíprocamente, una a conceder el uso o goce temporal de una cosa, y la otra a pagar por ese uso o goce un precio cierto."

Las anteriores definiciones unas más otras menos, todas satisfacen, en sus rasgos esenciales, la figura jurídica del arrendamiento.

### **2. El contrato de arrendamiento**

El arrendamiento, visto jurídicamente y como se da en la práctica forense, es un contrato del que surgen diversas relaciones y consecuencias de derecho, por ello es menester su análisis teórico a efecto de ahondar en su conocimiento.

#### **A. Naturaleza jurídica**

Ante todo es un contrato (véase supra III, I, D); sin embargo, en cuanto a si se trata de un derecho real o personal, son tres las tesis principales con mayor consistencia:

1) *El arrendamiento genera un derecho personal*. Esta tesis es sostenida por los italianos Fabini, Venzi, Pacifici y Ruggiero; por los franceses Planiol, Boudry, Colin y Capitant y el alemán Enneccerus; quienes afirman que en el contrato de arrendamiento sólo se produce un derecho de carácter personal, puesto que están ausentes en el mismo los elementos que

conforman un derecho real. Ruggiero especifica que el arrendatario no se encuentra con la cosa arrendada en una relación jurídica directa e inmediata.

2) *El arrendamiento produce un derecho real.* Autores como Gabba, Fadda y Bensa, Troplong, De Buen Morel, Mucius Scaevola y Barrachina, refutan la tesis anterior, que del arrendamiento nace un verdadero derecho real a favor del arrendatario. Manresa presenta el mejor argumento en favor de esta tesis, diciendo que considera absurdo que si en el arrendamiento se transmite el uso o disfrute de un bien sin precio, constituya un derecho real de usufructo, uso o habitación, y no se constituya si se transmite de otra forma, es decir, con el pago de una renta.

3) *Una posición intermedia sostienen Messineo, Castán, Sánchez Román, Díaz Moreno y López de Haro,* entre otros, quienes afirman que se debe distinguir al arrendamiento inscrito del no inscrito, porque en el primero se trata de un derecho real y en el segundo evidentemente surge un derecho personal. Castán precisa que no se puede negar en absoluto que el arrendamiento sea susceptible de producir cierto efecto real por virtud de la inscripción, sin dejar de ser un derecho personal.

### **B. Características**

- A) Los bienes sujetos de arrendamiento pueden ser corpóreos e incorpóreos.
- B) Por lo que respecta a la voluntad de las partes, se trata de un contrato consensual.
- C) Por el objeto del contrato, es de uso o goce.
- D) Respecto a si es oneroso o gratuito, invariablemente es oneroso.
- E) En cuanto al número de partes que intervienen en su formación, es un contrato bilateral.
- F) Por lo que se refiere a la temporalidad, es un contrato temporal.
- G) Es un contrato principal dada su propia finalidad.
- H) Se trata de un contrato conmutativo, dado que las prestaciones son ciertas en el momento de su celebración.
- I) Adquiere el carácter de formal en nuestro derecho cuando rebasa el monto señalado por la ley.
- J) Es además un contrato de tracto sucesivo, y
- K) Por la especie de bienes a los que se aplica puede ser: civil, mercantil, administrativo o agrícola.

### **C. Elementos**

De la definición de arrendamiento dada por el artículo 2398 del Código Civil del Distrito Federal, se desprenden los siguientes elementos: A) las partes: a) el arrendador, b) el arrendatario; B) la cosa arrendada; C) las obligaciones de las partes, D) el precio cierto, y E) el tiempo cierto.

#### **a. Elementos personales**

Son dos: el *arrendador* y el *arrendatario*.

Del artículo 2412 del Código Civil deducimos que el *arrendador* es quien entrega la finca para su uso o goce, y *arrendatario*, el que la recibe debiendo pagar una renta.

#### **b. Son la cosa y el precio.**

Sobre la cosa objeto de arrendamiento el artículo 2400 del Código Civil establece: "Son susceptibles de arrendamiento todos los bienes que puedan usarse sin consumirse; excepto aquellos que la ley prohíbe arrendar y los derechos estrictamente personales."

Respecto al precio, éste es tratado en el artículo 2399 del Código Civil, el cual establece: "La renta o precio del arrendamiento puede consistir en una suma de dinero o en cualquier otra cosa equivalente, con tal que sea cierta y determinada."

#### **c. Elementos formales**

La consensualidad de este contrato, además de ser uno de sus elementos esenciales constituye un elemento formal; basta que ésta se dé para que pueda celebrarse el arrendamiento. Lo anterior queda consignado en el artículo 2398 del Código Civil al establecer que "hay arrendamiento cuando las dos partes se obligan recíprocamente...".

La interpretación a la frase "se obligan recíprocamente..", se da, y así es, en el sentido de consensualidad en el objeto del contrato y sus consecuencias jurídicas.

Otros elementos formales del contrato de arrendamiento son el que se hagan por escrito ante notario. Estas formalidades las interpretamos como excepción y no como regla, atendiendo al sentido dado por el legislador a los artículos del Código Civil que a continuación se citan: artículo 2406: "El arrendamiento debe otorgarse por escrito cuando la renta pase de cien pesos anuales." Artículo 2407: "Si el predio fuere rústico y la renta pasare de cinco mil pesos anuales, el contrato se otorga en escritura pública."

#### **d. Elementos de validez (capacidad)**

La capacidad como elemento de validez en el contrato de arrendamiento se entiende en dos sentidos: a) la capacidad de ejercicio, y b) la capacidad particular de contratación como arrendador y como arrendatario.

Supuesta la capacidad de ejercicio respecto al arrendador, Rojina Villegas afirma: "tienen capacidad para arrendar todos aquellos que tengan la plena propiedad o la facultad de conceder el uso o goce de los bienes ajenos". Aclara nuestro autor que tal "autorización puede ser conferida por mandato, como consecuencia de un contrato, de un derecho real, o por autorización expresa de la ley". Y enumera las personas que pueden arrendar: 1° los propietarios; 2° los que por un contrato tienen uso o goce de un bien, facultados por la naturaleza del contrato para transmitir ese uso o goce; 3° los que por virtud de un derecho real pueden conceder el uso o goce de los bienes ajenos, y 4° los expresamente autorizados por la ley en calidad de administradores de bienes ajenos para celebrar arrendamientos.

En el primer caso tienen limitantes los copropietarios cuando la cosa es indivisa y no se cuenta con el consentimiento del otro u otros propietarios. En cambio, tienen facultades los menores incapacitados para dar en arrendamiento y realizar actos administrativos.

#### **e. Elementos de las obligaciones**

Estos corresponden a las partes, y de acuerdo con lo que establece el Código Civil del Distrito Federal, *son obligaciones del arrendador*:

- 1) Transmitir el uso o goce temporal de una cosa (artículo 2398).
- 2) Entregar la cosa arrendada (artículo 2412, fracción I). Dentro de esta obligación se incluyen las especificaciones de tiempo de entrega (artículo 2413), lugar de entrega (artículo 2083) y gastos de entrega (artículo 2086).
- 3) Conservar la cosa arrendada en estado de poder ser usada y gozada (artículo 2412, fracción II). Para el caso de incumplimiento se sancionará (artículos 2416 y 2417).
- 4) No estorbar ni embarazar de manera alguna el uso, ni mudar la forma de la cosa arrendada (artículo 2412, fracción III y artículo 2414).
- 5) Garantizar un uso o goce pacífico (artículo 2412, fracción IV).
- 6) Garantizar una posesión útil (artículo 2412); sin vicios o defectos (artículo 2412).
- 7) Responder de la evicción (artículos 2420, 2431 y 2434).
- 8) Pagar el importe de las mejoras realizadas por el arrendatario (artículos 2423 y 2424).
- 9) Devolver al arrendatario saldo a favor en caso de que lo hubiere (artículo 2422).

10) Aplicar el derecho del tanto al arrendatario (artículo 2447 relacionado con los artículos 2304 y 2305).

11) El pago del impuesto predial (artículo 14 de la Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal).

*Son responsabilidades del arrendatario:*

A) Pagar el importe de la renta en la forma y tiempo convenidos (artículo 2425).

B) Conservar la cosa en el estado en que la reciba (artículo 2425). Responder de los daños y perjuicios (artículo 2425, fracción II).

Hacer del conocimiento del arrendador la necesidad de reparaciones a la cosa (artículo 2415). Hacer reparaciones menores a la cosa (artículo 2444 y 2467). Respetar la forma original de la cosa (artículo 2441). Informar al propietario sobre usurpación u otras situaciones que afecten la cosa (artículo 2429).

C) Usar la cosa solamente para lo conveniente (artículo 2425, fracción III).

D) Responder en caso de incendio de la cosa arrendada (artículo 2435), excepto cuando tomó todas las precauciones necesarias para evitarlo o si demuestra que no comenzó en la localidad arrendada (artículos 2436 y 2438).

E) Devolver al arrendador el saldo que hubiera a su favor al terminar el alquiler (artículos 2422 y 2428).

F) Restituir al propietario la cosa rentada al terminar el arrendamiento (artículo 2011, fracción III). La especificación de qué es lo que se debe sustituir y cuándo debe restituir la cosa el arrendatario están contenidas en los artículos 2442 y 2443 la primera, y 2478, 2479 y 2483 al 2496.

### **C. Terminación del contrato**

La terminación del contrato de arrendamiento tiene los siguientes supuestos:

a) Terminación de arrendamiento de predios urbanos o rústicos por tiempo indeterminado (artículo 2478 del Código Civil).

b) Terminación de arrendamiento de predios rústicos a plazo determinado (artículo 2456).

c) Otras causas de terminación del contrato son: por haberse cumplido el plazo fijado por el contrato o por la ley; por convenio expreso; por nulidad; por rescisión; por confusión; por pérdida o destrucción; por expropiación, y por evicción (artículo 2483).

También puede ser por muerte del arrendador o del arrendatario, cuando así se hubiese pactado (artículo 2408).

#### **D. Prórroga del contrato**

En cuanto al arrendamiento de fincas urbanas destinadas a casa habitación, el artículo 2448-C del Código Civil, en lo que respecta a la prórroga del contrato, apunta "...que será prorrogable, a voluntad del arrendatario, hasta por dos años más siempre y cuando se encuentre al corriente en el pago de las rentas".

En la prórroga de estos contratos cesan las obligaciones otorgadas por un tercero para la seguridad del arrendamiento, salvo pacto en contrario (artículo 2448).

### **3.2 CONTRATO DE OBRA Y DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIO**

El arrendamiento de obra es aquel contrato por el que una persona se obliga respecto a otra, mediante precio, a la obtención de un resultado al que se encamina la actividad creadora del primero, que asume los riesgos de su contenido.

#### **¿En qué consiste el arrendamiento de obra?**

El contrato de obra se define en el artículo 1544 Código Civil como aquel contrato por el que una de las partes se obliga a ejecutar una obra por precio cierto.

La obra podrá consistir en una creación (así la construcción de un edificio) o en una modificación (reparación) de una cosa o cualquier otro resultado producto de la actividad humana.

La finalidad del mismo no es la actividad en sí sino el resultado de dicha actividad, de ahí que pueda definirse como aquél por el que una persona (contratista o empresario) se obliga respecto de otra (comitente) mediante precio, a la obtención de un resultado, al que, con o sin suministro de material, se encamina la actividad creadora del primero, que asume los riesgos de su cometido, de acuerdo con la regla *res perit domino* y con lo preceptuado por los artículos 1588 a 1600 del Código Civil.

## ¿Qué tipos existen?

Atendiendo a la forma de su retribución se puede convenir que la obra se "ajuste a tanto alzado", no susceptible de ulteriores alteraciones, salvo cuando se haya hecho algún cambio en el plano que produzca aumento de obra, siempre que hubiese dado su autorización el propietario (artículo 1593 Código Civil); o bien puede dividirse la obra según las "piezas" que se vayan ejecutando, cuando la obra se componga de diversas partes separadas e independientes entre sí, en la terminología legal por "piezas o por medida" (artículo 1592 Código Civil).

En otro aspecto el artículo 1588 Código Civil admite dos variedades del contrato de obra, al establecer que puede contratarse la ejecución de una obra conviniendo en que el que la ejecute ponga solamente su trabajo o su industria, o que también suministre el material.

## ¿Qué elementos intervienen?

### Elementos personales

Los elementos personales de este contrato son:

- **1. Contratista:** el que se obliga a ejecutar la obra (el artículo 1546 lo denomina arrendador)
- **2. Dueño de la obra:** el que percibe o se aprovecha de las obras realizadas (o comitente en la terminología que utiliza el Código Civil aunque el artículo 1546 lo denomine como arrendatario).
- **3. Ejecutor de la obra:** puede ser una sola persona (artífice o empresario) o pueden ser varias, así los supuestos en los que concurren frente al comitente o dueño de la obra los colaboradores técnicos (el arquitecto, ingeniero, el arquitecto técnico o aparejador, etc.)

### Elementos reales

Los elementos reales son la obra y el precio, tal y como se deriva del artículo 1544 del Código Civil.

La obra es el resultado (la obra ejecutada y concluida), que podrá ser bien la creación (la construcción de un edificio) o bien su modificación (cambio de diseño) o su reparación (así de una máquina o de un vehículo). De igual modo, también podrá ser material o intelectual, aunque no se dará de modo exclusivo de uno u otro tipo, por cuanto en el trabajo manual siempre intervendrá la inteligencia (como actividad humana) y en cuanto a la intelectual ésta tendrá una plasmación material (el libro, el cuadro, etc.).•

- El precio, de conformidad al artículo 1544 del Código Civil, ha de ser cierto, y de ordinario consistirá en una cantidad de dinero, aunque también podrá consistir en otra cosa o en otro servicio u obra. En cuanto a la certeza del precio **no precisará que se concrete de antemano o en el momento de celebrar el contrato**, pues podrá determinarse con posterioridad, pero lo que precisa es que sea determinable, es decir, podrá ser el que resulte de la obra ejecutada, puede venir determinado por tarifas oficiales o colegiales (así el supuesto de arquitectos), o por dictamen pericial, por el uso o la costumbre, y en último caso, por resolución judicial. Se puede convenir que la obra se "ajuste a tanto alzado", no susceptible de ulteriores alteraciones, salvo cuando se haya hecho algún cambio en el plano que produzca aumento de obra, siempre que hubiese dado su autorización el propietario (artículo 1593 Código Civil); o bien puede dividirse la obra según las "piezas" que se vayan ejecutando, cuando la obra se componga de diversas partes separadas e independientes entre sí, en la terminología legal por "piezas o por medida" (artículo 1592 Código Civil). Respecto a su pago, de conformidad con el artículo 1599 del Código Civil, si no hubiere pacto o costumbre en contrario, el precio de la obra deberá pagarse al hacerse la entrega.

### **¿A qué se obligan las partes?**

El contenido fundamental del contrato de ejecución de obra en torno al cual giran los demás efectos del contrato es la realización por el empresario de la obra pactada, con el consiguiente pago, y de tal contenido de derivarán tanto los derechos y obligaciones de las partes, como de los terceros relacionados con la obra.

## Derechos del contratista

Los derechos del contratista se corresponden con las obligaciones del dueño de la obra, y viceversa. **El principal derecho del contratista será recibir el precio que se hubiera convenido**, en la forma y tiempo pactado, y de no haberse establecido se deberá pagar a la entrega de la obra (artículo 1599 Código Civil), de no abonarse, y en los supuestos de tratarse de una cosa mueble, el contratista tendrá derecho a retenerla en prenda hasta que se le abone (artículo 1600 Código Civil), aunque conforme a la doctrina se trata de un derecho de retención y no de prenda legal.

## Obligaciones del contratista

En cuanto a las obligaciones, la primera será la de **realizar la obra de conformidad a lo pactado**, y en todo caso, la obra se realizará correctamente, ya que aunque el Código Civil nada establece en cuanto a la obra defectuosa, se deberá de aplicar las normas generales de las obligaciones, a los efectos de los artículos 1101 y siguientes Código Civil, y ha de tenerse en cuenta que en determinados supuestos el cumplimiento defectuoso es un auténtico incumplimiento, cuando la obra ejecutada es inapropiada a la finalidad perseguida. Al tratarse de un contrato bilateral será de aplicación el artículo 1124 Código Civil. Respecto al tiempo de realización ha de estarse a lo pactado de manera expresa, tácita o presunta. De no haberse pactado, se deberá de entender que la obra se deberá de realizar en un tiempo razonable, y en último caso podrá determinarlo el Juez (artículo 1128 Código Civil). El retraso en la entrega podrá entenderse como un incumplimiento del contrato, cuando el tiempo deba de entenderse como esencial. De ordinario, cuando el tiempo de la entrega no es esencial, las partes pactan la cláusula penal (así por cada día de retraso se abonará una cantidad o se deducirá del precio), aunque tal cláusula no será de aplicación cuando hubo modificación de unidades de obra o unidades nuevas (por todas Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de marzo 2002 y 13 de noviembre de 2003).

En todo caso, al tratarse de un contrato bilateral, el dueño de la obra deberá de haber cumplido lo que a él le incumbía, así el pago del precio, como recoge la Sentencia del Tribunal Supremo, 1ª, de 4 de abril de 2003.

## Obligaciones del dueño

Las obligaciones del dueño de la obra se corresponden con los derechos del contratista, por lo que serán el **deber de cooperación, la recepción de la obra y pago del precio** en la cuantía y tiempo convenido.

Deber de cooperación: viene dado porque en muchos casos la obra no puede realizarse sin la colaboración del comitente. Este deber aunque no se expresa de manera específica se ha de derivar del principio general de buena fe del artículo 1258 Código Civil. -

Deber de recepción: tendrá lugar, como regla general, cuando la obra se encuentre terminada (artículo 1599 en relación al 1157 Código Civil), y a partir de ese momento surgen las consecuencias jurídicas de la misma, así la obligación del pago del precio (sin perjuicio de que si se pactó se hayan efectuado pagos a cuenta), el comienzo de la prescripción de las acciones derivadas del contrato, la transmisión de riesgos, etc.

Deber de pago: - la obligación principal del dueño de la obra será la del pago del precio, lo que se llevará a cabo según el sistema que se haya establecido entre las partes, por lo que cabe distinguir:

- ○ Por ajuste o precio alzado
- ○ Por piezas o medidas
- ○ Por administración, a través de las denominadas certificaciones de obra

El pago, conforme al artículo 1599 del Código Civil a falta de pacto o costumbre en contrario, se efectuará al hacerse la entrega, salvo el supuesto del artículo 1592 (por piezas o medida) pues en tal caso se pagará a proporción conforme se vaya recibiendo la obra.

Respecto del lugar de pago, salvo pacto en contrario, se efectuará en el de la entrega (artículo 1599 Código Civil), en el supuesto de haber existido pacto en cuanto al lugar de pago se efectuará en el lugar designado (artículo 1171 párrafo primero Código Civil), en cualquier otro caso, tal y como establece el artículo 1171 párrafo tercero, el lugar de pago

será el domicilio del deudor. De tratarse de cosa mueble el acreedor tiene el derecho de retención del artículo 1600 del Código Civil hasta que se le pague.

¿Cuándo se entiende perfeccionado? ¿Y consumado?

El contrato de obra lo es de resultado y no de mera actividad, por lo que **el contratista no se libera con la simple realización de la actividad**. Y de igual manera que en la compraventa, en relación al contrato de obra, en el Código Civil se contemplan los riesgos entre la perfección del contrato y su consumación, así por la pérdida o destrucción de la obra antes de su entrega y recepción por el dueño o comitente. En el Código Civil se distingue según que en el contrato el contratista se hubiera obligado a poner sólo su trabajo o industria (contrato de obra puro), y el supuesto en el que la obligación alcanzara, a su vez, al suministro del material.

En todo caso, se ha de distinguir según que la pérdida o destrucción se haya producido con o sin culpa de alguna de las partes. Si se produce por haber existido culpa, lo que se produce es un incumplimiento por parte de quien así ha actuado, por lo que será de aplicación lo establecido en el artículo 1124 del Código Civil para los contratos bilaterales. En el supuesto de no existir culpa, el riesgo de la pérdida de la obra (sin que el contrato se haya consumado) recae en el contratista, es decir, el dueño o comitente nada tendrá que pagar, así se deriva de los artículos 1589 y 1590 del Código Civil. Sin embargo, esta regla general tiene dos excepciones:

- **1.** Cuando el dueño de la obra incurre en mora (*accipendi*) en la recepción de la obra, pues en tal caso, como se deriva de los citados preceptos, el dueño o comitente, en el supuesto de pérdida o destrucción, deberá de pagar el precio como si la hubiera recibido.
- **2.** En el supuesto de contrato de obra sin suministro de materiales, también deberá de abonarse el precio si la pérdida o destrucción hubiera provenido de la mala calidad de los materiales, con tal que haya advertido (el contratista) oportunamente esta circunstancia al dueño (artículo 1590 Código Civil).

¿Cuándo se extingue el contrato?

El comitente o dueño de la obra puede desistir unilateralmente del contrato conforme se recoge en el artículo 1594 del Código Civil, que establece "**el dueño puede desistir, por su sola voluntad, de la construcción de la obra aunque se haya empezado, indemnizando al contratista** de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella". El artículo 1594 del Código Civil regula el desistimiento unilateral del dueño de la obra --ejercicio de una facultad "*ad nutum*" (por su sola voluntad) y reconoce el derecho de indemnización a favor del contratista por los gastos, trabajo y "utilidad que pudiera obtener" de la construcción de la obra. Y la jurisprudencia viene declarando (Sentencias del Tribunal Supremo 15 Abril y 15 Octubre 1992, 30 Mayo 1993 y 17 de octubre 1996, entre otras) que no se puede negar a los constructores el legítimo derecho de obtener beneficios económicos por razón de la actividad profesional realizada. Para el cálculo de dicho beneficio --utilidad-- habrá de estarse a lo pactado, o al cálculo con arreglo a los márgenes o elementos que figuren en el contrato (Sentencia 30 Mayo 1993), y, en su defecto, la determinación es una facultad que corresponde al juzgador de instancia como una cuestión de hecho (Sentencia 28 Julio 2000). Y dice la Sentencia de 17 Octubre 1996 que la jurisprudencia "no ha establecido un porcentaje fijo y no sometido a las circunstancias económico-sociales de los tiempos, al tratarse de un uso general (Sentencia 13 de mayo 1993) cambiante y acomodado a cada realidad histórico-social (todo ello de conformidad a la Sentencia del Tribunal Supremo 25 de abril 2003).

A la muerte del contratista cuando el contrato de obra lo sea "*intuitu personae*" se refiere el artículo 1595 del Código Civil según el cual "cuando se ha encargado cierta obra a una persona por razón de sus cualidades personales, el contrato se rescinde por la muerte de esta persona. En este caso el propietario debe abonar a los herederos del constructor, a proporción del precio convenido, el valor de la parte de obra ejecutada y de los materiales preparados, siempre que de estos materiales reporte algún beneficio".

Por otra parte, si la obra se ha comenzado, pero por imposibilidad (no por incumplimiento) no puede terminarse, el comitente deberá abonar al contratista lo mismo que en caso de fallecimiento de éste, y así se establece en el propio artículo 1595 del Código Civil al

disponer "lo mismo se entenderá si el que contrató la obra no puede acabarla por alguna causa independiente de su voluntad".

### **3.3 CONTRATO DE OBRA O EMPRESA**

#### **Concepto**

Con carácter previo al análisis del concepto de contrato de obra debe tenerse en cuenta que tiene numerosas denominaciones que se refieren a la misma realidad, tales como "**contrato de obra**", "**contrato de arrendamiento de obra**", "**contrato de empresa**" o "**contrato de construcción**". Con esto queremos señalar que no existe unanimidad en la terminología empleada a la hora de denominar o nombrar este contrato frente a la realidad que refleja, de manera que incluso la jurisprudencia lo ha afrontado desde diversos puntos de vista.

**El contrato de obra tiene numerosas denominaciones que se refieren a la misma realidad.**

Sin embargo podemos ofrecer como una primera denominación la contenida en el **art. 1.544 del Código Civil**, donde se califica este contrato como "**arrendamientos de obras**", que se puede definir como **el concierto de voluntades por el que una parte se compromete a ejecutar una obra a favor de otra que, en contraprestación de lo obtenido, se obliga a entregar un precio cierto o remuneración**. Tenemos que aclarar que se califica como de arrendamiento de manera impropia, ya que realmente en el contrato de obra lo que se está adquiriendo es un resultado, es decir, la obra ejecutada.

Literalmente el art. 1.544 del Código Civil señala que "en el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto".

Resulta importante para centrar más el concepto acudir a la doctrina para ver cómo define el contrato de obra; así, lo podemos definir como aquel en virtud del cual una de las partes, llamada "**empresario o contratista**", se obliga frente a otra, llamada "**principal o comitente**", a la producción de un resultado con su actividad autónoma e independiente a cambio de un precio cierto.

En particular, y **para el sector de la construcción**, siguiendo la línea abierta por los diferentes autores al señalar la dificultad que presenta utilizar un concepto como el de "contrato de obra" para definir diferentes realidades, debemos partir de que puede utilizarse para la contratación de toda clase de resultados, de manera que aparece cuando se le encarga a alguien la ejecución de algo, en definitiva, cuando una de las partes se obliga a ejecutar algo, una obra, por un precio cierto.

**Ejemplo:** Dentro de esta definición cabe desde la contratación de la reparación de un coche, la realización de una operación de cirugía estética, el tapizado de unos sillones, la reforma de un inmueble, la construcción de un chalet o el diseño y la ejecución de la obra de un edificio.

Como señalamos anteriormente, **en el sector se denomina de diversas formas al contrato de obra**, como "contrato de construcción", "contrato de construcción de edificios", "contrato de construcción de inmuebles" o "contrato de obra inmobiliaria", buscando definir lo que específicamente se contrata entre empresas. Sin embargo, un contrato de obra también es, por ejemplo, la reparación de las puertas de un inmueble, con lo que lo que se contrata y ejecuta realmente no es el inmueble completo, sino sólo un trabajo de carpintería que se incorpora a él.

Ante esta complejidad podemos acercarnos, y así lo hacemos, al contrato de obra como un contrato específico para la ejecución de una obra de construcción y trasladando posteriormente las obligaciones entre las partes intervinientes a las diferentes situaciones particulares que podamos encontrarnos en la realidad.

**Ejemplo:** En este sentido debe tenerse presente también que la realización de una construcción puede hacerse por el propio dueño de la obra, sea un padre de familia, el presidente de una comunidad de propietarios, un promotor o un constructor, subcontratando trabajos con terceros.

En el caso en el que el dueño contrate la ejecución con suministradores, obreros o alguna empresa constructora para unidades concretas, no se asume más responsabilidad en cada una de estas obras que la que se deriva de la parte determinada y contratada de esa obra, pero no de la edificación global, pues no existirá un contrato que abarque todo el objeto de la construcción global; sin embargo, si el dueño contrata con un constructor la ejecución completa de la obra y por tanto para toda la construcción, sí que habrá una responsabilidad del constructor por el resultado global de todo el inmueble.

**Al contrato de obra en el que interviene el constructor como tal se le denomina también "contrato de empresa"**; está caracterizado por la exigencia de un resultado, la obra contratada y bien ejecutada, donde se enmarca una complejidad de relaciones jurídicas en las que intervienen trabajadores, profesionales, suministradores, otras empresas, etc. y que conllevan responsabilidades contractuales, extracontractuales y deberes de vigilancia y control, cuestiones que se ven en diferentes apartados de este curso.

El contrato de obra puro y típico contenido en el Código Civil puede aplicarse a cualquier contrato de ejecución de obra, incluso los contenidos en la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE); sin embargo, el contrato de ejecución de obra concertado en el sector de la construcción entre los diferentes agentes que intervienen en una obra se encuentra recogido específicamente en la LOE y, por tanto, a ésta también hay que acudir haciendo una traslación o derivación de los elementos que intervienen en el contrato de obra genérico del Código Civil y lo que establece específicamente para el sector.

## Las notas características del contrato de obra son las siguientes:

- Es un contrato **consensual**, pues se perfecciona por el mero consentimiento de las partes.
- Es un contrato **bilateral**, ya que las partes que intervienen son dos: por un lado el comitente dueño de la obra o promotor y por otro el contratista o constructor.
- Es un contrato **sinalagmático**, pues se generan derechos y obligaciones para ambas partes.
- Es un contrato de **tracto sucesivo** porque se ejecuta a lo largo del tiempo a través de sucesivas prestaciones.
- Es un contrato **conmutativo**, pues las prestaciones se presume que tienen un contenido o valor equivalente.
- Es un contrato de **resultado** y no de actividad, de manera que la obra está configurada como el resultado del trabajo ejecutado.
- Es un contrato en el que el contratista ejecuta la obra en el ejercicio de su profesión para la que se presupone que tiene los **conocimientos y la formación** suficiente para actuar conforme a la *lex artis* del oficio.
- **No es personalísimo**, ya que no es preciso que el contratista ejecute personalmente la obra, salvo cuando se hubiera encargado por razón de sus cualidades personales.
- **Tiene diversas configuraciones**, pues puede ejecutarse la obra poniendo el subcontratista solamente su trabajo o industria o también suministrando el material.

ASPECTOS	CONSECUENCIA
Consensual	Perfección por consentimiento. No formalista
Bilateral	Dos partes: comitente y contratista
Sinalagmático	Reciprocidad de derechos y obligaciones
Tracto sucesivo	Ejecución no inmediata; duradero o a través del tiempo
Conmutativo	Supuesta equivalencia de prestaciones
Resultado	Se debe un resultado, no la simple actividad
Conocimientos	Se debe conocer la <i>lex artis</i> del oficio que presta
No personalísimo	Salvo que se establezca especialmente en función de las cualidades personales del contratista
Configurable	Tiene muchas modalidades y posibilidades de configuración

Características del contrato de obra

## Regulación

**El Código Civil regula el contrato de obra denominándolo "arrendamiento de obra"** (como hemos señalado, la denominación "arrendamiento" es impropia) haciendo referencia al mismo en el art. 1.544, junto con el arrendamiento de servicio.

Esta forma de abordar de manera genérica el contrato por parte del Código Civil ha motivado que exista abundante jurisprudencia en torno al mismo, tanto por la cantidad de contratos que se celebran como por su importancia económica. **La doctrina y el legislador coinciden en apreciar la insuficiencia de esta regulación**, por lo que se ha considerado conveniente, por un lado, perfilar este contrato por parte de la jurisprudencia y, por otro, dictar leyes específicas para su determinación, especialmente para regular el contrato de obra de construcción.

Atendiendo a cómo se ha perfilado este contrato por la jurisprudencia, podemos señalar como especialmente relevantes las sentencias siguientes:

### **a) Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 15 de julio de 1998**

"El arrendamiento de obra (...) es un contrato bilateral con obligaciones recíprocas, como claramente resulta del art. 1.544 del Código Civil, en el que, frente a la prestación señalada a favor del contratista, representada por el pago del precio por parte del comitente, ha de situarse, como contraprestación, su obligada entrega del trabajo ejecutado según los términos convenidos, pero teniendo en cuenta, en todo caso, y como una de sus características estructurales, que el compromiso contraído por el empresario no se agota con la mera ejecución de la obra, sino con una realización que reúna las cualidades prometidas y que además no adolezca de vicios o defectos que eliminen o disminuyan el valor o utilidad para lo que se hizo".

### **b) Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 15 de febrero de 1999**

"En el contrato de obras, de ejecución de obras o de arrendamiento de obras (...), el empresario o contratista promete el resultado y su buena ejecución técnica, siendo indiferente, a efectos de este contrato, que quien la ejecute ponga solamente su trabajo o industria o que también suministre el material, como dice el art. 1.588 del Código Civil. Los elementos reales del contrato de arrendamiento de obras consisten, de una parte, en la obtención de un resultado *opus consumatum ed perfectum*, al que, con suministro o no de material, se encamina la actividad creadora del empresario, que asume los riesgos de su cometido, de acuerdo con la regla *rex perit domino*; y, de otra parte, la fijación de un precio cierto, que el comitente debe satisfacer en el momento de recibir el encargo encomendado, o en el tiempo y forma convenidos".

Trayendo a colación el **art. 1.588 del Código Civil** que luego veremos, el contrato de obra supone una modalidad de arrendamiento que exige un precio cierto a la contraprestación de una obra, siendo característica de este contrato la necesaria obtención del resultado; la delimitación o definición del contrato de obra se realiza por la jurisprudencia de acuerdo con el criterio del resultado, de manera que el contratista se obliga a garantizar el resultado de la obra contratada.

Por ello, **la regulación del Código Civil es parcial e insuficiente**: parcial porque se prevé la obra sólo cuando se hace a tanto alzado y no recoge otras figuras que luego veremos e insuficiente porque no regula las diferentes obligaciones que actualmente en la práctica se contraen, la forma de resolver las controversias, la depuración de responsabilidades, la exigencia de subsanación de defectos o la forma de recepción, aceptación, entrega, etc.

**En resumen, el contrato de obra se delimita conforme al criterio de resultado, ya que el contratista se obliga a garantizarlo, diferenciándose así respecto al arrendamiento de servicio, ya que en el primero el contratista asume, más que la realización de una actividad (que sería el de servicio), el objeto o resultado convenido.**

Además la jurisprudencia señala que **la obligación de resultado no se agota con la ejecución de la obra, sino que ésta ha de reunir las cualidades prometidas y no tener vicios ni defectos que eliminen o disminuyan el valor o la utilidad exigida por el que la ha encargado**; debe comprender, conforme a lo que señala el art. 1.258 del Código Civil, todo aquello que sea conforme a la buena fe, al uso y a la ley, pues el contratista (aquel que tiene que ejecutar la obra) se compromete a la correcta ejecución técnica de la obra de acuerdo con las pautas fijadas en el contrato y/o en el proyecto y conforme a *lex artis*, es decir, conforme a la forma habitual de ejercer un oficio y a las reglas de la buena fe.

CONTRATO DE OBRA PÚBLICA	CONTRATO DE OBRA PRIVADA
El comitente es una Administración Pública y el contrato es para satisfacer intereses públicos	Entre particulares o interviniendo una Administración Pública cuando no se satisfacen intereses públicos

Tipos de contrato de obra según los intervinientes

En este punto, e introduciendo una nueva distinción entre las modalidades de contrato de obra, distinguimos dos campos según quien lo celebre:

## a) Contrato de obra pública

**Se caracteriza por que intervienen entes públicos, las obras satisfacen intereses también públicos y se las dota de una jurisdicción propia** (la contencioso-administrativa) y se encuentra regulado por leyes especiales administrativas en las que se le reconocen una serie de prerrogativas o privilegios a la Administración que le permite estar en una situación de poder o superioridad frente al adjudicatario o particular.

**En el art. 120 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas** se define el contrato de obra pública como aquel celebrado entre la Administración y un empresario cuyo objeto puede ser:

- La construcción de bienes que tengan naturaleza de inmueble, como carreteras, ferrocarriles, puertos, canales, presas, edificios, fortificaciones, aeropuertos, bases navales, defensa del litoral y señalización marítima, monumentos, instalaciones varias, así como cualquier otra análoga de ingeniería civil.
- La realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o del subsuelo, como dragados, sondeos, prospecciones, inyecciones, corrección del impacto medioambiental, regeneración de playas, actuaciones urbanísticas u otros análogos.
- La reforma, reparación y conservación o demolición de los definidos en los párrafos anteriores.

**El contrato de obra pública es aquel celebrado entre la Administración y un empresario.**

## b) Contrato de obra privada

**Es el resto de contratos, con la intervención de particulares entre sí o entes sin tener esa faceta pública, sin actuar con un poder especial, por no tratarse de obras o servicios para un fin público.** Estas obras se encuentran principalmente reguladas por lo establecido en el Código Civil y en la Ley 38/1991, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.

**El contrato de obra privada es aquel celebrado entre particulares o entre sujetos en los que no existe interés público.**

Vista la regulación del Código Civil y la delimitación que ha hecho la jurisprudencia, debemos señalar que **la LOE busca regular en sus aspectos esenciales el proceso de la edificación**, en el que habitualmente aparecen contratos de obra, estableciendo las obligaciones y responsabilidades de los agentes que intervienen en dicho proceso, así como las garantías necesarias para el adecuado desarrollo del mismo, con el fin de asegurar la calidad mediante el cumplimiento de los requisitos básicos de los edificios y la adecuada protección de los intereses de los usuarios (art. 1).

Además en la regulación de la LOE se definen los agentes que intervienen en el proceso de edificación; se establecen las obligaciones y responsabilidades de los diferentes agentes que intervienen en el proceso de edificación; se recogen los requisitos básicos de la edificación para garantizar la seguridad de las personas, su bienestar y la protección del medio ambiente; se delimita un marco general buscando una mayor calidad en la edificación; y se consagran unas garantías de cara a los propietarios y usuarios frente a los posibles daños que puedan sufrir por defectos de la construcción.

Para concluir, debemos señalar que analizaremos el contrato de obra haciendo especial hincapié en la regulación que hace la LOE respecto a la obra privada, a pesar de que esta Ley también se aplique en muchos casos a las Administraciones Públicas.

### **Diferencia con figuras afines**

En primer lugar, el **art. 1.544 del Código Civil** define conjuntamente el **arrendamiento de obras y de servicios**, pero no aporta los criterios necesarios para poder distinguir una figura de otra.

Los **criterios** para diferenciar ambas figuras los podemos sistematizar de la siguiente forma:

- 1°. **En el contrato de prestación de servicios** se debe una actividad sin tener directamente en cuenta el resultado del servicio, mientras que en el de ejecución de la obra el objeto debido es el resultado final, con independencia del trabajo necesario para lograrlo.
- 2°. **En el contrato de servicios** la remuneración suele ser proporcional al tiempo de duración de los servicios contratados; por el contrario, en el contrato de obra es normal fijar la retribución en proporción al número o a la medida de la obra, en función del resultado.
- 3°. **En el contrato de servicios** la prestación de éstos se realiza en situación de dependencia de quien los recibe; **en el de obra** la actividad dirigida a lograr el resultado debido es realizada por un contratista o una empresa independiente.
- 4°. **En el contrato de obra el riesgo es asumido por el constructor** hasta la entrega del resultado, que es la obra, y por tanto se ejecuta a riesgo y ventura del constructor; por el contrario, **en el arrendamiento de servicios el obligado a la actividad no asume el riesgo del resultado**, siempre y cuando realice su actividad conforme a la diligencia debida y habitual del oficio.

Además de lo señalado, la **jurisprudencia** diferencia entre el arrendamiento de obra y de servicios señalando que el primero es aquel por el cual un profesional (constructor o empresario) se obliga a prestar a otro (comitente), no propiamente su actividad profesional, sino un resultado (opus), con o sin suministro de materiales, conforme a lo deseado y previsto por los contratantes (**sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1989**).

También la jurisprudencia ha tenido en cuenta que se puede diferenciar según se preste el trabajo en **régimen de autonomía o de subordinación**, especificando que existen supuestos intermedios de difícil definición cuando se compromete un resultado complementario o intermedio que no es la obra final. Así, **la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1982** señala que si un profesional liberal se obliga a prestar su actividad profesional propiamente, estaríamos ante un arrendamiento de servicios; si compromete el resultado producido por la misma, será un arrendamiento de obra.

Este aspecto de la subordinación tiene especial relevancia para **diferenciar el contrato de obra del de trabajo**, ya que en este último existe una subordinación del empleado al empleador; sin embargo, en el contrato de obra no existe tal subordinación, puesto que el trabajo realizado por el contratista (constructor o empresario) es independiente y lo ejecuta en el ejercicio de una profesión autónoma.

OBRAS	SERVICIOS
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Se debe un resultado</li> <li>• Retribuir el resultado en función del número o de la medida de la obra</li> <li>• La actividad dirigida al resultado se pacta con independencia del comitente</li> <li>• A riesgo y ventura del contrato</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Se debe una actividad</li> <li>• Remuneración en proporción al tiempo de duración de los servicios</li> <li>• Se produce situación de dependencia respecto del comitente</li> <li>• El riesgo corre de parte de quien contrata los servicios</li> </ul>

Diferencias entre contratos de obras y de servicios

**Si un profesional liberal se obliga a prestar su actividad profesional propiamente estaríamos ante un arrendamiento de servicios; si compromete el resultado producido por la misma será un arrendamiento de obra.**

## **UNIDAD IV**

### **REPRESENTACION Y CONTRATO**

#### **4.1 REPRESENTACION Y CONTRATO DE MANDATO**

##### **I. Definición**

Esta figura está estipulada en el artículo 170 del C.C. que dice: “Por el mandato, el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos, por cuenta y en interés del mandante”. El mandato se diferencia de la representación en que ésta es el género, y aquél la especie. Asimismo el mandato se diferencia del albaceazgo, que es un mandato póstumo. El albacea es un mandatario nombrado por el testador para que lo represente después de fallecido, mientras que el mandatario normal, es el representante en vida del mandante.

## **2. Caracteres jurídicos**

- a. Es un contrato individual porque requiere el consentimiento unánime de las partes que lo celebran.
- b. Es un contrato principal, porque tiene la autonomía y no depende de otro contrato.
- c. Es preparatorio, porque es su ejercicio lo que determina el fructificación del contrato.
- d. Es personal aunque no personalísimo; ambos contratos se basan en la confianza de la persona, pero mientras el contrato personalísimo sólo debe ser desempeñado por el titular y no por otro, el personal puede ser materia de transferencia, facultándose el mandato a otra persona, con la autorización del mandante. Esta transferencia puede ser expresa o tácita y anterior o posterior al contrato.
- e) Se presume que es oneroso porque hay prestación a cargo del mandante. Si la retribución no ha sido pactada, se fija sobre la base de las tarifas del oficio o profesión del mandatario, y a falta de éstas, por los usos, y a falta de unas u otras, por el juez.
- f) Es conmutativo, porque se prevén de antemano sus consecuencias.
- g) Es consensual, ya que no necesita documento, salvo que sea como medio de prueba. No exige ninguna formalidad a diferencia del mandato judicial, que requiere de escritura pública o de acta que se suscribe ante el juez de la causa.

## **Obligaciones del mandatario**

- a. Está obligado a practicar personalmente los actos comprendidos en el mandato que hubiese admitido, mientras dure el encargo, siendo responsable de los daños y perjuicios que resulten de su ejecución.
- b. Ejecutar el negocio o encargo que estuviese pendiente a la muerte del mandante, si la suspensión puede perjudicar los intereses de éste. El mandato termina con la muerte del mandante, pero por excepción debe dejar el negocio ejecutado. Si la suspensión no va a perjudicar los intereses del mandante, no tiene por qué continuar con el mandato.
- c. Comunicar, sin retardo al mandante, la ejecución del mandato.
- d. Sujetarse a las instrucciones que hubiese recibido del mandante.
- e. Dar cuenta al mandante, de su actuación, cuando lo exija el mandante.

f. Si son varios los mandatarios y están obligados a actuar conjuntamente su responsabilidad es solidaria.

### **Obligaciones del mandante**

- a. Facilitar los medios necesarios para la ejecución del mandato.
- b. Pagar la retribución que corresponda.
- c. Reembolsar los gastos efectuados para el desempeño del mandato, con los intereses legales desde el día en que fueron efectuados.
- d. Indemnizar los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del mandato.

### **Modalidades a. Mandato irrevocable.-**

Supone que no puede ser revocado unilateralmente por el mandante.

a. Mandato tácito.- El mandatario que actúa en nombre propio, adquiere los derechos y asume las obligaciones derivadas de los actos que celebra en interés y por cuenta del mandato.

El mandatario está obligado directamente a favor de la persona con quien ha contratado, puesto que si en el fondo está actuando para el mandante, en la forma está actuando por sí. En esta situación, los terceros no tienen acción sobre el mandante, pero sí sobre el mandatario.

b. Mandato civil.- Cuando los actos que va a ejecutar el mandatario son civiles.

c. Mandato mercantil.- Cuando los actos que va a realizar el mandatario son mercantiles.

d. Mandato general.- Cuando se configura para que el mandatario celebre los contratos o actos jurídicos que se pueden ofrecer al mandante.

e. Mandato especial.- Cuando se otorgue para la ejecución de algunas de las facultades del mandato general o se otorgue una para uno o Varios asuntos determinados por la ley.

### **Extinción del mandato**

a. Por ejecución total del mandato.

b. Por vencimiento del plazo del contrato y por revocación del mandante, salvo en el caso del mandato irrevocable.

c. Por muerte, interdicción o inhabilitación del mandante o mandatario. La muerte o inhabilitación del mandante no extinguen el mandato cuando éste ha sido celebrado también

en interés del mandatario o un tercero. Por otro lado cuando el mandato acaba por muerte del mandatario, sus herederos deben informar al mandante y tomar entre tanto las providencias necesarias.

**Mandato Judicial** Es el contrato por el cual una persona llamada mandatario se obliga a ejercer en representación del mandante, actos jurídicos.

### **Obligaciones del mandatario Judicial**

- a. Proseguir el juicio en todas sus instancias, procurando la defensa del mandante.
- b. Seguir las instrucciones del mandante, y a falta de ellas, las que exige la naturaleza del litigio.
- c. Pagar los gastos del juicio con derecho a reembolso.
- d. No admitir poder del colitigante.
- e. Guardar el secreto profesional.
- f. No abandonar el desempeño de su cargo sin nombrar un sustituto, si estuviera facultado para ello, o sin previo aviso, al mandante.

### **Obligaciones del mandante judicial**

- a. Anticipar los fondos necesarios para el ejercicio del mandato, cuando lo solicite el mandatario.
- b. Pagar al mandatario los gastos que hubiese hecho, con sus intereses legales, a partir del día del desembolso.
- c. Indemnizar al mandatario, de los daños y perjuicios sufridos en ejecución del mandato, siempre que no tenga culpa.
- d. Cubrir la retribución u honorarios convenidos, salvo pacto expreso de que sea gratuito.
- e. Si no hubo estipulación sobre la retribución, pagar lo establecido por el arancel.
- f. El mandato judicial termina por revocación expresa o tácita y por terminación del interés jurídico.

**Mandato con representación** Es cuando el mandatario fuere representante del mandante por haber recibido poder para actuar en nombre de él. La revocación por el mandante y la

renuncia del mandatario extinguen el mandato. En general, se presume que el mandato es con representación.

**Mandato sin representación** Es cuando el mandatario actúa en nombre propio, adquiriendo derechos y asumiendo obligaciones derivados de los actos que celebra en interés y por cuenta del mandante. El mandatario queda obligado en virtud del mandato, a transferir al mandante los bienes adquiridos en ejecución del contrato, quedando a salvo solamente los derechos adquiridos por terceros de buena fe, no siendo responsable frente al mandante por la falta de cumplimiento de las obligaciones asumidas por las personas con quienes haya contratado.

## **4.2 CONTRATO DE PRENDA**

### **Definición.**

El art. 2384 define la prenda en los siguientes términos: *“Por el contrato de empeño o prenda se entrega una cosa mueble a un acreedor para la seguridad de su crédito. / La cosa entregada se llama prenda. / El acreedor que la tiene se llama acreedor prendario”*

La doctrina ha estimado incompleta la definición citada, porque no proporciona una idea clara de la garantía. Por ello, una definición más descriptiva de la institución, sería la siguiente: *Por el contrato de empeño o prenda se entrega una cosa mueble a un acreedor para la seguridad de su crédito, dándole la facultad de venderla y de pagarse preferentemente con el producto de la venta si el deudor no cumple su obligación.*

La expresión “prenda” tiene una triple acepción: alude al contrato (artículo 2384), a la cosa misma entregada al acreedor (inciso 2º del art. 2384) y al derecho real que se genera para el acreedor (art. 577).

### **Prendas especiales.**

La prenda definida en el art. 2384 es la prenda civil. Pero en nuestra legislación existen otras prendas que se acostumbra denominar *especiales*, en contraposición a la regulada en el CC, que es de derecho común. En realidad, las prendas especiales han tomado tanta importancia que han relegado a segundo término a la prenda civil o clásica.

Las prendas especiales son las siguientes:

- a) Prenda mercantil, regida por los arts. 813 a 819 del Código de Comercio;
- b) Prenda sobre warrants o especies depositadas en los almacenes generales de depósito;
- c) Prenda sin desplazamiento, de que trata la Ley N° 20.1903; y
- d) Prenda de valores mobiliarios o acciones a favor de Bancos, a la que se refiere la Ley N° 4.287.

En general, las prendas especiales son prendas sin desplazamiento, es decir, la cosa prendada no se desplaza al acreedor, permaneciendo en poder del deudor o constituyente.

### **Características de la prenda.**

a) *Es un contrato.*

Como tal, está tratado en el Libro IV del Código Civil. Exige por lo tanto un acuerdo de voluntades entre el que constituye la prenda y el acreedor, requisito que recalca el art. 2392. No es indispensable, sin embargo, que el acuerdo de voluntades se produzca entre deudor y acreedor, porque puede ocurrir que la prenda no se constituya por el deudor, sino por un tercero (art. 2388). Cuando la constituye el deudor, hablamos de “*deudor prendario*”. Si la constituye un tercero, aludimos al “*garante prendario*”. Entre la prenda que otorga un tercero y la fianza, existe gran similitud, pero también difieren en un aspecto esencial: el fiador responde con todos sus bienes, se obliga personalmente; en cambio, el tercero que constituye la prenda sólo compromete la cosa que afecta al cumplimiento de la obligación. En el primer caso, se contrae una obligación personal; en el segundo caso, una obligación real.

b) *Es un contrato unilateral.*

Sólo resulta obligada una de las partes contratantes. En efecto, en la prenda civil y en las demás en que se entrega al acreedor el bien dado en garantía (prenda mercantil o prenda sobre acciones, por ejemplo), únicamente se obliga el acreedor, a restituir el objeto recibido. De tal forma, en este caso, el acreedor del contrato principal pasa a ser deudor en el

contrato de prenda. Sin embargo, la parte que no contrae obligaciones por el solo contrato, puede resultar obligada por hechos posteriores. Así, el deudor podrá resultar obligado a indemnizar al acreedor prendario los perjuicios o a pagar los gastos que la tenencia de la cosa le hubiere ocasionado. Por eso, bien puede decirse que la prenda es también un contrato sinalagmático imperfecto.

Distinta es la situación en las prendas sin desplazamiento, en las que el deudor contrae la obligación de gozar de la cosa de manera que no perjudique ni menoscabe el derecho del acreedor prendario. Dicho en otras palabras, ha de usar la cosa conforme a su naturaleza, sin destruirla o dañarla, de manera que permita eventualmente, tras su venta forzada, que el acreedor se pague con el precio. Lo anterior es lógico porque el deudor conserva la tenencia de la cosa.

*c) Es un contrato oneroso o gratuito.*

Se acostumbra calificar la prenda entre los contratos onerosos, porque reporta utilidad para ambas partes. El acreedor obtiene una seguridad para su crédito y el deudor recibe un préstamo que sin otorgar la garantía no habría conseguido. Sin embargo, puede ocurrir que el contrato de prenda no tenga el carácter de oneroso: tal ocurrirá cuando el deudor constituye la prenda con posterioridad al nacimiento de la obligación principal; o cuando la garantía la otorga un tercero a quien el contrato no le reporta utilidad.

En todo caso, en relación a las consecuencias jurídicas de calificar al contrato como oneroso o gratuito, el artículo 2394 establece que el acreedor prendario responderá como “*buen padre de familia*”, es decir, de culpa leve; y el artículo 2468 equipara la prenda a los contratos onerosos para el efecto de la acción pauliana, exigiendo por lo tanto, para que dicha acción proceda, mala fe tanto en el deudor como en el tercero, es decir, el acreedor.

*d) Es un contrato real o solemne.*

En cuanto a la manera como se perfecciona, la prenda jamás tiene el carácter de contrato consensual. Será un contrato real, como acontece en la prenda civil, o será un contrato solemne, como usualmente ocurre tratándose de las prendas especiales o en las prendas sin desplazamiento.

e) *Es un contrato accesorio.*

La prenda, al igual que todas las cauciones, es un contrato accesorio que para subsistir, requiere de la existencia de un contrato principal: artículo 2385.

De su carácter accesorio, surgen importantes consecuencias:

Para calificar la prenda de civil o mercantil, hay que atender a la naturaleza de la obligación que se está garantizando;

La nulidad de la obligación garantizada trae consigo la nulidad de la prenda, pero no a la inversa;

Las acciones del acreedor prendario prescriben en el mismo tiempo que las acciones que emanan de la obligación garantizada. Sin embargo, son acciones distintas las que emanan de la prenda y las que derivan del contrato principal.

f) *Es un derecho real.*

El artículo 577 lo incluye entre los derechos reales. Tiene este carácter, porque el acreedor prendario ejerce su derecho sobre el bien dado en garantía sin respecto a determinada persona y está facultado para perseguirlo en manos de quien se encuentre. La eficacia de la prenda emana, entonces, no del contrato sino de su carácter de derecho real. Sin embargo, ambas características son inseparables porque al mismo tiempo que se perfecciona el contrato de prenda, ya sea por la entrega de la cosa o por el cumplimiento de las solemnidades, nace también el derecho real.

g) *Es un derecho mueble.*

De acuerdo con el artículo 580, la prenda es un derecho mueble, porque siempre recae sobre bienes de esta naturaleza.

h) *Da origen a un privilegio.*

El artículo 2474 N° 3 incluye el crédito del acreedor prendario dentro de los créditos que gozan de una preferencia de segunda clase.

i) *Constituye un principio de enajenación.* La constitución de todo derecho real entraña un principio de enajenación. El dominio se compone de la suma de los derechos reales que se encuentran en estado latente en manos del propietario. Al desprenderse de cualquiera de ellos limita su dominio.

También contempla el caso inverso, es decir, que fallezca el acreedor, prohibiendo la ley a uno de sus herederos que recibe su parte en el crédito remitir la prenda, aun parcialmente, mientras los demás herederos del acreedor no hayan sido pagados.

Como vemos, el carácter indivisible de la prenda es completamente independiente de que la cosa dada en garantía sea susceptible o no de división. Tan indivisible es la prenda que recae sobre una especie o cuerpo cierto como la constituida sobre una cantidad de un género determinado, aun cuando ella admita división. Asimismo, este carácter es independiente del que pueda tener la obligación principal. En consecuencia, la obligación que se garantiza podrá ser divisible o indivisible de acuerdo con sus caracteres propios. Si fuera divisible, el acreedor, ejercitando la acción personal, podrá cobrar a cada uno de los deudores o herederos del deudor su parte en la deuda, lo que no impedirá que retenga la garantía mientras los otros deudores o herederos no pagaren su parte, porque en este caso estaría haciendo uso de la acción real prendaria, y ella es indivisible.

La indivisibilidad, con todo, no es de la esencia sino de la naturaleza de la prenda. Por ello, y por estar establecida en beneficio del acreedor, éste puede renunciarla.

### **Elementos de la prenda.**

Los elementos constitutivos de la prenda pueden estudiarse desde cuatro puntos de vista:

- a) Obligaciones susceptibles de ser garantizadas con prenda;
- b) Requisitos que deben concurrir en las partes;
- c) Cosas susceptibles de darse en prenda; y
- d) Formalidades que deben cumplirse para la validez del contrato.-

a) *Obligaciones susceptibles de ser garantizadas con prenda.*

#### a.1) Cuestiones generales.

En la prenda civil o clásica, existe gran libertad acerca de las obligaciones que pueden ser caucionadas con prenda. En cambio, algunas prendas especiales, sobre todo las sin desplazamiento, sólo sirven para garantizar determinadas obligaciones.

También otra materia que tiene una solución disímil en las distintas prendas, es la relacionada con la validez de la cláusula de garantía general prendaria: mientras en algunas prendas es válida, en otras no es lícito estipularla y por ende la prenda ha de ser específica.

#### a.2) Obligaciones susceptibles de ser garantizadas con prenda civil.

En general, cualesquiera clases de obligaciones pueden garantizarse con prenda civil. Es indiferente su origen: pueden caucionarse con prenda civil las obligaciones que emanan de un contrato, de un cuasicontrato e incluso de un delito o cuasidelito civiles o de la ley. Asimismo, pueden caucionarse obligaciones de dar, hacer o no hacer. Con respecto a las últimas, no se garantiza la ejecución de la obligación, sino el pago de la indemnización de perjuicios por el incumplimiento del deber de abstención. Puede otorgarse esta garantía para obligaciones principales o accesorias, como en el caso de la fianza prendaria.

pueden caucionarse con prenda obligaciones líquidas o ilíquidas, puras y simples o sujetas a modalidades.

La prenda puede ir anexa a una obligación civil o a una obligación natural. Respecto a la prenda que se constituye para garantizar obligaciones naturales, pueden presentarse distintos casos:

- el propio deudor constituye la prenda para caucionar una obligación civil que después degenera en natural (por ejemplo, porque prescribieron las acciones conferidas por la ley para pedir su cumplimiento forzado), la prenda pasa también a tener el mismo carácter;
- si es un tercero el que ha otorgado la prenda mientras la obligación era civil y después degenera en natural, se sigue la misma regla anterior, degenerando la prenda en natural;
- Si el tercero constituyó la prenda cuando la obligación caucionada ya tenía el carácter de natural, y con conocimiento de ello, la obligación accesoria es civil (art. 1472). Por ejemplo, caucionar obligaciones emanadas de un contrato celebrado por un menor adulto.

### a.3) Prenda sobre obligaciones futuras.

#### a.3.1) Prenda civil sobre obligaciones futuras.

Se suscitó controversia en la doctrina, acerca de la validez de la prenda destinada a caucionar obligaciones futuras o indeterminadas.

Somarriva, en su *“Tratado de las Cauciones”*, se pronuncia negativamente, argumentando que al tratar de la prenda el CC, guarda silencio respecto a la posibilidad de garantizar obligaciones futuras, mientras que al ocuparse de la fianza y de la hipoteca, permite dicha hipótesis expresamente, en los arts. 2339 y 2413. Agrega que este silencio debemos interpretarlo en el sentido que el legislador no acepta la prenda para garantizar tal clase de obligaciones, silencio que resulta más sugestivo si consideramos que en el Código, la prenda está ubicada entre la fianza y la hipoteca. Corroborar esta interpretación, dice Somarriva, el hecho de que el artículo 2385 diga que la prenda supone siempre una obligación principal a la cual accede, declaración que el Código no formula al referirse a la fianza y la hipoteca. Hay, entonces, una estrecha relación entre el silencio que guarda el Código en la prenda sobre la posibilidad de que garantice obligaciones futuras, y la expresa declaración de que ella supone una obligación a la cual accede. En la fianza y la hipoteca, por el contrario, no se exige este requisito, y expresamente se acepta que ellas puedan garantizar obligaciones futuras.

La doctrina contraria, se inclina por considerar plenamente eficaz la cláusula de garantía general prendaria, argumentándose:

La ley no prohíbe tal cláusula, y basta esta circunstancia para inclinarse a reputarla válida, considerando que en derecho privado, puede hacerse todo lo que la ley no prohíbe;

Para el discernimiento de las guardas (definido en el artículo 373), por ejemplo, es necesario que el guardador rinda previamente fianza. El artículo 376 indica que en lugar de una fianza, podrá prestarse prenda o hipoteca suficiente. En este caso, la prenda garantiza obligaciones futuras e indeterminadas en cuanto a su monto;

Caso de la llamada “*prenda tácita*”: el artículo 2401 establece que, extinguida la obligación, deberá el acreedor restituir la prenda; pero podrá retenerla cuando tenga contra el mismo deudor otros créditos que reúnan los caracteres que señala la disposición. Si el legislador, interpretando la voluntad de las partes, establece que la prenda se hará extensiva a otras obligaciones de las mismas partes, es lógico que el mismo resultado pueda alcanzarse mediante un acuerdo expreso de los contratantes;

Por último, la cláusula de garantía general no presenta en la prenda los inconvenientes que se observan en la hipoteca, puesto que a diferencia de la última, no es posible constituir varias prendas sobre las mismas cosas.

#### a.3.2) Prendas especiales sobre obligaciones futuras.

Tratándose de las prendas especiales, debemos analizar la ley respectiva, pues en algunos casos la cláusula de garantía general está autorizada expresamente y en otros casos está prohibida explícitamente, lo que implica que la prenda ha de ser específica:

En la prenda de valores mobiliarios: se permite (artículo 5 de la Ley N° 4.287): la cláusula de garantía general es de la naturaleza del contrato y por ende, para excluirla se requiere estipulación expresa de los contratantes;

En la prenda sin desplazamiento de la Ley N° 20.190: se permite (artículo 4 de la Ley);

En la prenda comercial: es inadmisibles (artículo 815 N° 2 del Código de Comercio);

En la prenda de la Ley de Warrants o almacenes generales de depósito: es inadmisibles (artículo 8 de la Ley N° 18.690).

a.4) Obligaciones que pueden caucionarse con prendas especiales.

En la prenda mercantil: las obligaciones deben ser mercantiles. Por ello, la Corte Suprema ha resuelto que la prenda constituida para garantizar el pago de una letra de cambio es mercantil, porque este documento siempre supone la celebración de un acto de comercio;

La prenda de warrants: nada dice la ley respectiva en cuanto a las obligaciones que ella puede caucionar, rigiendo en consecuencia los mismos principios que en la prenda civil;

La prenda de valores mobiliarios a favor de los Bancos: sólo tiene como particularidad, en cuanto a las obligaciones caucionadas, que el acreedor debe ser un Banco. Pueden por tanto garantizarse mediante esta prenda cualquier clase de obligaciones.

La prenda sin desplazamiento de la Ley N° 20.190: permite caucionar todo tipo de obligaciones (artículo 4).

*b) Requisitos que deben reunir los contratantes o capacidad de las partes.*

b.1) Capacidad del constituyente de la prenda.

En las distintas prendas no existen grandes diferencias respecto a las condiciones que deben tener los contratantes. La prenda civil, puede ser constituida por el propio deudor o por un tercero, el cual en virtud del contrato de prenda no contrae obligación personal de ninguna especie, sino que se limita a afectar un bien de su propiedad para garantizar la obligación del deudor (o sea, sólo contrae una obligación real). Pero cualquiera que sea el que otorgue la prenda, debe ser plenamente capaz, y además tener la facultad de enajenar la cosa gravada, como dice el artículo 2387, porque según lo hemos dicho, la prenda lleva en sí un principio de enajenación.

b.2) capacidad del acreedor prendario.

Lo expuesto en el acápite anterior se refiere al deudor o al tercero garante, pero no al acreedor prendario, a quien le basta la capacidad para obligarse, porque para él el acto no es de disposición, sino por el contrario, adquiere una mayor seguridad para el pago de su crédito.

b.3) Actuación de mandatarios en la celebración de la prenda.

El contrato de prenda puede celebrarse por medio de mandatario. No hay excepciones al principio general de que los actos jurídicos, exceptuado el testamento, pueden celebrarse o

ejecutarse por medio de mandatario. El mandato para constituir o aceptar esta garantía no está sujeto a ninguna solemnidad, y de acuerdo al artículo 2123 puede otorgarse verbalmente y aún por la aquiescencia tácita del mandante. Con todo, para otorgar la prenda no basta el mandato general, porque ella entraña un acto de disposición, y las facultades del mandatario general son de mera administración. Tampoco sería suficiente para celebrar la prenda el mandato que una persona tuviera para vender, aplicando por analogía el artículo 2143, que excluye en tal caso la posibilidad de hipotecar. Lo anterior se refiere al mandato para constituir la prenda, porque la facultad de recibirla por parte del acreedor, no hay duda que está incluida dentro de los poderes del mandatario general.

*c) Bienes susceptibles de darse en prenda.*

c.1) Cosas muebles corporales.

Exigencia común a todas las prendas es que ellas deben recaer sobre bienes muebles.

En la prenda civil, se desprende de las normas del Código Civil que un bien, para que pueda darse en prenda, además de mueble debe ser susceptible de ser entregado y encontrarse dentro del comercio.

La regla general es que sobre cualquier bien mueble, sea corporal o incorporal, puede radicarse una prenda. Con todo, en el caso de las naves, deben tener un tonelaje de registro no mayor a 50 toneladas. Las de un tonelaje superior, pueden hipotecarse.

También el dinero es susceptible de darse en prenda. En la práctica e impropia se la denomina fianza en efectivo. No hay fianza sin embargo, sino prenda, ya que se entrega al acreedor una cosa mueble para la seguridad de su crédito. Pero en esta prenda, el acreedor no es mero tenedor sino dueño del bien dado en garantía, sin perjuicio que una vez cumplida la obligación deba restituir una suma igual a la recibida. El contrato de prenda, en este caso, opera como un título traslativo de dominio. Tal conclusión se ve corroborada por el artículo 2395 en relación al artículo 2221. La prenda de dinero y el depósito irregular son instituciones muy semejantes, y a ellas tenemos que agregar el cuasiusufructo y el mutuo de dinero. Un ejemplo de una prenda de dinero, encontramos en la garantía, usualmente equivalente a una renta mensual, que suele exigirse al arrendatario, para responder por los daños de la cosa arrendada, una vez expirado el contrato.

#### c.2) Cosas incorporales muebles.

Sobre las cosas incorporales también puede radicarse una prenda. Tratándose de los **derechos personales** el legislador la reglamenta expresamente en el artículo 2389. Con respecto a estos derechos, se presenta la cuestión de saber si es posible dar en prenda un crédito no escriturado. Algunos estiman que no es posible, pues no habría forma de cumplir con el requisito de la entrega, que es necesaria para perfeccionar el contrato. Sin embargo, puede responderse que el legislador, al establecer la exigencia de la entrega, sólo se refiere a los créditos escriturados y no a los que no consten por escrito. Acontecería en este caso lo mismo que ocurre en la cesión de créditos, donde también es necesario, para que se perfeccione entre cedente y cesionario, la entrega del título. Sin embargo, recordemos que la doctrina ha concluido que los créditos no escriturados pueden cederse, porque de lo contrario tales créditos quedarían fuera del comercio. Por eso, se concluye que la cesión de estos créditos puede hacerse por una escritura pública suscrita por el cedente y por el cesionario. Ahora bien, si es posible la cesión de créditos no escriturados ¿qué razón habría para no permitir que ellos se den en prenda? Además, debemos considerar que la constitución de la prenda es un acto de menor trascendencia jurídica que la cesión, pues mientras la primera es un principio de enajenación, la segunda es derechamente una enajenación.

La posibilidad de dar en prenda un **derecho real** es una cuestión que ofrece más dificultades. Desde ya, debemos descartar los derechos inmuebles, tales como la

servidumbre, el derecho de habitación y el de censo. Tampoco puede radicarse la prenda sobre la hipoteca o sobre la

Prenda misma, sin perjuicio que pueda otorgarse esta garantía sobre un crédito hipotecario o prendario.

Con respecto al derecho de herencia y al derecho de usufructo, siempre que recaigan sobre muebles, en teoría no se ve inconveniente para que puedan gravarse con prenda. No obstante, nuestro legislador no ha contemplado el caso, pues no consigna en el título de la prenda disposiciones análogas a los artículos 2417 y 2418 ubicados en la hipoteca, que expresamente se refieren a la hipoteca de cuota y a la hipoteca sobre el derecho de usufructo.

Por otra parte, no puede darse en prenda un bien a dos acreedores distintos. Se opone a ello la circunstancia de que el contrato se perfeccione por la entrega real del bien prendado. Esta exigencia se podría cumplir sólo con respecto al primer acreedor. Favor de diferentes acreedores. De haber sido posible, no hay duda que se habría dado una solución al conflicto, tal como lo hace el art. 2477 para la hipoteca. La Corte Suprema también ha resuelto la cuestión en el mismo sentido.

#### c.3) Imposibilidad de constituir prenda civil sobre bienes futuros.

No basta que la cosa prendada sea mueble, sino que además ha de ser susceptible de *entregarse*, dada la calidad de contrato real de la prenda. Por esta razón, **los bienes futuros** no pueden ser objeto de prenda civil. La Corte de Valparaíso así lo subrayó, al resolver que no es posible constituir esta garantía sobre una póliza de seguro antes de producirse el siniestro. Lo que no impide naturalmente que una vez producido, ella recaiga sobre el crédito que el asegurado tenga contra la compañía aseguradora. Con el mismo criterio, la Corte de Santiago resolvió que no era válida la prenda que recaía sobre sumas indeterminadas de dinero, porque esa indeterminación hacía imposible la entrega.

Distinta es la solución, tratándose de la prenda sin desplazamiento de la Ley número 20.190. Su artículo 5 dispone que podrá constituirse prenda sobre todo tipo de cosas muebles, sean corporales o incorporales, presentes o **futuras**. Respecto de las cosas futuras, la ley altera el principio que opera en el Código Civil, que excluye la prenda sobre esta clase de bienes, habida cuenta que es necesario que se produzca la entrega de la cosa, para que el contrato de prenda civil se perfeccione. En cambio, tratándose de una prenda sin desplazamiento, obviamente no se produce tal hecho, pues no estamos ante un contrato real, sino solemne.

#### c.4) Imposibilidad de constituir prenda sobre cosas embargadas.

En la prenda, se requiere que los bienes sobre los cuales la primera recae estén en el comercio. Por ello, se ha señalado que deben quedar excluidos los bienes inembargables, así como también los embargados. Se fundamenta lo anterior en lo dispuesto en el artículo 1464, al establecer que hay objeto ilícito en la enajenación de las cosas embargadas, y en la circunstancia de que la jurisprudencia ha entendido la palabra “*enajenación*” en su sentido amplio, quedando incluida en ella la constitución de prendas.

#### c.5) Prenda de cosa ajena.

Del art. 2387, al decir que no se puede empeñar una cosa sino por la persona que tenga facultad de enajenarla, podría desprenderse que la prenda de cosa ajena es nula. Pero no es así, como se desprende de los artículos 2390 y 2391, que reglamentan los efectos de esta clase de prenda. Para analizarlos, debemos distinguir entre la situación del dueño del bien empeñado y las relaciones entre acreedor y deudor.

Con respecto *al dueño*, el contrato no produce efectos, porque para él la convención es *res inter alios acta*, conservando la facultad para demandar la restitución de la cosa mediante el ejercicio de la acción reivindicatoria.

En las relaciones *de los contratantes*, son distintos los efectos de la prenda de cosa ajena según estemos ante las siguientes hipótesis:

la cosa prendada ha sido hurtada, robada o tomada por la fuerza a su dueño o perdida por éste y tales hechos son conocidos del acreedor: por mandato del art. 2390, se aplica al acreedor prendario lo dispuesto en el artículo 2183, y conforme a

#### **4.4 CONTRATO DE HIPOTECA**

##### **CONCEPTO Y REGULACIÓN.**

El art. 2407 del Código Civil contiene la definición legal de hipoteca. Señala el art. que “La hipoteca es un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor”.

La definición legal sugiere las siguientes observaciones:

- i.- La hipoteca es un derecho, y específicamente, un derecho real (art. 577 del Código Civil).
- ii.- Es una especie de derecho “de prenda”. En realidad, hoy esta asimilación al derecho de prenda es equívoca, pues el derecho de hipoteca tiene su propia fisonomía. Pero la asimilación tiene una explicación histórica, pues en el Derecho romano sólo se aludía a la prenda, garantía que podía recaer tanto en muebles como inmuebles.
- iii.- La hipoteca se constituye sobre inmuebles. Tal es la regla general, más no absoluta según veremos.

Esta definición ha sido criticada por nuestra doctrina, porque no proporciona una idea cabal de la garantía.

Somarriva la define como “el derecho real que recae sobre un inmueble que permaneciendo en poder del constituyente, da derecho al acreedor para perseguirlo de manos de quien se encuentre y de pagarse preferentemente del producto de la subasta”.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Somarriva Undurraga, Manuel, *Tratado de las Cauciones*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Ediar-ConoSur Ltda, sin año, p. 309.

Además, más correcto es señalar que el inmueble permanece en poder del “constituyente” antes que en poder del “deudor”, pues bien puede ocurrir que la garantía emane de un tercero.

La palabra “hipoteca”, se forma por las expresiones “hipo”, que significa “debajo de” y “teca”, que significa “lugar en que se guarda algo”. Alude a un inmueble que queda sometido al ejercicio de ciertas facultades del acreedor, a consecuencia del préstamo que éste le hizo al deudor.

Se regula la hipoteca en los arts. 2407 a 2434, que conforman el Título XXXVIII del Libro IV del Código Civil.

## **IMPORTANCIA.**

De todas las cauciones, tanto reales como personales, ninguna ofrece mayor seguridad al acreedor que la hipoteca, siendo la principal fuente de crédito. Ello, porque los bienes raíces tienen un valor estable, más o menos elevado, resultando posible obtener créditos más cuantiosos.

También la hipoteca presenta ventajas para el deudor, porque no obstante la constitución del gravamen, no se ve desposeído del inmueble, pudiendo valerse de él para obtener utilidades.

En verdad, no se concibe todo el sistema bancario sin la existencia de la hipoteca, garantía fundamental exigida tanto a las personas naturales o jurídicas, en sus operaciones comerciales o cuando pretenden adquirir inmuebles.

Para que conserve su eficacia, la hipoteca debe gozar de la publicidad general, lo que se consigue mediante la inscripción en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces.

### **3.- CARACTERÍSTICAS DE LA HIPOTECA, COMO DERECHO.**

La hipoteca es un derecho real; es un derecho inmueble; es un derecho accesorio; constituye una limitación al dominio; constituye un principio de enajenación y en algunos casos es un acto de enajenación; da origen a una preferencia; y es La Hipoteca – Juan Andrés Orrego Acuña 4

a) **Es un derecho real:** art. 577.

En los demás derechos reales, es posible visualizar una relación directa entre el titular del derecho y la cosa sobre la que recae tal derecho; dichos derechos reales se ejercitan mediante el goce o tenencia de la cosa. En la hipoteca, en cambio, la forma de ejercitar el derecho se materializa en la facultad que tiene el acreedor de pedir la venta de la cosa hipotecada en caso que el deudor no cumpla la obligación.

Por ser la hipoteca un derecho real, se ejerce sobre el bien gravado sin respecto a determinada persona. De este carácter se deduce que el acreedor goza del derecho de persecución, expresamente reconocido en el art. 2428 del Código Civil, que le permite perseguir la finca hipotecada de manos de quien se encuentre y a cualquier título que la haya adquirido mediante la acción hipotecaria.

b) **Es un derecho inmueble:** art. 580.

Siempre la hipoteca se ejerce sobre un bien raíz (sin perjuicio de lo dispuesto en ciertas leyes especiales, como la Ley N° 18.916, referida al Código Aeronáutico, o las disposiciones que se refieren a la hipoteca naval), careciendo de importancia a este respecto la naturaleza de la obligación principal garantizada.

De esta característica se siguen consecuencias importantes: su tradición se efectúa por la inscripción del título en el Conservador de Bienes Raíces (art. 686 del Código Civil); su posesión puede ser amparada mediante las acciones posesorias (art. 916 del Código Civil).

**c) Es un derecho accesorio.**

c. 1) Noción general.

Característica general a todas las cauciones (art. 46 del Código Civil). Supone la hipoteca la existencia de una obligación principal, sea de dar, hacer o no hacer; pura y simple o sujeta a modalidades (como se desprende del art. 2427 del Código Civil); determinada o indeterminada (art. 2427); actual o futura (art. 2413 del Código Civil); emanada de cualquiera de las fuentes de las obligaciones.

c.2) Hipoteca de obligaciones naturales.

Son susceptibles de garantizarse con hipoteca no sólo las obligaciones civiles, sino también las naturales. Con respecto a la garantía hipotecaria de estas obligaciones, debemos distinguir:

1. Si la hipoteca se constituye por el deudor o un tercero para garantizar una obligación civil que después pasa a ser natural, subsiste la hipoteca con este mismo carácter (lo accesorio sigue la suerte de lo principal);

2. Pero si la garantía la otorga un tercero cuando la obligación ya es natural, dicha obligación accesorio es civil (art. 1472 del Código Civil).

c.3) Casos en los cuales la hipoteca es autónoma de la obligación principal.

No obstante su carácter accesorio, la hipoteca puede adquirir una relativa independencia frente a la obligación principal:

1. Cuando la hipoteca garantiza obligaciones futuras (art. 2413, inc. 3º del Código

Civil). En este caso, no existe obligación principal al momento de constituirse la hipoteca.

2. Cuando la hipoteca se constituye por un tercero, en garantía de una deuda ajena. En este caso, el garante no se obliga personalmente (en otros términos, sólo contrae una obligación real), a menos que así se pacte (en cuyo caso, estaremos ante un fiador hipotecario). En esta hipótesis, la obligación principal se separa de la hipoteca: las acciones -la personal y la real- deben dirigirse contra personas diferentes. Lo mismo ocurre cuando la finca hipotecada es adquirida por un tercero.

3. Incluso, la hipoteca puede subsistir no obstante haberse extinguido la obligación principal: cuando ésta se extingue por novación, las partes pueden pactar reserva de la hipoteca, es decir, que la misma hipoteca pase a caucionar una nueva obligación.

c.4) Hipoteca de obligaciones indeterminadas.

Se ha discutido en nuestra doctrina acerca de la validez de la hipoteca que cauciona obligaciones indeterminadas. Para algunos, la obligación debe estar perfectamente determinada, afirmándose que en caso contrario las hipotecas serán nulas. Sin embargo, ha prevalecido la opinión contraria. Revisaremos esto en el punto 7.4.

c.5) Efectos del carácter accesorio de la hipoteca.

Del carácter accesorio de la hipoteca se derivan consecuencias de gran importancia, que se traducen en el principio general de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal:

1. Extinguida la obligación, también se extingue la hipoteca;
2. A la nulidad de la obligación se sigue la nulidad de la hipoteca;
3. Toda modalidad que afecta a la obligación principal se refleja en la hipoteca;
4. En conformidad al art. 2516 del Código Civil, la acción hipotecaria prescribe conjuntamente con la acción que emana de la obligación principal; y
5. Donde quiera que vaya el crédito lo sigue la hipoteca. Tal acontece con la cesión o subrogación del crédito hipotecario, con la transmisión que de éste se haga al heredero o legatario, etc.

d) **Constituye una limitación del dominio.**

A pesar de que el art. 732 del Código Civil no incluye la hipoteca entre las limitaciones del dominio, es evidente que tiene este carácter. En efecto, por su constitución el propietario del inmueble no puede ejercer su derecho de dominio en forma absoluta, no puede destruir las construcciones, plantaciones, etc., existentes en el inmueble, ni gozar de él en términos que

lesionen los derechos del acreedor hipotecario, porque entonces se aplica el art. 2427 del Código Civil.

**e) Constituye un principio de enajenación y para los efectos del art. 1464 del Código Civil es un acto de enajenación.**

Desde el momento que el propietario, al gravar su inmueble con hipoteca se desprende de parte del dominio, es evidente que ella encierra un principio de enajenación, o como decía Andrés Bello, una enajenación condicionada. Por ello, para hipotecar se requiere capacidad para enajenar y no pueden darse en hipoteca los bienes embargados, porque su enajenación trae consigo objeto ilícito y por ende nulidad absoluta (art. 1464 del Código Civil).

**f) Da origen a una preferencia.**

Como garantía no será eficaz si el acreedor no gozara de preferencia para el pago. Por eso el art. 2470 del Código Civil señala expresamente a la hipoteca entre las causas de preferencia, y el art. 2477 dice que la tercera clase de créditos comprende los hipotecarios.

**g) Es indivisible.**

En virtud del principio de la indivisibilidad de la hipoteca que consagran los arts. 1526 N° I y 2408, puede decirse que cada parte del inmueble hipotecado garantiza la totalidad del crédito, y que a su vez cada parte del crédito está caucionado con la totalidad del bien hipotecado. La indivisibilidad entonces, puede mirarse a través del inmueble dado en garantía o desde el punto de vista del crédito garantizado.

g. 1) Con relación al inmueble: el principio de la indivisibilidad recibe diversas manifestaciones:

- Si son varios los inmuebles hipotecados, el acreedor a su arbitrio podrá perseguirlos a todos ellos o al que elija. Dispone al efecto el art. 1365, inc. 1°: “Si varios inmuebles de la sucesión están sujetos a una hipoteca, el acreedor hipotecario tendrá acción solidaria contra cada uno de dichos inmuebles, sin perjuicio del recurso del heredero a quien pertenezca el inmueble contra sus coherederos por la cuota que a ellos toque de la deuda”. Existe una impropiedad en la expresión *acción solidaria*, pues es una acción indivisible.

- De acuerdo con el art. 1526 N° I, idea que repite el art. 2408, la acción hipotecaria se dirige contra el que posea en todo o en parte el inmueble hipotecado. De manera que si en la sucesión del deudor uno de los herederos se adjudica el inmueble gravado, contra él se dirige la acción, y si el bien se divide en lotes, distribuyéndose entre los herederos, el acreedor puede ejercitar su acción por el total en cada uno de los lotes.

g.2) Desde el punto de vista del crédito: dispone el art. 1526 N° I, que si queda una parte insoluble del crédito, por pequeña que sea, subsiste la totalidad de la garantía hipotecaria; además, si hay varios acreedores hipotecarios y el deudor le paga su cuota a uno de ellos, no puede solicitarle la cancelación proporcional del gravamen; y si fallece el acreedor dejando varios herederos, cada uno de ellos puede perseguir el total de la finca hipotecada, por su parte o cuota en el crédito.

El carácter indivisible que tiene la hipoteca es de su naturaleza y no de la esencia. Por ello, y por estar establecido en beneficio del acreedor, éste puede renunciarlo.

## **CLASES DE HIPOTECA.**

a) Generalidades.

En la doctrina y en el derecho comparado, la hipoteca admite diversas clasificaciones:

a.1) Considerando su origen:

- Convencional;
- Legal; y
- Judicial

a.2) En cuanto a los bienes que ella afecta:

- Especial: si grava uno o más predios determinados;
- General: si se extiende a todos los inmuebles del deudor.

a.3) En cuanto a su constitución, según esté o no sometida a publicidad:

- Pública;
- Oculta.

a.4) En cuanto a los créditos caucionados, la hipoteca puede ser:

- Específica: cuando cauciona determinadas obligaciones (se garantiza la obligación documentada en tal pagaré, por tal monto, con vencimiento en tal fecha, etc.);
- General: cuando cauciona todas las obligaciones del deudor, presentes o futuras, de cualquier índole. Estas, a su vez, pueden ser limitadas (cuando a pesar de ser generales, se limitan a caucionar obligaciones hasta por cierto monto) e ilimitadas.

En relación con esta clasificación, cabe prevenir que la Ley N° 20.555, publicada en el Diario Oficial de fecha 5 de diciembre de 2011,3 modificó la Ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, disponiendo en su art. 17 D, inc. 5°, aplicable a los proveedores de servicios financieros (entre ellos, Bancos y Financieras), que “En el caso de créditos hipotecarios, en cualquiera de sus modalidades, no podrá incluirse en el contrato de mutuo otra hipoteca que no sea la que cauciona el crédito que se contrata, salvo solicitud escrita del deudor efectuada por cualquier medio físico o tecnológico”. De esta manera, se restringe la práctica, usual en la Banca, de incorporar, junto con la hipoteca específica que garantiza el préstamo otorgado al cliente, una segunda hipoteca, con cláusula de garantía general. La ley no la prohíbe, pero exige una petición expresa del deudor.

3 Llamada “*Ley de Sernac financiero*”.

Hoy en día, las hipotecas ocultas y las generales en cuanto a los bienes, se encuentran en descrédito en la doctrina y legislación comparada. El régimen hipotecario moderno descansa

en los principios de la publicidad y de la especialidad (en cuanto al bien, no en cuanto a las obligaciones), los que representan una reacción contra las hipotecas ocultas y generales del Derecho Romano, que sobreviven en muy pocas legislaciones. De esta manera, las hipotecas en nuestra legislación son especiales en cuanto a los bienes que ellas afectan, públicas y específicas o generales, según se vinculen o no a obligaciones determinadas.

b) Clases de hipoteca en la legislación actual chilena.

Para el Código Civil Chileno todas las hipotecas son convencionales.

Posteriormente, el Código de Procedimiento Civil creó una hipoteca legal, en el caso previsto en los arts. 660 y 662: en las particiones, para garantizar los alcances que puedan resultar contra un adjudicatario. Pero al decir que esta hipoteca es legal no significa que exista de pleno derecho, sino que con ello se alude al título que da nacimiento al derecho de hipoteca, que no es la convención de las partes sino la ley; pero siempre es necesario para su existencia inscribirla en el Conservador de Bienes Raíces.

En cuanto a la hipoteca judicial, es decir aquella que se entienda constituida por la sola sentencia, nuestra legislación no contempla **ningún** caso.

Si bien en nuestra legislación no podemos hablar de hipotecas convencionales, legales y judiciales porque sólo existen las primeras con la salvedad de los excepcionales casos de hipoteca legal, en cambio **la obligación de constituir hipoteca puede emanar del acuerdo de las partes, de la ley o de una resolución judicial**. Bajo este aspecto, aunque no con toda propiedad, podría decirse que la hipoteca es convencional, legal o judicial. Acontece aquí lo mismo que en la fianza, donde el art. 2336 dice que puede ser convencional, legal o judicial, queriendo con ello referirse a que la obligación de rendirla puede emanar de las fuentes indicadas; pero la fianza en sí misma es siempre un contrato. Lo mismo ocurre con la hipoteca: en algunos casos, el contrato hipotecario debe celebrarse cumpliendo una obligación contraída en un contrato previo; en otros, cumpliendo con lo que ordena un precepto legal y en otros con lo que ordena una sentencia. Pero en las tres hipótesis, siempre deberá celebrarse el contrato hipotecario. Son estos casos:

i.- Emanar la hipoteca del acuerdo de voluntades, en el caso del contrato de promesa de constituir hipoteca.

ii.- Ejemplos en que la obligación de constituir hipoteca emana de la ley:

- Art. 89 (muerte presunta);
- Arts. 374 y 375 (en las guardas);
- Art. 775 (usufructo).

iii.- Ejemplos en que la obligación de constituir hipoteca tiene su origen en una resolución judicial:

- Art. 755 (fideicomiso);
- Art. 1315 (albaceas fiduciarios).

Respecto a estas hipotecas *judiciales* cabe observar que el juez no puede ordenar su constitución a su simple arbitrio, sino que es necesario que un texto legal lo autorice: de ahí que la fuente remota de la hipoteca ordenada por el juez viene a ser la ley.

En todo caso, la diferencia que se aprecia entre las hipotecas *legales* y las *judiciales*, estriba en que, en las primeras, el juez *debe* ordenarlas, mientras que en las segundas, el juez *puede* ordenarlas.

Resumiendo:

1. No hay en nuestro Derecho, hipotecas ocultas, porque para su existencia todas deben inscribirse en el Conservador de Bienes Raíces;
2. Tampoco existen hipotecas generales, en cuanto a los bienes raíces hipotecados, sino únicamente especiales, que se refieren a bienes raíces determinados;
3. No hay en el Código Civil hipotecas legales ni judiciales, en el sentido que se produzcan por el sólo ministerio de la ley (los casos excepcionales, a los que más adelante.

aludiremos, se contemplan en otros cuerpos legales) o por la sola sentencia, pues siempre se req

uerirá celebrar acto seguido el contrato hipotecario;

4. Puede hablarse en el Código Civil de hipotecas legales, judiciales y convencionales atendiendo al origen de donde emana la obligación de constituirla, bajo el entendido – insistimos-, que siempre debe celebrarse el contrato hipotecario;

5. La hipoteca es un derecho real, y como tal, para su tradición es necesario que concurra un título de donde emane la obligación de constituirla. Este título es el contrato hipotecario, salvo en los casos de hipoteca legal que acepta nuestra legislación, en los que el título es la ley.

### **CASOS DE HIPOTECA LEGAL.**

Como lo hemos precisado, la verdadera hipoteca legal, es aquella en la que nace la hipoteca por el solo ministerio de la ley, sin que se celebre en forma previa el contrato hipotecario. Las hipotecas legales constituyen ejemplos de contratos forzosos “heterodoxos” o “fictos”, porque la ley “da por constituida” la hipoteca, sin que los sujetos concernidos por ella hayan manifestado su voluntad. Se les impone una hipoteca, “de un solo golpe”. En cambio, en los casos que referimos del Código Civil, en los que se ordena por la ley celebrar el contrato de hipoteca, nos encontramos ante contratos forzosos “ortodoxos” o “propiamente tales”.<sup>4</sup> En éstos, la ley no constituye de un solo golpe la hipoteca, sino que ordena celebrar el contrato hipotecario. Por ende, se requiere que se manifieste la voluntad de los sujetos concernidos por la hipoteca.

.

a) Hipoteca legal del Código de Procedimiento Civil.

Está establecida en el Código de Procedimiento Civil, arts. 660 y 662. Opera en la partición de bienes.

El art. 660 dispone que salvo acuerdo unánime de los interesados, todo comunero que reciba en adjudicación bienes por un valor que exceda del 80% de lo que le corresponde, deberá pagar el exceso al contado.

A su vez, el art. 662 establece que en las adjudicaciones de inmuebles que se hagan a los comuneros a raíz del juicio de partición, se entenderá constituida hipoteca sobre las

propiedades adjudicadas para asegurar el pago de los alcances que resultan en contra de los adjudicatarios, salvo que se pague de contado el exceso al que se refiere el art. 660.

Conforme a lo expuesto, los requisitos de la hipoteca legal son los siguientes:

1. Debe adjudicarse un bien raíz;
2. El valor de la adjudicación debe exceder del 80% del haber probable del adjudicatario;
3. Que el adjudicatario no pague el exceso de contado.

De esta manera, por ejemplo al realizarse la partición, se le adjudica a Juan un inmueble avaluado en \$ 90.000.000.- Ahora bien, ocurre que la cuota de Juan ascendía a \$ La Hipoteca

100.000.000.- En este caso, el valor del inmueble excede del 80% del haber probable del adjudicatario, de manera que se entiende hipotecado, en favor del resto de los comuneros. ¿Por qué, podríamos preguntarnos, queda hipotecado el inmueble, si ocurre que de todas maneras éste no excede la cuota total de Juan? La respuesta la encontramos en la expresión “haber probable”. En efecto, pues bien podría ocurrir que con posterioridad a la adjudicación aparezcan obligaciones del causante de las que no se tenía noticia, y por ende, disminuir la cuota de cada uno de los comuneros.

Características de esta hipoteca legal:

1. Es especial, recae sobre el inmueble adjudicado;
2. Es determinada, cauciona el alcance que resulta en contra del adjudicatario.
3. Es pública, requiere inscripción en el Registro respectivo del Conservador de Bienes Raíces. Señala el art. 662 que el Conservador, conjuntamente con inscribir el título de la adjudicación, inscribirá a la vez la hipoteca por el valor de los alcances.

b) Hipoteca legal del Código de Aguas.

Conforme a lo dispuesto en el Código de Aguas, quienes sean comuneros en comunidades de aguas, deben concurrir a los gastos de mantención de la comunidad, a prorrata de sus derechos (art. 212 N° 3). Agrega el citado Código que los derechos de aprovechamiento de aguas **quedarán gravados de pleno derecho**, con preferencia a toda prenda, hipoteca u otro gravamen constituido sobre ellos, en garantía de las cuotas de contribución para los gastos que fijan las juntas y directorios. Los adquirentes a cualquier título de estos derechos, responderán solidariamente con su antecesor de las cuotas insolutas al tiempo de la adquisición (art. 214). Finalmente, el art. 258 del Código de Aguas, establece que las disposiciones citadas, referidas a las comunidades de aguas, son aplicables también a las asociaciones de canalistas.

c) Hipoteca legal en las normas de la Ley N° 20.720, “Ley de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas”.

En las normas del capítulo IV de la citada Ley, tratándose de la venta de los bienes del deudor como “unidad económica”, establece la Ley una hipótesis de hipoteca legal, cuando el adquirente de los bienes no pagare el precio al contado o contrajere cualquiera otra obligación a consecuencia de la venta, a menos que la Junta de Acreedores dispusiere otra cosa. Dispone el precepto: “Artículo 221.- Trámites posteriores. La venta como unidad

económica deberá constar en escritura pública en la que se indicarán los hechos y/o requisitos que acrediten el cumplimiento de las disposiciones anteriores. Dicha escritura será aprobada por el tribunal, el cual ordenará el alzamiento y cancelación de todos los gravámenes y prohibiciones que pesen sobre los bienes que integran la unidad económica. / Los bienes que integran la unidad económica se entenderán constituidos en hipoteca o prenda sin desplazamiento, según su naturaleza, por el sólo ministerio de la ley, para caucionar los saldos insolutos de precio y cualquiera otra obligación que el adquirente haya asumido como consecuencia de la adquisición, salvo que la Junta de Acreedores, al pronunciarse sobre las bases respectivas, hubiese excluido expresamente.

Determinados bienes de tales gravámenes”.

## **EL CONTRATO HIPOTECARIO.**

Concepto.

El derecho real de hipoteca necesita para nacer, como todo derecho real, que opere un modo de adquirir el dominio. Originariamente, en la constitución de la hipoteca existe tradición de la misma. Con posterioridad, también pueden actuar otros modos: la prescripción en caso que el gravamen se haya constituido sobre cosa ajena, pues entonces la tradición no sirve al acreedor para adquirir el derecho, sino como título para llegar a adquirirlo por prescripción,<sup>5</sup> o la sucesión por causa de muerte, mediante la cual el heredero o legatario adquiere el derecho de hipoteca conjuntamente con el crédito.

Ahora bien, si en la generación del derecho de hipoteca siempre existe tradición, tendrá también que existir un título que la anteceda (art. 675 del Código Civil), es decir, un contrato que coloque a una persona en la obligación de transferir el derecho de hipoteca. Este título, no es otro que el contrato hipotecario.

De esta manera, podemos definir el contrato hipotecario como **aquél en que el deudor o un tercero se obliga con respecto al acreedor a darle o transferirle el derecho de hipoteca sobre un inmueble de su propiedad y a conservar éste en condiciones idóneas para asegurar el pago de los créditos garantizados.**

Características del contrato hipotecario

- a) Puede celebrarlo el acreedor no sólo con el deudor personal sino también con un tercero (llamado garante hipotecario).
- b) Es un contrato unilateral, en opinión de la mayoría, o bilateral, según algunos: la mayoría estima que el contrato de hipoteca es unilateral, porque en él solo resulta obligado el constituyente, a transferir al acreedor el derecho real de hipoteca;<sup>6</sup> y también a conservar el inmueble en condiciones aptas para asegurar el pago del crédito